

Direito dos Seguros



Organizadores:

Ricardo Einsfeld Villar
Jaqueline Wichineski dos Santos
Rosângela Maria Herzer dos Santos
Fernanda Corrêa Osorio

COORDENADORES:

Ricardo Einsfeld Villar

Jaqueline Wichineski dos Santos

Rosângela Maria Herzer dos Santos

Fernanda Osório

DIREITO DOS SEGUROS



Porto Alegre, 2021

Copyright © 2021 by Ordem dos Advogados do Brasil

Todos os direitos reservados

COORDENAÇÃO

Ricardo Einsfeld Villar

Presidente da Comissão Especial de Seguro e Previdência Complementar da OAB/RS

Jaqueline Wichineski dos Santos

Membro da Comissão Especial de Seguros e Previdência Complementar da OAB/RS

Rosângela Maria Herzer dos Santos

Diretora-Geral da ESA-OAB/RS

Fernanda Osório

Diretora de Cursos Permanentes da ESA-OAB/RS

Revisor de textos

Lucio Roca Bragança

Secretário-Geral da Comissão de Seguros e Previdência Complementar CESPC OAB/RS

D635

Direito dos seguros/. Ricardo Einsfeld Villar, Jaqueline Wichineski dos Santos...[et.al] (Coordenadores). Porto Alegre: OABRS, 2021. p.237

ISBN: 978-65-88371-13-8

1 Direito. 2 Seguros. I Título

CDU: 368

Jovita Cristina Garcia dos Santos – CRB 10/1517

A revisão de Língua Portuguesa e a digitação, bem como os conceitos emitidos em trabalhos assinados, são de responsabilidade dos seus autores.

Ordem dos Advogados do Brasil Seccional do Rio Grande do Sul

Rua Washington Luiz, 1110 –Centro Histórico

CEP 90010-460 - Porto Alegre/RS

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CONSELHO FEDERAL

DIRETORIA/GESTÃO 2019/2021

Presidente: Felipe Santa Cruz
Vice-Presidente: Luiz Viana Queiroz
Secretário-Geral: José Alberto Simonetti
Secretário-Geral Adjunto: Ary Raghiant Neto
Diretor Tesoureiro: José Augusto Araújo de Noronha

ESCOLA NACIONAL DE ADVOCACIA – ENA

Diretor-Geral: Ronnie Preuss Duarte

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DO RIO GRANDE DO SUL

Presidente: Ricardo Ferreira Breier
Vice-Presidente: Jorge Luiz Dias Fara
Secretária-Geral: Regina Adylles Endler Guimarães
Secretária-Geral Adjunta: Fabiana Azevedo da Cunha Barth
Tesoureiro: André Luis Sonntag

ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA

Diretora-Geral: Rosângela Maria Herzer dos Santos
Vice-Diretor: Darci Guimarães Ribeiro
Diretora Administrativa-Financeira: Graziela Cardoso Vanin
Diretora de Cursos Permanentes: Fernanda Corrêa Osório, Maria Cláudia Felten
Diretor de Cursos Especiais: Ricardo Hermany
Diretor de Cursos Não Presenciais: Eduardo Lemos Barbosa
Diretora de Atividades Culturais: Cristiane da Costa Nery
Diretor da Revista Eletrônica da ESA: Alexandre Torres Petry

CONSELHO PEDAGÓGICO

Alexandre Lima Wunderlich
Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira
Jaqueline Mielke Silva
Vera Maria Jacob de Fradera

CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS ADVOGADOS

Presidente: Pedro Zanette Alfonsin
Vice-Presidente: Mariana Melara Reis
Secretária-Geral: Neusa Maria Rolim Bastos
Secretária-Geral Adjunta: Claridê Chitolina Taffarel
Tesoureiro: Gustavo Juchem

TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA

Presidente: Cesar Souza
Vice-Presidente: Gabriel Lopes Moreira

CORREGEDORIA

Corregedora: Maria Helena Camargo Dornelles
Corregedores Adjuntos
Maria Ercília Hostyn Gralha,
Josana Rosolen Rivoli,
Regina Pereira Soares

OABPrev

Presidente: Jorge Luiz Dias Fara
Diretora Administrativa: Claudia Regina de Souza Bueno
Diretor Financeiro: Ricardo Ehrensperger Ramos
Diretor de Benefícios: Luiz Augusto Gonçalves de Gonçalves

COOABCred-RS

Presidente: Jorge Fernando Estevão Maciel
Vice-Presidente: Márcia Isabel Heinen

SUMÁRIO

PALAVRA DO PRESIDENTE – Ricardo Breier	8
PREFÁCIO – Rosângela Maria Herzer dos Santos	9
APRESENTAÇÃO – Ricardo Einsfeld Villar e Jaqueline Wichineski dos Santos.....	10
A OBRIGAÇÃO DE INFORMAÇÃO NO CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL CIBERNÉTICA - Adilson José Campoy, Marcio Alexandre Malfatti, Michelle Sampaio Lopes Malfatti e Thaís de Cássia Rumstain	12
SEGURO GARANTIA JUDICIAL: ESTRATÉGIA PARA REDUZIR A IMOBILIZAÇÃO DO CAPITAL - Edén José Ferreira Zarth Soares, Eduardo Orlandini e Marta da Silva Souza.	26
REGULAÇÃO DO SINISTRO NOS SEGUROS DO SÉCULO XXI - Ilan Goldberg e Thiago Junqueira.....	36
OS IMPACTOS DO SEGURO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES - Jaqueline Wichineski dos Santos.....	57
A INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS SEGUROS DE VIDA EM GRUPO NÃO-CONTRIBUTÁRIOS - Lúcio Roca Bragança.....	73
O DEVER COMPARTILHADO DE PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E ELEMENTOS DO CONTRATO DE SEGURO - Marcelo Dias Camargo	90
INTERPRETAÇÃO NO CONTRATO DE SEGURO - Maurício Salomoni Gravina.....	112
A CLÁUSULA DE IMPOSIÇÃO DE FORO ESTRANGEIRO OU DE ARBITRAGEM NO TRANSPORTE INTERNACIONAL MARÍTIMO DE CARGA: NULIDADE PLENA E A NÃO SUBMISSÃO DO SEGURADOR SUB-ROGADO - Paulo Henrique Cremonese.....	128

SEGURO INTERNACIONAL DE TRANSPORTE DE CARGA: O SEGURADOR SUB-ROGADO, O RESSARCIMENTO E A INSUBMISSÃO AO CONTRATO DE TRANSPORTE - Paulo Henrique Cremoneze	142
CONTRATO DE RESSEGURO: ESTRUTURA, FUNÇÃO E AUTONOMIA- Paulo Luiz de Toledo Piza	154
CONTRATO DE SEGUROS: A NEGATIVA DE COBERTURA E OS LIMITES ENTRE A DEFESA DO MUTUALISMO E O ABUSO CONTRATUAL - Ricardo Einsfeld Villar	174
O SEGURO DE VIDA EM GRUPO: O DEVER DE INFORMAÇÃO AO SEGURADO CABE AO ESTIPULANTE - Rodrigo Parissi Abarno.....	196
SOAT – SEGURO OBRIGATÓRIO DE ACIDENTES DE TRÂNSITO – PL N.º 8.338/2017 – É RAZOÁVEL A PROPOSTA LEGISLATIVA NA FORMA QUE ELA SE APRESENTA OU NÃO? - Walter Polido.....	221

PALAVRA DO PRESIDENTE

A OAB/RS se transformou numa grande plataforma de difusão e compartilhamento de conteúdo e conhecimento. Nos últimos anos, o trabalho árduo e dedicado dos dirigentes de Ordem permitiu aproximar ainda mais a advocacia gaúcha da Escola Superior de Advocacia da OAB/RS (ESA/RS).

Esse movimento contínuo de valorização e incentivo à divulgação de trabalhos atraiu advogados e advogadas para a participação em obras coletivas, que passam a circular em diferentes setores do campo jurídico.

Ao receber o convite para escrever o prefácio do primeiro E-book “Direito dos Seguros”, novamente me enchi de satisfação e orgulho. Isso porque, é mais uma área que teremos contemplada com abordagens de excelência e variadas perspectivas. Essa produção de alto valor técnico certamente vai enriquecer e qualificar o trabalho realizado por especialistas e profissionais que atuam na área de seguros.

A relevância dos contratos de seguro em diferentes setores da sociedade exige a compreensão de suas características e peculiaridades quanto à sua formação, execução e extinção, entre outros aspectos fundamentais. É tema atual, complexo e que exige permanente atualização.

Em nome dos colegas e coordenadores do e-book, Jaqueline Wichineski dos Santos e Ricardo Villar, e da Diretora-Geral da ESA/RS, Rosângela Herzer dos Santos, parabênizo todos os autores que aceitaram o desafio e escreveram seus nomes na história ao produzir este e-book inédito sobre “Direito dos Seguros”. Este é um legado fruto do esforço coletivo de diferentes representantes da advocacia gaúcha.

Parabéns pela iniciativa. Boa leitura a todos.

Ricardo Breier

Presidente da OAB/RS

PREFÁCIO

A Escola de Superior de Advocacia da OAB/RS dedica sua existência pela educação, primando por uma educação jurídica de qualidade que impacta e transforma a sociedade. Diante disso, é papel da escola estar na vanguarda de assuntos que carecem de estudos pautados no Direito e que interferem no cotidiano de todas as pessoas.

Direito dos Seguros é uma temática sempre em voga, pois fornecer às pessoas tranquilidade e segurança em um mundo acometido de frequentes mudanças, é um desafio que exige um olhar jurídico sempre atualizado e preocupado em se adequar às necessidades sociais. Somos uma sociedade de risco cuja proteção e amparo devem estar fundamentados por meio da lei. Neste e-book, 17 autores partilham desse desafio e dividem com os leitores estudos, pesquisas e informações, fornecendo subsídios teóricos para os advogados, profissionais e estudiosos que atuam na área de seguros.

Com imensa satisfação e orgulho entregamos aos leitores um compilado de estudos de juristas experientes que se dispuseram a dividir seus conhecimentos, apontando novas luzes ao Direito dos Seguros, sobretudo, porque os estudos abordados neste livro possuem ampla abrangência de conteúdos e poderão servir para alcançar os mais diversos interesses. A ESA acredita que a soma de diferentes saberes proporciona um conhecimento mais sólido e completo, registramos assim, nosso agradecimento pelos autores que contribuíram com esta obra e aos leitores que ao lerem levarão este livro adiante.

No final nossos agradecimentos aos autores e não pelos autores.

Por fim, agradecemos a todos que tornaram possível a edição pioneira deste e-book, especialmente ao Dr. Ricardo Villar - Presidente da Comissão Especial de Seguro e Previdência Complementar da OAB/RS, e a Dra. Jaqueline Wichineski dos Santos - Membro da Comissão Especial de Seguros e Previdência Complementar da OAB/RS

Rosângela Maria Herzer dos Santos

Diretora-Geral da ESA-OAB/RS

APRESENTAÇÃO

A Comissão de Seguros e Previdência Complementar, gestão 2019/2021, disponibiliza à comunidade jurídica uma obra relevante e importante, o E-book de “Direito dos Seguros”.

O objetivo desta obra foi reunir juristas experientes que atuam no mercado segurador, propiciando o compartilhamento de conhecimento qualificado e atualizado.

São várias temáticas relevantes relativas a questões cotidianas de seguros com abordagem técnica-jurídica, abrangendo vários ramos distintos dos seguros, trazendo posicionamentos que, eventualmente, se antagonizam, provocando a necessária reflexão ao leitor.

Neste E-book pensamos em demonstrar o quanto são abrangentes as áreas de atuação, e oportunidades neste mercado que cresce cada vez mais, responsável por aproximadamente 6% do PIB nacional.

Os temas jurídicos abordados, foram de livre escolha dos autores, que trouxeram reflexões e ensinamentos que se conectam com as mais diversas searas jurídicas como o processo civil, direito civil, direito do consumidor, dentre outros.

O mercado segurador é regulado e fiscalizado pela Superintendência dos Seguros Privados (SUSEP), que vem fixando novas diretrizes de atuação das seguradoras, um marco legal importante, oportunizando a estas, a oferta de produtos modernos, que atendam às necessidades dos segurados.

As novas tecnologias, e avanços legislativos tais como: a LGPD e a Lei de licitações e Contratos, trouxeram quebras de paradigmas jamais experimentados pelo mercado, que terá de amadurecer e rapidamente se adequar a essas constantes alterações, fomentando ainda mais diversos setores dos seguros.

Somos uma sociedade de riscos, e o seguro existe porque temos riscos dos mais diversos tipos, e necessitamos de proteção, como por exemplo: Em uma simples locação de imóvel; na compra de um veículo, ou imóvel; ou ainda, seguro para as pernas de um jogador de futebol; enfim, numa infinidade de situações em que existe risco e o legítimo interesse de acautelá-lo.

A CESPC, em parceria com a ESA, vem propiciando e promovendo diversos eventos on-line e, com isso, propagando conhecimento jurídicos relativos aos seguros, e encerra o ano de 2021 com “*chave de ouro*” lançando o E-book.

Diante desse cenário, faz-se mister registrar nosso agradecimento pelo incansável apoio da Diretoria Geral da ESA, na pessoa da estimada Dra. Rosângela Herzer dos Santos, pelo qual seremos eternamente gratos!

A ESA e a CESPC estão, dentro da nossa OAB/RS, construindo um legado importante para a história do Direito dos Seguros em nosso Estado, qualificando e preparando profissionais para atuação nesse vastíssimo segmento.

É também momento de agradecer a confiança depositada pelo nosso respeitado e admirado Presidente Ricardo Breier, que sempre atento aos anseios e necessidades da cidadania, deu apoio e voz a nossa Comissão para que pudéssemos dar nossa pequena parcela de contribuição a sociedade.

Obrigado, por fim, a todos (as) colegas da Comissão de Seguros e Previdência Complementar pela parceria, respeito e dedicação constante, sem vocês, nada seria possível!

Aos autores (as), por aceitar o convite e partilhar conosco da fonte do conhecimento e aos leitores, pelo interesse revelado e confiança depositada, nosso sincero desejo de que essa obra seja contributiva.

Ricardo Einsfeld Villar

Presidente da Comissão Especial de Seguros e Previdência Complementar CESPC OAB RS

Jaqueline Wichineski dos Santos

Coordenadora do GT CESPC e ESA OAB RS, e membro da CESPC

A OBRIGAÇÃO DE INFORMAÇÃO NO CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL CIBERNÉTICA¹

Adilson José Campoy²

Marcio Alexandre Malfatti³

Michelle Sampaio Lopes Malfatti⁴

Thaís de Cássia Rumstain⁵

Resumo: Este artigo trata dos riscos oriundos de ataques cibernéticos e seu tratamento pelo Seguro de Responsabilidade Civil Cibernética através da análise legal e doutrinária dos institutos envolvidos, com especial ênfase para a agravação do risco.

Palavras-Chave: Seguro. Agravação. Responsabilidade Civil Cibernética.

1 – INTRODUÇÃO

Ataques cibernéticos não são assunto novo e são mais habituais do que se pode imaginar. Em pesquisa realizada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), o Brasil ocupava em 2015 a terceira posição em ataques cibernéticos (11%), atrás dos Estados Unidos (15%) e da China (51%). No ano de 2019, os gastos mundiais em produtos e serviços de segurança cibernética foram da ordem de US\$ 124 bilhões⁶ e, no primeiro trimestre de 2020, o Brasil já ocupava a segunda posição em perdas financeiras decorrentes de ataques cibernéticos, atingindo a ordem de US\$ 20 bilhões⁷.

¹ Artigo originariamente publicado em espanhol sob o título “Contrato de seguro. La obligación de información y agravación del riesgo cibernético”. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros - Volumen 29 - Número 52. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/30124>.

² Graduado em Direito pela Universidade Braz Cubas, em Mogi das Cruzes-SP, Especialista em Direito do Seguro pela Universidade Nova Lisboa, Especialista em Direito de Seguros pela Universidade de Salamanca. Advogado.

³ Especialista em Derecho de Seguros na Universidade de Salamanca e em Direito do Seguro pela Universidade Nova Lisboa. Pós-graduado em Processo Civil pela Universidade Paulista. Professor de Gestão de Contencioso e Soluções Alternativas de Conflitos no MBA da FIA. Professor de Processo Civil no MBA Direito Securitário da Escola Nacional de Seguros.

⁴ MBA em gestão Empresarial na Fundação Getúlio Vargas São Paulo - FGV. Especialista em Direito Digital pelo Instituto de Ensino e Pesquisa - INSPER. Extensão em Cyber Security em Massachusetts Institute of Technology - MIT. Formada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em Análise de Sistemas.

⁵ Maestro em derecho, estudios sobre resolución consensuada de conflictos en contratos de seguros y el papel del defensor del pueblo de las compañías de seguros privadas

⁶ Disponível em <https://www.gartner.com/en/newsroom/press-releases/2018-08-15-gartner-forecasts-worldwide-information-security-spending-to-exceed-124-billion-in-2019>. Acesso em 13.05.2020.

⁷ Pesquisa realizada pela União Internacional de Telecomunicações (ITU), órgão da Organização das Nações Unidas (ONU) e disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/05/brasil-e-2o-no-mundo-em-perdas-por-ataques-ciberneticos-aponta-audiencia> Acesso em 14.05.2020.

No relatório global de riscos, apresentado pelo Fórum Econômico Mundial (WEF), publicado em janeiro de 2020, os riscos cibernéticos em larga escala aliados a problemas decorrentes dos avanços tecnológicos atingirão mais de 74% das empresas, o que representará perdas na ordem de US\$ 3 trilhões⁸, evidenciando a importância do tema na economia mundial.

O pouco que se disse já é suficiente para intuir sobre a importância do contrato de seguro nesta atmosfera em que, se, de um lado a sociedade é cada vez mais dependente da tecnologia, de outro os avanços insidiosos sobre dados de terceiros são cotidianos e mais sofisticados com o passar do tempo.

A responsabilidade sobre a guarda, a que título for, de informações de terceiros ganha, diante deste quadro, relevância a que antes não se nos atinávamos, ou mesmo não existia.

Em nosso país, em tempos recentes foram instituídos o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados – ainda em vacância legal – a regular esse fluxo de informações que a tecnologia propicia, com regras e consequências a quem as descumpre. No campo criminal a edição da Lei 12.737/2012, que tipifica penalmente os delitos de informática, foi importante.

Mas, se estas leis recentes servirão de base para nortear os contornos do contrato de seguro relacionado a riscos cibernéticos, deve-se dizer que certa dificuldade se vislumbra. Com efeito, nosso Código Civil, norma principal a regular o contrato de seguro, vige desde janeiro de 2003, já há 17 anos. E sua promulgação ocorreu com base em projeto apresentado na década de 70, meio século atrás.

Daí a dificuldade que se nos impõe tratar da obrigação de informações relativa ao seguro sobre riscos cibernéticos.

A análise do tema deverá ter em conta leis recentíssimas que, embora não sejam normativos principiológicos, tratam de questões subjacentes à discussão sobre o contrato de seguro, como a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, denominada “Lei do Marco Civil da Internet, a Lei nº 13.709 de/ 14 de agosto de 2018, conhecida como “Lei Geral de Proteção de Dados” (LGPD) e a Resolução nº 4658, do Banco Central, as duas primeiras normas já mencionadas antes, marcos legais a partir dos quais começa a análise do contrato de seguro que se vincule à proteção de dados e de responsabilidade cibernética.

⁸ Disponível em <https://www.weforum.org/reports/the-global-risks-report-2020>. Acesso em 13.05.2020.

Materializado o risco, se avaliará, por exemplo, a questão das declarações pré-contratuais – estas que permitirão ao segurador avaliar se lhe interessa garantir o risco proposto e a que taxa de prêmio -, da eventual agravação desse risco e do cumprimento do dever de informação pelas partes contratantes.

Considerada a limitação do espaço para formular nossas singelas considerações, limitação que decerto haveria de existir, restringiremo-nos a tratar sobre informações relacionadas à agravação de risco, evidentemente considerado o tratamento que nossa legislação dedica ao tema.

2 – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIBERNÉTICA E OS CLAUSULADOS CONTRATUAIS

O seguro de responsabilidade cibernética tem como objetivo resguardar a responsabilidade das empresas que, por qualquer razão e forma, detenham informações de terceiros, com o pagamento das perdas reclamadas por estes terceiros em decorrência de ataques cibernéticos externos⁹ ou não¹⁰.

Essas apólices não se restringem a cobrir a responsabilidade da empresa segurada¹¹, mas também riscos que a atingem direta e exclusivamente. Os riscos cobertos por esses contratos se dividem em “riscos de primeira parte”, que são os riscos, repita-se, que afetam direta e exclusivamente a sociedade segurada, e os riscos de responsabilidade civil por danos causados a terceiros, denominados “riscos de terceira parte”. Ambos os riscos podem se materializar em decorrência de um único ataque cibernético ou de uma única falha sistêmica.

Os riscos cobertos pelo contrato de seguro podem ser relativos a ativos tangíveis ou intangíveis. Não há uma definição uníssona acerca do que seriam os ativos tangíveis e intangíveis, embora nos pareça mais simples estabelecer os tangíveis, que seriam itens patrimoniais materiais, físicos.

Quanto aos intangíveis, Malone e Edvinsson (1997) os classificam como aqueles que não possuem existência física, mas ainda assim têm valor para as empresas. Bontis, N.;

⁹ Os riscos externos podem ser provenientes de *hackers*, que modificam softwares e hardwares de computadores, alterando as funcionalidades existentes ou *malwares e ransomwares*, softwares ilícitos que se infiltram nos sistemas e podem tanto causar danos ao sistema como furtar informações.

¹⁰ Por exemplo, os atos danosos praticados por funcionários que podem decorrer de roubo de informações e ou de perda ou descarte incorreto de computadores ou mídias portáteis, incluindo-se os hardwares.

¹¹ Importa considerar que nossa legislação não faz referência à figura do “tomador”, mas sim e exclusivamente da figura do “segurado”. Isto não significa dizer que, por aqui, não haja contratos de seguro celebrados a conta de outrem, hipótese em que o detentor do interesse – portanto, segurado - não é o contratante.

Dragonetti; (1999) os definem como qualquer fator que contribua para os processos geradores de valor para as companhias. Em sentido semelhante, Lev, B (2001) define os ativos intangíveis por suas principais forças impulsoras, como a pesquisa, desenvolvimento, propaganda, tecnologia da informação e práticas de recursos humanos. Embora os ativos intangíveis não estejam nos relatórios contábeis, possuem valor econômico para as empresas (SCHNORRENBARGER, 2005, p. 52-53). Seriam, portanto, intangíveis, a imagem da sociedade e de seus diretores, marcas, patentes, direitos autorais, por exemplo.

No entanto, identificar os riscos intangíveis para assegurá-los não é tarefa simplória, mas sim um desafio para as empresas contratantes e para as seguradoras, que tomarão os riscos que entendem serem capazes de subscrever, sendo imprescindível mapeá-los e mensurar a perda desses ativos. Já as perdas físicas, relacionadas aos móveis, imóveis, estoque, dinheiro, por exemplo, que são os ativos tangíveis, são mais facilmente identificados, mensurados e precificados.

Os ativos intangíveis estão inseridos no conceito de “coisa”, passível de cobertura securitária, conforme estabelece o artigo 757, do Código Civil brasileiro, “*o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados*”.

Em síntese, as apólices comercializadas no Brasil garantem cobertura para perdas provenientes de: i) violação real ou presumida de informação pessoal; ii) violação de informação corporativa; iii) violação de informação pessoal contra empresa terceirizada responsável pelo processamento e coleta de dados em nome da sociedade tomadora; iv) ato, erro ou omissão na segurança de dados; v) custos de defesa relacionados à reclamação; vi) honorários, custos e gastos com a investigação administrativa relacionados a uma reclamação; vii) custos e gastos razoáveis para mitigar os danos à reputação e imagem pessoal e profissional de diretores da tomadora, como consequência de um dos riscos cobertos pela apólice; viii) custos para a mitigação da reputação da sociedade tomadora; ix) despesas emergenciais de mitigação ou honorários de mitigação.

As apólices preveem também as exclusões específicas para cada cobertura, uma vez que não se pode oferecer cobertura geral e irrestrita, mas apenas a riscos expressamente assumidos na apólice, e, em linhas gerais, não possuem cobertura as perdas decorrentes de: i) ato, erro ou omissão que assegure ganho de lucro ou vantagem a qual o segurado não tenha direito; ii) ato ilícito doloso ou culpa grave equiparável ao dolo praticado pelo segurado ou com a sua conivência ou tolerância, incluindo-se a desonestidade, fraude e infração criminal

de lei ou norma; iii) concorrência desleal, de acordo com as normas legais que regem o tema; iv) danos materiais, decorrentes da perda, destruição de propriedades tangíveis, salvo a perda de uso dos dados; v) danos corporais, salvo se o dano moral seja resultante da violação, por parte da empresa, das normas relativas à proteção de dados; vi) falência, insolvência, concordada ou liquidação do segurado e de empresas direta ou indiretamente ligadas ao segurado; vii) danos decorrentes de atos de guerra, terrorismo, tumultos, greves e rebelião; viii) perdas decorrentes de problemas de infraestrutura baseada em falhas mecânicas, elétricas, falha dos sistemas de telecomunicação ou de transmissão via satélite e falha de segurança do sistema de computador abaixo do padrão de segurança razoáveis da indústria; ix) perdas decorrentes de operações financeiras através de transferências eletrônicas; x) danos decorrentes de infração de direitos de propriedade intelectual, incluindo patentes e Segredos Comerciais; xi) responsabilidades contratuais; xii) responsabilidades trabalhistas e xiii) reclamação de valores mobiliários.

Além das exclusões de cobertura, as apólices também tratam das hipóteses de perda de direito à indenização, hipóteses em que o segurado seguirá obrigado ao pagamento do prêmio. São elas: i) deixar de cumprir as obrigações convencionadas no contrato de seguro - hipótese de inadimplemento contratual -; ii) prática de atos ilícito com o objetivo de obter benefícios com o contrato; iii) quando o segurado fizer declarações inexatas, por si ou por seu representante, ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou no valor do prêmio, o que remonta ao artigo 766, do Código Civil brasileiro:

“Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido”.

Ainda, reproduzindo as disposições do Código Civil brasileiro, as apólices preveem que o tomador perderá o direito à indenização quando: i) agravar intencionalmente o risco objeto do contrato¹²; ii) deixar de participar um sinistro à seguradora, tão logo dele tome conhecimento e não adotar as providências imediatas para minorar suas consequências¹³ e iii) deixar de comunicar imediatamente à seguradora, logo que saiba, qualquer fato suscetível

¹² Artigo 768, CCB: “O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.”

¹³ Artigo 771, CCB: “Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências”.

de agravar o risco coberto, sob pena de perder o direito à indenização, se ficar comprovado que silenciou de má-fé¹⁴.

Os clausulados dos contratos de seguros de proteção de dados e responsabilidade cibernéticas impõem o dever de boa-fé das declarações do segurado, exatamente como em qualquer contrato de seguro. Essa disposição contratual reflete a mais estrita boa-fé, aplicável a todos os contratos de seguro, nos termos do artigo 765, do Código Civil brasileiro:

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.

3 – DEVER DE INFORMAÇÃO E AGRAVAÇÃO DE RISCO¹⁵

A agravação do risco ocorre quando se aumenta, deliberadamente ou não, as probabilidades da ocorrência do sinistro, gerando considerável desequilíbrio na relação contratual e, conseqüentemente, em todo sistema de mutualismo do fundo de seguros.

Quanto ao tema da agravação é necessário diferenciar as duas espécies legalmente previstas em nosso país: a regulada pelo artigo 768 e aquela regulada pelo artigo 769 do Código Civil brasileiro.

A área de aplicação de ambos os dispositivos é, evidentemente, distinta: na primeira, a agravação decorre de ato consciente do segurado, que o pratica mesmo sabendo que está elevando o risco de ocorrência de um sinistro ou, ainda, proporcionando condições para que as conseqüências de um sinistro sejam mais danosas do que poderiam ser; na segunda, a agravação ocorre por fato alheio à sua atuação, mas, igualmente, de seu conhecimento.

De toda forma, a doutrina nacional e alienígena acerca do tema é uníssona em afirmar que o instituto da agravação visa a impedir que se rompa o equilíbrio entre o risco garantido e o prêmio recebido pelo segurador¹⁶.

¹⁴ Art. 769, CCB: “O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.

§1º O segurador, desde que o faça nos quinze dias seguintes ao recebimento do aviso da agravação do risco sem culpa do segurado, poderá dar-lhe ciência, por escrito, de sua decisão de resolver o contrato.

§2º A resolução só será eficaz trinta dias após a notificação, devendo ser restituída pelo segurador a diferença do prêmio”.

¹⁵ Sabemos que a doutrina em geral, inclusive a pátria, utiliza-se da expressão “agravamento”. Utilizamos, porém, do termo “agravação” porque assim se expressa nosso Código Civil na única vez que faz referência expressa ao fenômeno (art. 769, CC).

¹⁶ SCHIAVO, Carlos A. Contrato de seguro – Reticencia y agravación del riesgo. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. p. 265.

3.1. A agravação deliberada em riscos cibernéticos

No caso do artigo 768, se o segurado, depois de celebrado o contrato de seguro, altera sua operação de sorte a torná-la mais suscetível a um ataque, e disto tem consciência, há a perda do direito à garantia.

Vale novamente a transcrição do citado artigo de lei:

“Art. 768. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.”

Muito se discute sobre as hipóteses de aplicação deste dispositivo que, de se admitir, impõe ao segurado uma consequência extrema: a perda da garantia que o contrato, em princípio, oferecia.

Já vimos, antes, as hipóteses em que as cláusulas contratuais excluem a garantia do risco para determinadas circunstâncias. Trata-se, essas exclusões, daquilo que a doutrina define como hipóteses de inexistência de seguro, ou o que se denomina de “não seguro”. Para estas circunstâncias, não há perda do direito à garantia, posto que este direito jamais existiu. É risco que o segurador jamais pretendeu garantir e sobre o qual jamais cobrou prêmio – tudo dentro do universal princípio de que tem o segurador o direito de limitar os riscos a serem por ele garantidos -.

Diferentemente ocorre na hipótese de agravação do risco em que a atuação – ou omissão – do segurado leva à perda do direito à garantia. Aqui, o risco estava garantido pelo contrato, direito à garantia que se perde, no entanto, pelo comportamento consciente do segurado.

Por todos, Andrea Signorino Barbat¹⁷:

“Las alteraciones de riesgo que determinan su agravacion no son equivalentes a riesgos no cubiertos. Los riesgos no cubiertos son delimitaciones del riesgo que se pactan al celebrar el contrato, son las circunstancias, especial y expressamente, determinadas en el contrato de seguros como causales de exclusión de cobertura y calificadas como riesgos no cubiertos, como circunstancias en cuyo contexto la ocurrencia del riesgo no se considera cubierto. Son hipótesis pactadas al inicio de la relación contratctual que determinan un “no seguro” una declaración explícita sobre que, ante determinados supuestos, ho habrá cobertura. En cambio, la agravación del riesgo ocurre durante la vigencia del contrato, se altera el riesgo asumido, su estado.”

¹⁷ BARBAT, Andrea Signorino. Estudios de Derecho de Seguros y Reaseguros – La Ley Uruguai. Montevideo: Ituzaingó, 2016. p. 35.

3.2. Da agravação por fato ou ato de terceiro em riscos cibernéticos

Se, na hipótese do artigo 769, por ato ou fato de terceiro o risco é aumentado e o segurado disto tem conhecimento, deve informar o segurador. No caso da pandemia não há como alegar o desconhecimento do agravamento das ameaças, pois mesmo se o segurado não estiver monitorando ou não tiver mecanismo de monitoramento das ameaças as quais está exposto, todo o mercado de segurança passou a alertar e enviar boletins sobre os cenários aos quais as empresas estavam expostas ao disponibilizar trabalho remoto. Cabe a empresa interpretar essas ameaças e avaliar seus controles para mensurar sua nova exposição ao risco.

Dados divulgados pela Kaspersky, empresa especialista em segurança digital, só no Brasil as tentativas de golpes relacionadas a sequestros de dados aumentaram 350% no primeiro trimestre e está diretamente relacionado com a adoção do home office devido à pandemia, comportamento sentido pelo mercado de segurança cibernética.

Dispõe o art. 769, do Código Civil brasileiro:

Art. 769, CCB: “O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.

§1º O segurador, desde que o faça nos quinze dias seguintes ao recebimento do aviso da agravação do risco sem culpa do segurado, poderá dar-lhe ciência, por escrito, de sua decisão de resolver o contrato.

§2º A resolução só será eficaz trinta dias após a notificação, devendo ser restituída pelo segurador a diferença do prêmio”.

Então, veja-se, aqui estamos diante de quadro em que o risco, garantido pelo contrato, é aumentado por ato ou fato de terceiros – não necessariamente interessados na existência desse contrato, normalmente desinteressados -¹⁸.

Aqui, a agravação não decorrerá de comportamento do segurado, mas, tendo ele conhecimento dessa agravação, deverá comunicar o segurador sob pena de perder o direito à garantia¹⁹.

Na doutrina abalizada de Andrea Signorini Barbat²⁰, trata-se de agravação que se estende no tempo e de ocorrência imprevisível quando da celebração do contrato. De resto, considera desnecessário o nexo de causalidade entre a agravação e a ocorrência do sinistro²¹.

¹⁸ Veja-se que o segurado se obriga a comunicar *incidente* suscetível de agravar o risco. Muitos, a nosso ver com inteira razão, compreendem que esse incidente não necessariamente deverá decorrer de comportamento de terceiros. Poderá decorrer, por exemplo, de causas naturais, bastando que ocorra sem culpa do segurado.

¹⁹ Para esta hipótese, exige-se a prova de que o segurado silenciou de má-fé, cabendo, pois, ao segurador essa prova, exigência que se faz em desarmonia com a estrutura do próprio Código Civil que assenta-se, dentre outros, no princípio da boa-fé, esta considerada em sua face objetiva.

²⁰ Op. Cit., p.32 e seguintes.

²¹ Op. Cit., p. 45.

Luiza Moreira Petersen²² aponta que a agravação há de ser relevante e superveniente à formação do contrato, registrando igualmente que ela deve ser imprevisível.

E qual será a finalidade dessa obrigação de comunicar a agravação ao segurador? Dar a ele a oportunidade de, conhecendo o novo risco, taxá-lo adequadamente, evidentemente aumentando essa taxa, ou, em prazo que o legislador julga adequado, resolver o contrato em 30 (trinta) dias contados da notificação de sua intenção ao segurado, restituindo a este a diferença do prêmio eventualmente devida.

Veja-se, então: o segurado deve comunicar o incidente que agrava o risco, sem culpa sua, logo que o saiba²³; o segurador, cientificado, poderá, nos 15 (quinze) dias seguintes, dar ao segurado ciência de sua decisão de resolver o contrato. Fazendo-o, deve garantir o risco por mais 30 (trinta) dias.

É certo que o dispositivo sob análise não admite expressamente a continuidade do contrato com a adequação da taxa de prêmio, mas essa alternativa salta aos olhos quando a resolução do contrato é posta como faculdade ao segurador. Ora, se ele não necessariamente precisa pôr fim ao contrato, significa dizer que, em acordo de vontades com o segurado, poderá a ele dar prosseguimento, ajustando-o.

O que se indaga é se, em se tratando de riscos cibernéticos, essa possibilidade de resolver o contrato, ainda mais nos exíguos prazos estabelecidos, não levará à insegurança jurídica que alcançará a sociedade como um todo.

Quando o artigo de lei sob estudo confere ao segurado mais 30 (trinta) dias de vigência contratual após cientificado de que o segurador irá resolver o contrato, é porque se pretende dar a ele a oportunidade de procurar um novo segurador, disposto a garantir o risco rejeitado pelo primeiro.

Mas, admita-se a possibilidade de que esse novo risco não seja aceito por nenhum outro segurador e teremos, então, terceiros que contarão apenas com a capacidade própria da empresa segurada em arcar, sozinha, com os prejuízos a que der causa. Em poucas palavras, será ela seu próprio segurador.

É certo que, em muitos outros segmentos, esse malefício se poderá verificar, mas riscos cibernéticos é algo que beira o incomensurável – em termos de atingimento a interesse de terceiros -.

²² PETERSEN, Luiza Moreira. O risco no contrato de seguro. São Paulo: Roncarati. 2018. p. 149.

²³ A expressão gera celeuma por sua vaguidão. Muitos entendem que a lei haveria de ter definido um prazo, e não deixar ao talante do intérprete fazê-lo diante de cada caso concreto.

É certo também dizer que, dada a incomensurabilidade antes apontada, a existência de seguro poderá não ser suficiente para garantir interesse de terceiros ante o esgotamento célere de seu limite de garantia, mas um segurador especializado poderá, durante toda a vigência do seguro e em cooperação com seu segurado, promover a adequada gestão de riscos, de sorte a mitigá-los, de sorte a torna-los passíveis de precificação na medida em que se transformem.

4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo sistema brasileiro, e diante de um quadro de agravação de risco, temos que apenas na hipótese de agravação sem culpa pelo segurado é que se estabelecerá um regime de declarações – obrigatórias – para ambas as partes e que poderá desaguar na resolução do contrato.

É nossa compreensão que as regras estabelecidas pelo artigo de lei que a regula – a agravação sem culpa - talvez não sejam suficientes, nem mesmo convenientes, aos interesses da sociedade.

Espera-se, então, que a doutrina e jurisprudência venham a temperar, se isto é possível, a interpretação da norma, antes que se defenda o nascimento de um seguro obrigatório para garantia de riscos cibernéticos.

Mas não se duvide que a ideia poderá surgir.

Por oportuno, vale comentar o que se vive na atualidade, apontando para a pandemia que ora nos assola.

Não se quer, bom que se diga, relacioná-la, ou seus efeitos, ao fenômeno da agravação de risco. A agravação de risco – aquela que apontamos decorrentemente da aplicação da norma do artigo 769, do Código Civil brasileiro – se aplica diante de um caso concreto, circunscrito à esfera de interesses existentes entre um segurador e um segurado e relacionado a um contrato específico.

Jamais, segundo entendemos, poder-se-ia, com base no já referido artigo, sustentar a ausência de cobertura para riscos, cibernéticos ou não, baseado, vale repetir, em agravação de risco. Na hipótese, nem mesmo se coloca a obrigação do segurado em realizar qualquer comunicação ao segurador por se tratar de fato público, declarado por autoridade competente.

Mas, parece-nos possível afirmar, muitos riscos, cibernéticos ou não, aumentarão durante e após essa pandemia – vale repetir à exaustão, aqui não se cogita de aplicação do

fenômeno da agravação de risco, mas apenas reconhecer que a sociedade poderá se obrigar a conviver com riscos maiores do que em dias recentes se apresentavam -.

Cresce a opção para o denominado *home office*, sistema em que empregados prestam seus serviços não na sede das empresas que os contratam, mas diretamente de suas residências.

A opção se justifica principalmente no ambiente das grandes metrópoles, onde o deslocamento das pessoas entre suas residências e a sede de seus empregadores representa dispêndio financeiro direto – o custo do deslocamento – e indireto – o tempo que o deslocamento consome -, este, talvez, o mais significativo.

Mas este processo foi muito acelerado com o advento da pandemia. Como parte das ações emergenciais para colocar os negócios para funcionar sem o contato social, as empresas se viram obrigadas a implantar um sistema de trabalho em *home office* em larga escala, sem a possibilidade de um planejamento prévio em relação aos riscos decorrentes dessa nova realidade.

Entretanto, diferentemente do que ocorre quando o trabalho é realizado dentro da infraestrutura das empresas, que possuem ferramentas de *Firewall* e *Intrusion Prevention System* (IPS) ou Sistema de Detecção de Intrusão, por exemplo, no trabalho remoto os usuários possuem menos mecanismos de proteção, pois ao utilizarem seus equipamentos pessoais estão mais suscetíveis aos ataques cibernéticos ao mesmo tempo em que acessam os dados e informações sensíveis das empresas.

No cenário atual, se verifica uma multiplicação de ataques cibernéticos, de acordo com estudos realizados pelo WEF²⁴, devido ao aumento da dependência das pessoas de uma infraestrutura digital associado ao aumento do tempo de utilização das ferramentas digitais, bem como pelo fato do cibercrime explorar o medo e a insegurança humana, levando os usuários a serem mais suscetíveis ao acessar links e realizar *download* de baixa segurança.

Trata-se de um cenário novo e adverso, que tem imposto o isolamento social e, em muitos lugares, medidas extremas como o *lockdown*, o que contribui para uma acelerada transformação digital das empresas, não só com a instituição de *home office* mas, também, com a utilização de novas ferramentas tecnológicas, para as quais ainda são desconhecidas as vulnerabilidades de segurança cibernética, tornando a proteção dos dados uma tarefa desafiadora e urgente.

²⁴ Disponível em <https://www.weforum.org/agenda/2020/03/coronavirus-pandemic-cybersecurity/>. Acesso em 16.05.2020

A tão falada transformação digital é agora intensamente vivenciada e, uma vez constatada sua efetividade, pode se mostrar um caminho sem volta para o mundo corporativo, exigindo das empresas planos consistentes e investimentos na criação de ambientes, processos e pessoas treinadas. Também se mostra irreversível a dependência que as empresas terão dos Sistemas de Informação (SI) e da Segurança da Informação (SegInfo), no gerenciamento de suas atividades negociais (Weske, 2007) e para mitigar os riscos decorrentes dessa transformação digital.

De acordo com Sêmola et al. (2003), o risco para as empresas será maior quanto mais as atividades desenvolvidas saírem do perímetro interno das empresas, ocorrendo um aumento no uso de ferramentas que facilitam ataques e invasões, associadas a um crescimento exponencial do compartilhamento de informações pelos colaboradores.

Com a alteração nas relações de trabalho impostas pela pandemia de Covid-19, algumas empresas estavam mais preparadas para a implementação do *home office* em larga escala e já contavam com a infraestrutura apropriada, sendo necessária apenas uma expansão dessa infraestrutura e ou de *links* de acesso a todos os colaboradores. No entanto, outras empresas se viram sem a menor condição de viabilizar tal conectividade, permitindo então o acesso através de dispositivos pessoais dos colaboradores com o objetivo de que as empresas não se vissem obrigadas a parar totalmente as atividades desenvolvidas, o que seria extremamente danoso.

Todas as empresas, com mais ou menos estrutura, tiveram que assumir riscos, cada qual com seu grau. E, passados alguns meses de pandemia, muitas viram nesse modelo de trabalho uma ida sem volta, e já se preparam para uma situação mais duradoura em decorrência de um novo modelo de trabalho eficaz e produtivo.

Passado o primeiro estágio que focou em deixar as pessoas a salvo e manter os negócios operantes, as empresas passaram, em um segundo momento, a mapear as vulnerabilidades e traçar os planos de ação, minimizando os riscos²⁵ até o ponto em que estejam dispostas a aceitá-los.

Seja qual for o modelo adotado, de curto ou longo prazo, as empresas não podem ignorar o fato de o risco atual ser maior do que o risco a que estavam sujeitas antes da

²⁵ De acordo com a definição *do National Institute of Standards and Technology* (NIST), o risco se traduz na probabilidade de uma fonte de ameaça ou um potencial vulnerabilidade causem um evento inesperado e que resulte em um impacto adverso para a empresa. Disponível em www.nist.gov. Acesso em 16.05.2020.

pandemia. Diversos órgãos de monitoramento ao redor do mundo têm indicado um aumento considerável de *phishing*²⁶ e fraudes nesse período.

Alia-se a isso colaboradores mal treinados, processos frágeis e ambientes tecnológicos falhos, formando um ambiente perfeito para as fraudes e o aumento exponencial do risco de ataques cibernéticos.

Há, repita-se, e são muitas, empresas já muito bem preparadas para a utilização do sistema chamado *home office* com sistema de segurança cibernético muito próximo, se não idêntico, ao que tinham em ambiente próprio. É evidente que, perpetuando-se o *home office*, ainda que isto não signifique que todas as empresas irão por ele optar ou irão por ele optar de forma a abandonar por completo o modelo que até recentemente conhecíamos, certamente haverá um aprimoramento dos sistemas de segurança ligados aos riscos cibernéticos.

Mas, mesmo as grandes corporações contam com empresas de menor porte prestando-lhes serviços, sendo de se esperar por parte dessas prestadoras uma dificuldade maior para estarem sempre *pari passu* com o avanço dos crimes cibernéticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBAT, Andrea Signorino. Estudios de Derecho de Seguros y Reaseguros – La Ley Uruguay. Montevideo: Ituzaingó, 2016. pág. 35.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, 2002, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), 2018. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/13709.htm.

BRASIL. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet, 2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm.

BRASIL. Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12737.htm.

BONTIS, N. Assessing knowledge assets: a review of the models used to measure intellectual capital. Working paper, Queen's Management Research Centre for Knowledge-Based Enterprises. 2000.

EDVINSSON, L.; MALONE, M. S.S. Capital intelectual: descobrindo o valor real de sua empresa pela identificação de seus valores interiores. São Paulo: Makron Books, 1998.

²⁶ Trata-se de uma espécie de fraude com o objetivo de “pescar” informações dos usuários, como dados pessoais ou senhas e que chegam geralmente através de mensagens de e-mail e redes sociais, podendo, ainda, contaminar o dispositivo eletrônico com um vírus ou um *malware*.

LEV, B. Intangibles: management, measurement and reporting. Brookings Institution Press, Washington, D.C. 2001.

PETERSEN, Luiza Moreira. O risco no contrato de seguro. São Paulo: Roncarati. 2018. pág. 149.

SCHIAVO, Carlos A. Contrato de seguro – Reticencia y agravación del riesgo. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. pág. 265.

SCHNORRENBARGER, D. O alvorecer do capital intelectual. Revista Brasileira de Contabilidade - RBC, N. 139: janeiro-fevereiro, 2003.

Weske, M. Concepts, Languages, Architectures. V. 14. Springer, 2007.

SEGURO GARANTIA JUDICIAL: ESTRATÉGIA PARA REDUZIR A IMOBILIZAÇÃO DO CAPITAL

Eden José Ferreira Zarth Soares¹

Eduardo Orlandini²

Marta da Silva Souza³

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar a existência de vantagens (ou não) às empresas na utilização de apólices securitárias como garantia em processos judiciais, com enfoque especial àqueles de natureza trabalhista. Por meio de uma pesquisa qualitativa oriunda de experiências práticas vivenciadas, pretende-se acordar o contexto histórico do seguro garantia judicial no Brasil, evoluindo para o exame da regulamentação vigente e, a partir de conceitos elementares, abordar as especificidades que envolvem a área seara trabalhista, que além de possuir regulamentação própria, por vezes, representa um percentual bastante expressivo de recursos financeiros das empresas depositados em controvérsias judicializadas envolvendo essa temática.

Palavras-chave: Seguro; garantia processual; processos trabalhistas.

INTRODUÇÃO

O contexto em que a mundo viu-se inserido a partir da crise sanitária instaurada pela Covid-19, em que pese os incontáveis prejuízos, seja no aspecto material, quanto do ponto de vista humano, proporcionou também a mudança de muitos paradigmas e crenças. Como não poderia ser diferente, empresas de todos os portes precisaram se reestruturar, desenvolver novas soluções e, sobretudo, viabilizar fluxo de caixa para fazer frente a um período de restrições das mais variadas ordens.

Ante os novos desafios, viu-se no mercado de seguros uma alternativa para reduzir de forma imediata a utilização de recursos financeiros como garantia judicial, de modo a permitir a manutenção de suas atividades empresariais. Assim, a partir de experiências vivenciadas durante a atuação como advogados em uma empresa estatal, que presta serviços

¹ Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Pós-graduado em Direito Tributário pela UCS. LL.M e Mestrando em Direito da Empresa e dos Negócios pela UNISINOS. Advogado com inscrição na OAB-RS sob o nº 77.989-B. E-mail para contato: edenjoseferreira@gmail.com

² Graduado em Direito pela Uniritter. Pós-graduado em Direito Civil pela Uniritter. Pós-graduado em Direito Tributário pela UCS. Mestrando em Direito das Relações Internacionais pela UDE. Advogado com inscrição na OAB-RS sob o nº 58.653. e-mail para contato: dudaorlandini81@gmail.com.

³ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Escola Superior Associada de Goiânia - ESUP. Advogada com inscrição na OAB-RS sob o nº 89.970. E-mail para contato: martasouza.advogada@gmail.com.

públicos, surgiu a inquietação que norteou a pesquisa, qual seja: utilização de apólices de seguro garantia judicial como forma de reduzir a imobilização do capital por prazos alargados.

Esse artigo tem por objetivo analisar a existência de vantagens às empresas na utilização de apólices securitárias como garantia em processos judiciais, em especial para processos de natureza trabalhista. A escolha desses de ramo do direito se deu em razão não somente de suas especificidades, uma vez que possui regulamentação própria, mais principalmente por representar, em inúmeros casos, um percentual bastante expressivo de recursos financeiros das empresas depositados em controvérsias judicializadas envolvendo essas temáticas.

Para tanto, a pesquisa, sob o ponto de vista de sua natureza é aplicada, pois almeja gerar conhecimentos para aplicação prática dirigidos à solução do problema acima exposto. Do ponto de vista de sua forma de abordagem é qualitativa, considerando que se utiliza do ambiente natural como fonte direta de coleta de dados, tendo os autores como instrumento fundamental para esta coleta e análise.

No que diz respeito à apresentação do presente trabalho, optou-se por organizá-lo em dois capítulos. O primeiro deles aborda um breve histórico do mercado de seguros no Brasil; ao passo que o segundo capítulo foi dedicado à regulamentação da modalidade de seguro garantia judicial, abordando-se não somente os aspectos legais, mas também a Circular 477 da SUSEP, trazendo ainda a análise das especificidades para utilização de apólices como garantia judicial no âmbito de processos judiciais trabalhistas.

Imperioso salientar que o presente artigo não se propõe a esgotar a matéria objeto de debate, mas sim possibilitar o debate acerca do tema, promovendo reflexões que possam ser úteis no cotidiano da advocacia.

1. BREVE HISTÓRICO DO SEGURO GARANTIA JUDICIAL NO BRASIL:

A atividade de seguros no Brasil remonta à chegada da Família Real no país; contudo, como não poderia ser diferente, a atividade era regulada pelas leis portuguesas. Em 1850, com a promulgação do Código Comercial Brasileiro, Lei nº 556/1850⁴, é que a legislação pátria passou a prever o primeiro instituto dessa natureza regulado no país, qual seja, o

⁴ BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-556-25-junho-1850-501245-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 01-10.21.

seguro marítimo.

Desde então com o amadurecimento das instituições brasileiras, o mercado de seguros foi ganhando relevância e, por consequência, passou a ser amplamente regulado pela legislação:

Foi em 1º de janeiro de 1916 que se deu o maior avanço de ordem jurídica no campo do contrato de seguro, ao ser sancionada a Lei nº 3.071, que promulgou o "Código Civil Brasileiro", com um capítulo específico dedicado ao "contrato de seguro". Os preceitos formulados pelo Código Civil e pelo Código Comercial passaram a compor, em conjunto, o que se chama Direito Privado do Seguro. Esses preceitos fixaram os princípios essenciais do contrato e disciplinaram os direitos e obrigações das partes, de modo a evitar e dirimir conflitos entre os interessados. Foram esses princípios fundamentais que garantiram o desenvolvimento da instituição do seguro.⁵

Em que pesa as disposições contidas no Código Civil de 1916⁶, somente no ano de 1966 foi criada, através do Decreto-lei nº 73⁷, a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP e, partir daí passaram a ser reguladas todas as operações de seguros e resseguros do âmbito nacional. Um ano após a criação da SUSEP foi instituído a modalidade de seguro garantia com promulgação do Decreto-Lei nº 200/1967⁸, inspirado no modelo americano.

No que diz respeito ao seguro garantia judicial, objeto deste estudo, o embasamento legal para utilização ocorreu a partir da Lei nº 11.382/2006, que alterou do artigo 656 do Código de Processo Civil, para prever que: *“A parte poderá requerer a substituição da penhora: §2º A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30% (trinta por cento)”*⁹. Tal redação vigeu até a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, em 2015¹⁰, o qual será melhor abordado no próximo capítulo.

⁵ SUSEP. **História do Seguro**. Disponível em < <http://www.susep.gov.br/menu/a-susep/historia-do-seguro>>. Acesso em: 01-09-21.

⁶ BRASIL, **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em 14-10-21.

⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0073.htm>. Acesso em 15-10-21.

⁸ BRASIL, **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em 01-10-21.

⁹ BRASIL. **Lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11382.htm#art2>. Acesso em 15-10-21.

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15-10-21.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impresao.htm>. Acesso em 15-10-21.

2. REGULAMENTAÇÃO

A partir da disposição trazida pela Superintendência de Seguros Privados, por meio da Circular SUSEP nº 477, de 30 de setembro de 2013, o seguro garantia tem por objetivo: “Art. 2º. O Seguro Garantia tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado”¹¹. Desse cenário apresentado, verifica-se, primeiramente, que a conceituação é bastante objetiva, ou seja, o seguro garantia, tem, com o perdão da redundância, o objetivo de garantir o cumprimento de determinada obrigação. Em segundo lugar, embora aparentemente simples e, com algum grau de normatização, o instituto do seguro garantia sempre merece análise, sobretudo em cenários de economia oscilante, em que a quebra de confiança geral acaba aumentando e, por conseguinte, fomentando ferramentas que possam restabelecer esse cenário de confiança.

Com efeito, o seguro garantia no Brasil tem um suporte de validade no já citado art. 3º do Decreto-Lei nº 73, de 1966, bem como na Circular SUSEP nº 477. Essa circular é bastante analítica e dispõe sobre praticamente todos os pontos que envolvem essa modalidade de garantia de obrigações, muito embora seja sabido que ela não esgota o assunto, sobretudo diante da complexidade das relações humanas atuais. Nesse sentido, aliás, cabe lembrar que a Circular nº 477 é de 2013, sendo que, no ano de 2018, foi editada a Circular SUSEP nº 577¹², que acrescentou um anexo dispondo sobre ações trabalhistas e previdenciárias, assim como modificou alguns dispositivos da propalada Circular nº 477.

Nesse ponto, a fim de possibilitar a melhor compreensão do tema, interessante destacar a diferenciação entre os ramos trazida pelo artigo 3º da indigitada norma, quais sejam, segurado integrante do setor público e segurado pertencente ao setor privado. No que se refere ao segurado do setor privado, tendo em vista não constituir objeto desta análise, o artigo limitar-se-á ao conceito previsto no ato normativo, segundo o qual “(...) o seguro que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado no contrato principal firmado em âmbito distinto do mencionado no art. 4º”.

Entretanto, melhor interessa-nos o disposto no artigo 4º, haja vista que possibilita a identificação precisa do objeto de estudo, senão vejamos:

¹¹ SUSEP. **Circular nº 477, de 30 de setembro de 2013**. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/circular-n-477-de-30-de-setembro-de-2013-31065813>>. Acesso em: 13-7-21.

¹² SUSEP. **Circular SUSEP nº 577, de 26 de setembro de 2018**. Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=367822>>. Acesso em 01-10-21.

Define-se Seguro Garantia: Segurado – Setor Público o seguro que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado em razão de participação em licitação, em contrato principal pertinente a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, concessões ou permissões no âmbito dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou ainda as **obrigações assumidas em função de:**

I – processos administrativos;

II – **processos judiciais, inclusive execuções fiscais;**

III – parcelamentos administrativos de créditos fiscais, inscritos ou não em dívida ativa;

IV – regulamentos administrativos.

Parágrafo único. Encontram-se também garantidos por este seguro os valores devidos ao segurado, tais como multas e indenizações, oriundos do inadimplemento das obrigações assumidas pelo tomador, previstos em legislação específica, para cada caso (grifo nosso).

Além dessa regulamentação normativa mais específica, porém de origem infralegal, torna-se oportuno referir que o seguro garantia é mencionado em algumas das mais aplicáveis e relevantes leis brasileiras. Pois bem, o primeiro ponto de abordagem é o Código de Processo Civil. E, nesse diploma processual, desde a Lei n. 5.869, de 1973, até a o vigente Código processual, Lei n. 13.105, de 2015, já havia a previsão da possibilidade de garantia de uma execução, diga-se, de uma obrigação, pelo oferecimento de um seguro garantia. Para a lei processual atual, além do valor da dívida, para a garantia ser hígida e válida, deverá ser acrescida do percentual de 30%:

Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

§ 2º 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.

Já o parágrafo único do artigo 848 do mesmo diploma legal estabelece as hipóteses em que as partes poderão requerer a substituição da penhora se, nos seguintes termos: “*A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou por seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento*”.

Oportuno lembrar que, consoante restou mencionado no capítulo anterior, a inclusão do seguro garantia no ordenamento jurídico-processual brasileiro se deu pela reforma promovida pela Lei nº 11.382, de 2006, a qual alterou a redação do art. 656, § 2º do CPC/1973. O seguro garantia, portanto, está na lei processual brasileira desde 2006, sobrevivendo a regulamentação da SUSEP no ano de 2013.

Além dos exemplos citados, há inúmeros outros casos de disposições normativas genéricas aceitando o seguro garantia, a exemplo da Portaria nº 164/2014 da Procuradoria-

Geral da Fazenda Nacional¹³, dispendo acerca da aceitação de seguro garantia nos processos de execução fiscal no âmbito da Fazenda Nacional, regulamentando não somente o oferecimento de seguro como nova garantia no processo, mas também à substituição de garantias já ofertadas por apólices.

Na seara trabalhista, apenas em 2017, a partir vigência da chamada reforma trabalhista com a Lei nº 13.467¹⁴, a Consolidação das Leis do Trabalho¹⁵ passou a prever a possibilidade de utilização de seguro garantia ou fiança bancária nos casos de depósito recursal ou judicial. No entanto, não havia aderência por parte dos juízes ou mesmo dos Tribunais em relação a essa modalidade de garantia, situação que gerava extrema insegurança às empresas que litigavam naquela justiça especializada.

Para os advogados que atuam em favor das empresas era comum ver recursos serem julgados desertos em razão da não aceitação das apólices em substituição ao depósito recursal; ou ainda, em processos já em fase executória, a determinação de bloqueio de numerário em contas bancárias da empresa em virtude da rejeição das apólices por decisões fundadas exclusivamente por entender ser inaplicável na esfera trabalhista, apesar da inclusão expressa no texto legal.

Tais situações acabavam sendo até mais dispendiosas para as empresas, que arcavam com os custos de contratação e mesmo assim corriam o risco de bloqueio judicial ou deserção. A consequência disso era o desestímulo à utilização dessa forma de garantia. Entretanto, em 2019 houve a edição do Ato Conjunto nº 1 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho¹⁶ regulamentando a matéria e, por conseguinte, conferindo maior segurança às partes e até mesmo ao juiz quanto à aceitação de apólices de seguro em substituição aos depósitos recursais e judiciais.

Esse ato normativo previu requisitos objetivos para a aceitabilidade das apólices, como, por exemplo, a obrigatoriedade de que o valor da indenização seja correspondente à

¹³ BRASIL, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Portaria nº 164, de 27 de fevereiro de 2014**. Disponível em <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/servicos/orientacoes-contribuintes/legislacao/portaria-pgfn-n-164_2014.pdf/view>. Acesso em 10-10-21.

¹⁴ BRASIL, **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm>. Acesso em 29-09-21.

¹⁵ BRASIL. **Decreto-Lei Nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 10-10-21.

¹⁶ BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho; Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho (Brasil). **Ato Conjunto n. 1/CSJT.GP.CGJT, de 14 de fevereiro de 2019**. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: caderno administrativo [do] Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 3121, p. 1-3, 14 dez. 2020. Republicação 1.

integralidade do débito em execução acrescido de 30%, já prevista no Código de Processo, a validade mínima de três anos das apólices com cláusula de renovação automática, a previsão de manutenção da garantia ainda que a tomadora seja inadimplente com o valor do prêmio, ambos visando garantir a compatibilização com o Princípio da Proteção, no qual se funda o Direito do Trabalho, entre outros.

A despeito disso, o ato conjunto também previa algumas restrições para a utilização do seguro. Uma delas era a impossibilidade de substituição nos casos em que a garantia inicialmente ofertada havia sido o depósito em dinheiro, consubstanciada na ordem de preferência estabelecida no artigo 835 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho por força do artigo 869 da CLT.

Essa vedação restou analisada pelo Conselho Nacional de Justiça, que declarou a nulidade de tal exigência, levando, assim, a edição de novo ato em consonância com o entendimento firmado pelo Conselho Nacional de justiça, o que ocorreu em 2020. A despeito disso, o seguro garantia judicial ganhou espaço na Justiça do Trabalho ao longo dos últimos dois anos, em razão da crise sanitária e econômica mundial instaurada pela Covid-19, a partir da qual as empresas passaram a lançar mão dessa alternativa em virtude da vantajosidade que ela representa em relação a outras formas de garantia.

Isso porque apesar dos esforços na busca por celeridade, sabe-se que controvérsias judiciais podem tramitar durante longos anos, ensejando a necessidade de realização de depósitos recursais ou até mesmo judiciais que permanecem à disposição do juízo e sem que as empresas possam se utilizar deles para investimentos ou mesmo na sua subsistência. Motivo pelo qual a equiparação da fiança bancária e do seguro judicial a dinheiro promovida pelo §2º do art. 835 do CPC foi bastante salutar.

Entrementes, o seguro garantia representa alternativa menos dispendiosa para a empresa se comparada à fiança bancária (as taxas praticadas naquela via de regra, são inferiores as taxas desta), além de não comprometer seu limite de crédito com instituições financeiras, o que indubitavelmente representa alternativa bastante interessante, haja vista a necessidade de muitas empresas de buscar financiamentos para impulsionar seus negócios e outras fontes de capitalização. Ademais, em razão da solidez do mercado securitário essa modalidade de garantia representa uma forma segura de reduzir a imobilização do capital por prazos alargados.

Embora tenha sido regulamentada a possibilidade de utilização de seguro como forma de garantia em reclamações trabalhistas, desde que, por óbvio, observados os

requisitos previstos no ato normativo, longe de estar pacificada a controvérsia, porquanto ainda é possível verificar certa relutância por parte de alguns juízes. Todavia, entende-se que a análise a ser realizada pelo magistrado deve ser bastante objetiva, não podendo ser mais restritiva do que a lei e o ato conjunto, sob pena de ferir o Princípio da Menor Onerosidade ao Executado e, até mesmo, o da Legalidade.

Certamente outros casos poderiam ser referidos, como, por exemplo, a utilização de seguro garantia para processos judiciais tributários, para licitações, contratos etc., não se tendo a pretensão de exaurir a enumeração, porém impende concluir a partir dos exemplos que se torna relevante ao tomador de eventual seguro que objetive garantir determinada obrigação que faça a devida averiguação no sentido de saber se o eventual segurado tem alguma regra específica para normatizar o seguro garantia a ser ofertado ou se é abrangido por algum ato normativo específico.

CONCLUSÃO

Apresentado um brevíssimo histórico dos seguros no Brasil e, na sequência, do seguro garantia, pode-se observar que o instituto em exame é relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro, o que talvez justifique não só a necessidade de mais trabalhos e exames sobre o tema, como também eventuais problemas inclusive de aceitação dessa modalidade de garantia pelos juízes, especialmente o juízo trabalhista.

Na sequência do histórico, tratando da regulamentação do seguro garantia, viu-se que há previsões na legislação federal, mais especificamente no Código de Processo Civil e na Consolidação das Leis do Trabalho, que versam basicamente sobre a aceitação dessa modalidade de garantia de obrigações nos processos de execução/fases de cumprimento de sentença, com uma previsão bastante clara de emissão de apólice com um acréscimo de 30% no valor a ser garantido, situação que traz uma posição de conforto à figura do segurado, indicando a ausência de prejuízo a este e, também, um grau elevado dessa modalidade de garantia.

Também se pode notar a existência de extensa regulamentação infralegal do seguro garantia, notadamente pela edição de atos normativos bastante abrangentes pela SUSEP, além de ato normativo editado pelo Tribunal Superior do Trabalho. Na seara trabalhista, portanto, a regulamentação é plena e não mais justifica qualquer recusa de aceitação do seguro garantia, sob pena de ser a parte executada do processo trabalhista excessivamente onerada. Em outras áreas, a recomendação é a de que, além da normatização da SUSEP, seja

investigada a existência de eventual ato também dispondo sobre o tema.

Por fim, entende-se que o instituto do seguro garantia está suficientemente amadurecido para ser plenamente utilizado como garantia em processos trabalhistas, que é o ponto de maior abordagem deste trabalho, não só porque, como referido, é bastante protetivo ao segurado e ao juízo, como, especialmente, pode favorecer sobremaneira o tomador do seguro, parte executada, que tem como benefício taxas geralmente menores que as realizadas em fianças bancárias, além de não inviabilizar eventual limite de crédito e o próprio capital das empresas. Para os executados, portanto, igualmente o seguro garantia aparenta ser uma interessantíssima ferramenta, sobretudo em momentos de crise, tais como os experimentados na pandemia de Covid-19.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 5.452, de 1º de maior de 1943**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 10-10-21.

BRASIL, **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm>. Acesso em 29-09.21.

BRASIL. **Lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11382.htm#art2>. Acesso em 15-10-21.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 15-10-21.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impresao.htm>. Acesso em 15-10-21.

BRASIL, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Portaria nº 164, de 27 de fevereiro de 2014**. Disponível em <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/servicos/orientacoes-contribuintes/legislacao/portaria-pgfn-n-164_2014.pdf/view>. Acesso em 10-10-21.

BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho; Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho (Brasil). **Ato Conjunto n. 1/CSJT.GP.CGJT, de 14 de fevereiro de 2019**. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: caderno administrativo [do] Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 3121, p. 1-3, 14 dez. 2020. Republicação 1.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0073.htm>. Acesso em 15-10-21.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em 01-10-21.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 13-7-21.

BRASIL. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-556-25-junho-1850-501245-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 01-10-21.

BRASIL, **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em 14-10-21.

SUSEP. **Circular nº 477, de 30 de setembro de 2013**. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/circular-n-477-de-30-de-setembro-de-2013-31065813>>. Acesso em: 13-7-21.

SUSEP. **Circular SUSEP nº 577, de 26 de setembro de 2018**. Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=367822>>. Acesso em 01-10-21.

SUSEP. **História do Seguro**. Disponível em < <http://www.susep.gov.br/menu/a-susep/historia-do-seguro>>. Acesso em: 01-09-21.

REGULAÇÃO DO SINISTRO NOS SEGUROS DO SÉCULO XXI

Ilan Goldberg¹
Thiago Junqueira²

Resumo: O presente estudo tem como objetivo examinar os (prováveis) impactos das novas tecnologias na regulação do sinistro nos seguros privados. Além do enfrentamento de aspectos essenciais dessa fase contratual, são descortinados os riscos e oportunidades que tocam a transformação digital em marcha na área. Em especial, investiga-se i) o monitoramento e alerta ao segurado como forma de prevenção do sinistro; ii) a avaliação digital da amplitude do sinistro por meio do uso de drones; e iii) a automação da liquidação dos sinistros, tendo como pano de fundo o exemplo dos seguros paramétricos. O artigo segue o método lógico-dedutivo, e tem como recurso fontes jurisprudenciais nacionais e fontes bibliográficas nacionais e estrangeiras.

Palavras-chave: Regulação do sinistro; seguros; novas tecnologias; riscos; oportunidades.

1. INTRODUÇÃO

Tradicionalmente conservador, o setor de seguros se encontra em um momento de rápida e profunda transformação digital. Uma série de fatores converge para isso, como o vertiginoso aumento de dados produzidos na sociedade, a expansão de tecnologias para o seu armazenamento (computação em nuvem) e seu processamento – capazes de extrair, de um grande volume de dados estruturados e não estruturados, informações que auxiliam na tomada de decisões (v.g., inteligência artificial).

Some-se a eles, ainda, a mudança de hábitos dos consumidores, que, especialmente a partir da pandemia da covid-19, estão mais dispostos a adquirir serviços de forma digital e a compartilhar os seus dados, desde que considerem receber em troca uma boa contraprestação.³ Nesse particular, imagine-se que, em vez de regular um sinistro no prazo

¹ Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Regulação e Concorrência pela Universidade Cândido Mendes. Pós-Graduado em Direito Empresarial LLM pelo Ibmecc. Professor convidado da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, da Escola de Negócios e Seguros e da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (RJ). Advogado e Parecerista.

² Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra. Pesquisador visitante do Instituto Max-Planck de Direito Comparado e Internacional Privado (Hamburgo - Alemanha). Professor da FGV Conhecimento e da Escola de Negócios e Seguros. Diretor de Relações Internacionais da Academia Brasileira de Direito Civil. Advogado e Parecerista.

³ Em pesquisa recentemente publicada, demonstrou-se que houve um significativo acréscimo na abertura dos consumidores norte-americanos à precificação do seguro de automóvel baseada na subscrição comportamental: “Ao longo do tempo, os segurados tornaram-se mais confortáveis com a partilha dos seus dados de condução, mas historicamente o progresso tem sido relativamente pequeno; na Arity [empresa de análise de dados], temos

de até trinta dias, tal qual disposto nos atos normativos da Superintendência de Seguros Privados (Susep), o segurador pudesse fazê-lo em três segundos; isso seria motivo suficiente?⁴

Ao lado da subscrição dos seguros, a fase da regulação do sinistro será a mais impactada pelas novas tecnologias (*e.g.*, *Big Data*, Inteligência Artificial e Internet das Coisas). Alicerçado a essa observação, o presente artigo tem como escopo tirar da sombra os meandros desse processo disruptivo, sopesando-se os seus riscos e oportunidades, a partir da análise de exemplos concretos. Para tanto, dividir-se-á a abordagem em alguns (sub)tópicos.

Feita essa breve introdução, dar-se-á partida à investigação, no próximo item, pelos aspectos essenciais da regulação do sinistro (*infra*, 2). Na sequência, examinar-se-ão como as novas tecnologias estão sendo aplicadas nessa fase negocial, apontando-se os seus aspectos positivos e negativos (*infra*, 3), por meio de três exemplos: i) o monitoramento e alerta ao segurado como forma de prevenção do sinistro (*infra*, 3.1); ii) a avaliação da amplitude do sinistro de forma digital por meio do uso de drones (*infra*, 3.2); e iii) a automação da liquidação dos sinistros, tendo como pano de fundo os seguros paramétricos (*infra*, 3.3). Por fim, serão tecidas algumas notas conclusivas (*infra*, 4).

2. ASPECTOS ESSENCIAIS DA REGULAÇÃO DO SINISTRO

A concretização do risco segurado em conformidade com as coberturas contratadas, e a consequente ocorrência do sinistro, em princípio, gera ao segurado o direito a ser

acompanhado ganhos de cerca de 3% por ano. Mas em 2020, em parte devido à pandemia da Covid-19, vimos esta mentalidade mudar drasticamente e surgir uma aceitação sem precedentes da telemática. (...) Em vez de apenas um terço dos consumidores se sentirem confortáveis em ser taxado de acordo com os seus padrões de condução, agora cerca de metade dos clientes estaria disposta a optar por um seguro telemático. É uma mudança enorme”. HARBAGE-EDELL, Louisa. *This just in: consumers are now much more comfortable with sharing driving data*. In: *Arity*. Disponível em: <https://www.arity.com/move/just-consumers-now-much-comfortable-sharing-driving-data/>. Sobre o tema, confira-se, igualmente, o seguinte alerta: “Os seguros são tradicionalmente uma indústria com baixo contato com o cliente e lenta adoção de tecnologias. Moldados pelas suas experiências com outras indústrias, os consumidores de seguros, particularmente os *millennials*, esperam agora serviços inovadores, centrados na experiência dos usuários, *on-demand* e de elevada interação”. PARAMOUNT HEALTH GROUP. *Customer expectations*. Disponível em: <http://insuretech.paramount.healthcare/>. Advirta-se, por oportuno, que o acesso aos referidos endereços eletrônicos, bem como aos demais, mencionados em seguida, ocorreram pela última vez em 22 out. 2021. Sublinhe-se, outrossim, que os trechos originários de idiomas estrangeiros e transcritos no presente estudo foram livremente traduzidos pelos autores.

⁴ O exemplo remete à empresa norte-americana Lemonade, fundada em 2015, cf.: SCHREIBER, Daniel. Lemonade Sets a New World Record. In: *Lemonade*. Disponível em: <<https://www.lemonade.com/blog/lemonade-sets-new-world-record/>>, em que se pode ler sobre o pagamento da indenização relativa ao roubo do casaco do segurado após três segundos do aviso de sinistro: “Entre 5:49:07 e 5:49:10, IA Jim, o bot de reivindicações da Lemonade, analisou a reivindicação de Brandon, cruzou referências com sua apólice, executou 18 algoritmos antifraude nela, aprovou-a, enviou instruções ao banco para a transferência de \$729 (Brandon tinha uma franquia de \$250), e o informou sobre as boas notícias”.

indenizado pelo segurador. O processo de análise da cobertura e extensão da prestação do segurador, designado como *regulação do sinistro*, não costuma, porém, ser simples.

Não há, no Código Civil brasileiro, dispositivos legais que tratem especificamente da regulação do sinistro. Em países nos quais há leis securitárias próprias, é comum que haja alguns artigos sobre tema, como ocorre em Portugal (arts. 50, 102 e 104 do Decreto-Lei n.º 72/2008), na França (art. L113-5 do *Code des Assurances*), na Espanha (arts. 18, 28 e 29 da *Ley de Contrato de Seguro* n.º 50/1980), na Alemanha (§31, §82, §84 e §85 da *Versicherungsvertragsgesetz – VVG*) e no Uruguai (arts. 32 a 49 da *Ley de Contrato de Seguro* n.º 19.678/2018).

Em termos de atos normativos, a Resolução CNSP n.º 382, de 04/03/2020 (que dispõe sobre princípios a serem observados nas práticas de conduta adotadas pelas sociedades seguradoras) afirma que os entes supervisionados devem assegurar, inclusive no processo de regulação do sinistro, a consistência de rotinas e de procedimentos operacionais afetos ao relacionamento e ao tratamento dos clientes, bem como sua adequação à política institucional de conduta (art. 7º, inc. VIII).

De forma um pouco mais específica, a Resolução CNSP nº 297, de 25/10/2013 (que disciplina as operações das sociedades seguradoras por meio de seus representantes de seguros e pessoas jurídicas), atesta em seu art. 7º, inc. II, que são “deveres das sociedades seguradoras e de seus representantes de seguros que prestarem serviços” a “integral orientação e assistência ao proponente, segurado e seus beneficiários, (...) especialmente nas situações de ocorrência de sinistros e sua regulação”.⁵

Didaticamente, é possível ilustrar a usual sequência de acontecimentos da seguinte maneira: após a ocorrência do sinistro, o segurado faz o seu aviso diretamente ao segurador

⁵ A normatização mais detalhada da etapa de regulação do sinistro nos seguros facultativos privados, porém, advém dos arts. 41 a 47 da Circular Susep n.º 621, de 12 de fevereiro de 2021 (que dispõe sobre as regras de funcionamento e os critérios para operação das coberturas dos seguros de danos), em tópico denominado “Comunicação, regulação e liquidação de sinistros”. Eis os seus principais termos: art. 41. “Deverão ser informados os procedimentos para comunicação, regulação e liquidação de sinistros, incluindo a listagem dos documentos básicos previstos a serem apresentados para cada cobertura, facultando-se às sociedades seguradoras, no caso de dúvida fundada e justificável expressamente informada ao segurado, a solicitação de outros documentos”. Art. 42. “É vedada a inclusão de cláusula que fixe prazo máximo para a comunicação de sinistro”. Art. 43. “Deverá ser estabelecido prazo para a liquidação dos sinistros, limitado a trinta dias, contados a partir da entrega de todos os documentos básicos previstos no art. 41. § 1º Deverá ser estabelecido que, no caso de solicitação de documentação complementar, na forma prevista no art. 41, o prazo de que trata o caput será suspenso, voltando a correr a partir do dia útil subsequente àquele em que forem atendidas as exigências. § 2º Deverá ser estabelecido que o não pagamento da indenização no prazo previsto no caput implicará aplicação de juros de mora a partir daquela data, sem prejuízo de sua atualização, nos termos da legislação específica”. Art. 46. “Caso o processo de regulação de sinistros conclua que a indenização não é devida, o segurado deverá ser comunicado formalmente, com a justificativa para o não pagamento, dentro do prazo previsto no art. 43”. Ademais, sublinhe-se que, no âmbito do resseguro, “Poderá ser prevista a participação do ressegurador na regulação de sinistros, sem prejuízo da responsabilidade da seguradora perante o segurado”, conforme o art. 39 da Resolução CNSP n.º 168 de 17/12/2007.

ou ao corretor de seguros, que o repassará ao segurador, acompanhado da entrega de alguns documentos, conforme a modalidade de seguro envolta no caso concreto.⁶ O exame de tais documentos e das condições do sinistro será feito pelo *regulador do sinistro*. Na sequência, o regulador irá emitir um relatório que será utilizado como guia para a efetiva, ainda que parcial, cobertura do sinistro pelo segurador ou a sua recusa, que necessariamente terá que ser fundamentada.

Caso o segurado não concorde com a decisão do segurador, poderá tomar algumas medidas na seara administrativa, tais quais a reclamação na ouvidoria da seguradora, no Procon e no site Consumidor.gov.br, e, ainda, recorrer à via judicial, por meio de uma ação de cobrança (eventualmente cumulada com pedido de compensação por danos morais). No âmbito extrajudicial, a reclamação geralmente é avaliada de forma célere, com a obtenção de um retorno formal da queixa em menos de um mês. A solução do litígio, todavia, poderá em alguns casos ser alcançada definitivamente apenas por meio judicial.

O procedimento de regulação do sinistro não raro envolve questões complexas e multidisciplinares, demandando uma avaliação extremamente técnica, inclusive por meio de exames e vistorias. Tenha-se em mente, por exemplo, a regulação de sinistros envolvendo plataformas petrolíferas. Existem, todavia, casos mais simples, como ocorre no seguro de vida em que não há suspeita de suicídio ou agravamento do risco incorrido pelo segurado.

Mas quem ocupa, atualmente, a figura do regulador do sinistro? No Brasil, nada impede que um funcionário da seguradora atue nessa posição; pelo contrário, isso é comum. Dependendo do nível de complexidade do sinistro pode haver a contratação de reguladores externos, pessoas físicas ou jurídicas – *v.g.*, empresas especializadas ou escritórios de advocacia – para fazer a referida tarefa. Independentemente de quem o faça, é preciso que o exame seja sempre *objetivo e imparcial*, sob pena de aumento de litígios, abalo à reputação do segurador entre os clientes e no próprio mercado, bem como sanções administrativas e judiciais.

Para além da negativa indevida da cobertura pelo segurador, é criticável na regulação do sinistro a solicitação de uma grande quantidade de documentos, por vezes desnecessários ou facilmente adquiridos por outras vias pelo segurador. A celeridade da regulação do

⁶ No âmbito do seguro E&O, por exemplo, são comumente requeridos os seguintes documentos pelas seguradoras: i) relatório circunstanciado sobre o fato gerador, com demonstrativo qualitativo e quantitativo das perdas e danos envoltas; ii) reclamação formal do terceiro; iii) cópia integral do processo objeto da reclamação (se houver); iv) contrato de prestação de serviços firmado entre segurado e terceiro; v) comprovante de vínculo entre funcionário, responsável pela falha, e o segurado; vi) contrato social do segurado; e vi) comprovante de eventuais pagamentos feitos pelo segurado ao terceiro.

sinistro é mesmo um ponto cada vez mais importante para a satisfação do consumidor, não tendo mais espaço no mercado para seguradores que criam obstáculos à prestação efetiva da garantia.

Não se pode perder de vista, porém, que o segurador tem o compromisso de zelar pela viabilidade econômica do mútuo e, por que não, pelo lucro dos seus acionistas. Na posição de gestor do fundo comum, está impedido, por meio de normas regulatórias e contratos de resseguros, de fazer pagamentos *ex gratia* (leia-se, pagamentos, em virtude de questões comerciais, de um sinistro que não possua cobertura na apólice).⁷

Como se sabe, o conjunto de prêmio dos segurados é a fonte central da receita do segurador, que, por sua vez, tem vários gastos administrativos, tributários, de marketing e com as indenizações. Dá-se o nome de *Provisão de Sinistros a Liquidar* (PSL) à soma dos valores estimados para os sinistros já avisados e ainda pendentes de liquidação. Durante a regulação do sinistro, o segurador deverá fazer a reserva para o sinistro pendente de liquidação, sem perder de vista eventual direito de regresso, por exemplo, em face de terceiros causadores dos danos.

Parcela da doutrina defende, em virtude do dever de cooperação entre os contratantes, que o relatório de regulação de sinistro deveria ser disponibilizado a ambas as partes.⁸ Como forma de se evitar a aplicação da vedação ao comportamento contraditório e já se antecipando a eventual pedido de reconsideração, é comum que conste nas cartas de entendimentos enviadas aos segurados a seguinte ressalva: “a seguradora reserva-se ao direito de, analisando novas circunstâncias, informações e/ou documentos, rever a posição aqui exposta, suscitando outras condições, exclusões e/ou disposições previstas na apólice, tenham sido esses mencionados ou não nesse momento”.

É preciso deixar claro que não há vilões e mocinhos nas relações entre segurado e segurador, e, mais ainda, que ambas as partes devem atuar de forma diligente e leal. Nem sempre é o que acontece na prática, conforme destacam Bruno Miragem e Luiza Petersen:

⁷ Nesse sentido, confira-se o art. 30 do Decreto-Lei 73/1966. “As Sociedades Seguradoras não poderão conceder aos segurados comissões ou bonificações de qualquer espécie, nem vantagens especiais que importem dispensa ou redução de prêmio”; e o art. 70 da Resolução CNSP nº 393, de 30 de outubro de 2020, que estabelece a seguinte infração e sanção para as seguradoras. “Gerir a empresa de forma temerária, colocando em risco o seu equilíbrio financeiro ou a solvência dos compromissos assumidos. Sanção: multa de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais)”.

⁸ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto, *O contrato de seguro e a regulação do sinistro*, p. 18. Disponível: <http://www.ibds.com.br>; e MARTINS-COSTA, Judith, Boa-fé e regulação do sinistro. In: *VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho – IBDS. Lei de contrato de seguro: solidariedade ou exclusão?* São Paulo: Roncarati, 2018. p. 207. Em regra, as seguradoras disponibilizam aos segurados uma carta de entendimentos, apontando de forma objetiva, porém fundamentada, a cobertura ou não do sinistro.

Como uma etapa determinante do contrato, a regulação do sinistro pode dar margem a abusos por ambas as partes. Da parte do segurador, considerando que este regula o que ele mesmo irá pagar, verifica-se a existência de toda uma rede de incentivos para a apuração de um valor a menor ou para a busca de um fundamento para a negativa da cobertura. Da mesma forma, sua expertise e domínio sobre o procedimento, somada à posição de maior poder econômico, pode dar margem para eventuais abusos, como a protelação do procedimento ou a omissão de informações. Da parte do segurado, do mesmo modo, não raro, verificam-se condutas abusivas, envolvendo desde o aviso tardio do sinistro, muitas vezes visando ocultar eventual fraude, até a omissão de informações e documentos importantes à apuração dos fatos, condutas estas facilitadas pelo fato de figurarem como gestores do risco, possuindo, em geral, o domínio das informações relevantes a respeito do sinistro.⁹

Se por um lado o considerável número de fraudes perpetradas por segurados incentiva redobrada prudência do segurador durante a regulação do sinistro, por outro, caso ele cometa reiteradas negativas de cobertura ou procrastinações indevidas, obviamente sofrerá sanções administrativas, condenações judiciais e abalos em sua reputação.

Contados a partir da entrega de todos os documentos básicos pelo segurado ou seu corretor, o prazo geral de liquidação de sinistros, conforme mencionado alhures, é de trinta dias.¹⁰ Tal prazo, porém, será suspenso no caso de solicitação de documentação e/ou informação complementar, desde que haja dúvida fundada e justificável. O não pagamento da indenização ou do capital estipulado no prazo mencionado implicará juros de mora e atualização ao segurador, bem como eventuais perdas e danos comprovados pelo segurado. Especialmente no ramo de seguros de pessoas, questiona-se se a recusa injustificada de prestação do capital estipulado poderia ensejar o pagamento de danos morais pelo segurador. A resposta da jurisprudência tem sido salvo exceções, negativa.¹¹

⁹ MIRAGEM, Bruno; PERTERSEN, Luiza, *Regulação do sinistro*: pressupostos e efeitos na execução do contrato de seguro. p. 3. (No prelo).

¹⁰ Acertadamente, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de que o prazo de trinta dias da seguradora para regular o sinistro somente começa a contar da data em que forem entregues todos os documentos devidos pelo segurado: “O prazo para as seguradoras liquidarem os sinistros é de 30 (trinta) dias, contados a partir da entrega de todos os documentos previstos na apólice, conforme dispõe o parágrafo 1º do art. 33 da Circular 256/2004 da SUSEP. Hipótese na qual o segurador fez exigência de documentos ao segurado, conforme admitido na petição inicial. Confissão pelo autor que a solicitação não foi atendida. Demora na resposta que não pode ser imputada ao segurador. Falha na prestação do serviço não demonstrada. Reforma da sentença. Conhecimento e provimento do recurso”. TJRJ, APL n.º 00471649420168190001, Des. Rel. Rogério de Oliveira Souza, 22ª Câmara Cível, julg. 08/10/2020, publ. 13/10/2020. A Circular Susep n.º 256/2004, mencionada no julgado, foi revogada pela Circular Susep n.º 621, de 12 de fevereiro de 2021. O prazo de trinta dias para a regulação de sinistro a partir do recebimento dos documentos do segurado foi mantido na nova circular.

¹¹ “Nos termos da jurisprudência desta Corte, a mera inobservância do contrato, ante a recusa administrativa de pagamento da indenização securitária, não ocasiona dano moral a ser indenizado”. STJ, AgInt no AREsp n.º 1206823/BA, Min. Rel. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, julg. 24/08/2020, publ. DJe 28/08/2020. Confira-se, ainda, STJ, AgInt no AREsp n.º 1528777/SP, Min. Rel. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, julg. 29/10/2019, publ. DJe 05/11/2019.

Não se deve ignorar que o período subsequente ao sinistro, seja para o segurado que, por exemplo, teve o seu automóvel roubado, ou o beneficiário de um seguro de vida que perdeu um ente querido, será particularmente sensível aos envolvidos. Muitas vezes, uma célere solução da questão, como no pagamento de uma indenização em um seguro incêndio de empresa de médio porte, pode ser fundamental até para a manutenção financeira do segurado.

À luz dessas considerações, convém questionar: como equilibrar o legítimo interesse do segurado em ter o seu crédito tempestivamente adimplido e o legítimo interesse do segurador e da própria comunidade segurada de que, antes de qualquer pagamento de indenização, haja uma verificação da sua real pertinência e de seu alcance?

Aflora do sinistro um processo de apuração dos fatos ocorridos e de verificação da cobertura securitária.¹² Nessa fase será investigado, por exemplo, se o segurado descumpriu com o seu dever de informação pré-contratual (art. 766 do CC), agravou o risco ou até mesmo o causou de forma dolosa (arts. 768 e 762 do CC), se cumpriu com os seus deveres de comunicação tempestiva do sinistro e salvamento dos bens (art. 771 do CC), se o dano causado se enquadrava na cobertura (por exemplo, se não foi causado por um vício intrínseco, não declarado pelo segurado, da coisa segurada, cf. art. 784 CC).

Indo além, outros aspectos examinados, a depender da modalidade do seguro em questão, são a aplicação da cláusula de rateio, no caso de sinistros parciais (art. 783 do CC), a extensão das despesas no salvamento dos bens, a aplicação de uma franquia ou participação obrigatória do segurado, bem como de um prazo de carência (sendo que, neste último caso, o segurador não responderá na ocorrência do sinistro, conforme estipula o art. 797 do CC), e os meandros do sinistro (v.g., se ele foi oriundo de um suicídio do segurado durante os primeiros 2 anos de vigência do seguro de vida, cf. o art. 798 do CC).

Para além disso, diversos outros pontos terão que ser examinados, como, no que toca aos riscos excluídos, se houve a devida informação do segurador no momento da contratação. Por isso mesmo, pode-se dizer que a moderna concepção da *obrigação como*

¹² Conforme adverte Walter Polido, é preciso que haja um entrosamento da equipe de reguladores de sinistros com a equipe de subscritores da seguradora: “O entrosamento das duas equipes, essencialmente necessário, visa alcançar, entre outros, dois principais objetivos: 1. Tramitação rápida dos processos de sinistros. 2. Acompanhamento sistemático dos resultados da carteira, sendo que o regulador pode e deve apresentar aos subscritores todas as dificuldades encontradas com a interpretação dos clausulados de coberturas e demais dispositivos constantes do contrato de seguro, de forma que ele possa ser aprimorado constantemente. Se este processo de troca de informações não ocorrer, os sinistros não só se repetirão, como também serão questionados sob as mesmas situações pontuais e que poderiam ter sido sanadas”. POLIDO, Walter A, *Seguros de responsabilidade civil: manual prático e teórico*, Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 1200.

um processo tem, na fase da regulação do sinistro, exemplo paradigmático, uma vez que, nesse momento, serão analisados o adimplemento dos deveres do segurado e do próprio segurador.

Embora não se questione que algumas linhas financeiras de seguros – que dependem visceralmente da interpretação dos termos da apólice em cotejo com as hipóteses fáticas – continuarão sendo reguladas de forma analógica por muito tempo (v.g., seguro D&O e seguro E&O), deve-se reconhecer que uma parte considerável dos seguros será impactada pelas novas tecnologias aplicadas na regulação de sinistros, sobretudo nos ramos massificados.

Essa (r)evolução na jornada da regulação de sinistros traz consigo aspectos claramente positivos, mas também algumas preocupações, conforme se demonstrará a seguir.

3. NOVAS TECNOLOGIAS APLICADAS NA REGULAÇÃO DE SINISTROS: ENTRE RISCOS E OPORTUNIDADES

Na perspectiva do segurador, a regulação de sinistros adequada é aquela feita de modo a permitir a diminuição de pagamentos em excesso e subquantificados. Por ser uma das fases com maior litígio, o seu aperfeiçoamento gera efeitos notáveis. De acordo com pesquisa da McKinsey, a digitalização da regulação de sinistros tem o potencial de acarretar uma significativa melhoria na sua eficiência (redução nas despesas do segurador de 25% a 30%) e na experiência do consumidor (aumento de 20% no seu *score* de satisfação).¹³

Afigura-se mesmo despiciendo afirmar que a celeridade e assertividade que as novas tecnologias podem implicar nos processos de regulação de sinistros tendem a promover o aumento da satisfação e lealdade dos consumidores, produzindo acréscimos na renovação das apólices e no percentual de participação da seguradora em seu segmento. Vista a questão sob outro enfoque, após a sua implementação, a regulação de sinistros digitalizada resulta em diminuição de custos do segurador e aperfeiçoamento na avaliação e reparação das perdas sofridas pelos segurados. De todos os benefícios, tem relevo inegável o potencial de redução drástica dos números de fraudes dos segurados.

¹³ MCKINSEY. *Claims in the digital age*. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/industries/financial-services/our-insights/%20claims-in-the-digital-age?reload>.

Muito já se publicou sobre o fenômeno da fraude dos segurados. Dois importantes elementos geralmente mencionados são a baixa probabilidade de o segurado ser desmascarado e o fato de que, diferentemente do que ocorre na maioria dos crimes, muitas vezes a fraude contra o segurador não é vista como uma conduta socialmente intolerável.¹⁴ Esse cenário, porém, tende a se alterar.

Tradicionalmente, o combate à fraude era feito por uma amostragem pouco refinada e tinha como obstáculos os custos elevados. Os recursos investigativos à disposição do segurador eram dispendiosos, como a feitura de prova pericial, ou bastante invasivos, como a contratação de investigador privado para seguir o segurado, de modo que o esforço e o tempo gastos para um combate rigoroso a fraudes eram desproporcionais. Sob pena de um aumento considerável no prêmio, em prejuízo dos segurados que atuam com boa-fé, bem como o incômodo desnecessário aos clientes que reportavam sinistros legítimos, simplesmente não valia a pena examinar com lupa os sinistros em busca de fraudes.

É curioso notar que, embora o grau invasivo no exame dos meandros dos sinistros tenha aumentado muito com o avançar da tecnologia e a sofisticação no processamento de dados, novos métodos de detecção de fraudes são praticamente invisíveis e imperceptíveis aos olhos dos segurados. Salvo menções em políticas de privacidade e nos termos e condições de eventuais aplicativos de celular, geralmente lidas de forma apressada pelos consumidores, como saber que, conforme vem ocorrendo em algumas seguradoras estrangeiras, o tom de voz do segurado pode ser considerado um elemento de indício de fraude?

Pelo tratamento de dados por algoritmos dotados de inteligência artificial é possível detectar anomalias, pontos fora da curva, que, apesar de não atestarem em definitivo a ocorrência da fraude, acendem uma bandeira amarela importante para auxiliar o segurador em sua análise por amostragem, reduzindo, assim, o número de *falsos positivos* (casos em que, embora se suspeitasse da fraude, ela não foi confirmada) e *falsos negativos* (casos nos quais comprovou-se a fraude, apesar da insuspeita inicial do segurador).

Em pesquisa da Autoridade Europeia para Seguros e Pensões Ocupacionais (EIOPA), publicada em 2019, colhe-se o seguinte relato:

A maioria das seguradoras têm ferramentas de pontuação de sinistros, utilizando algoritmos ML [*machine learning*] em modelos treinados para procurar padrões de fraude baseados em centenas de atributos diferentes (por exemplo, localização

¹⁴ Recorde-se que o Código Penal brasileiro trata a fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro como um crime cujas penas são as mesmas do estelionato (art. 171, § 2º, inc. V, do CP).

do incidente, prêmio do contrato, número de sinistros anteriores do segurado etc.) e fornecer uma pontuação de fraude para cada sinistro. Muitas vezes em combinação com técnicas de pontuação de sinistros, as companhias de seguros também utilizam algoritmos para avaliar sinistros, por exemplo, digitalizando faturas ou imagens para avaliar automaticamente se os preços e danos estão dentro da gama de valores pré-definidos/históricos ou se apresentam anomalias. Ao assinalar queixas potencialmente fraudulentas, os investigadores podem concentrar-se nas queixas suscetíveis de serem fraudulentas e reduzir o número de falsos positivos e falsos negativos.¹⁵

Se o combate à fraude e o incentivo ao bom comportamento do segurado são aspectos positivos atrelados ao uso de novas tecnologias na regulação de sinistros,¹⁶ não se pode perder de vista o outro lado da moeda, qual seja, os riscos envolvendo a discriminação, a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade dos consumidores-segurados, tendo especial censura a usualmente designada “otimização da regulação de sinistros” (“*claims optimization*”) – que, em vez de considerar parâmetros objetivos e impessoais na análise da cobertura, leva em conta as características próprias do segurado, inclusive a sua vulnerabilidade e aptidão a aceitar acordos.¹⁷

A digitalização de ponta a ponta da regulação de sinistros pode ser segmentada em cinco fases, a saber: i) *prevenção de sinistros* (avisos de segurança e treinamento comportamental do cliente); ii) *aviso de sinistros* (por meio de *chatbots*, eventualmente com autenticação biométrica de clientes, ou até mesmo de forma automatizada, via telemática); iii) *gestão de reclamações* (predição das características das reclamações, segmentação das reclamações por tipo e complexidade, bem como análise aperfeiçoada das fraudes); iv) *avaliação e reparação das perdas* (estimativa automática ou semiautomática do valor do

¹⁵ EIOPA, *Big data analytics in motor and health insurance: a thematic review*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019. p. 25.

¹⁶ “Os mecanismos de alerta precoce e as capacidades de detecção de fraude mais eficientes possibilitadas pela utilização do BDA [*Big Data Analytics*] poderiam reduzir significativamente os custos operacionais e de reclamações, resultando potencialmente em preços de seguro mais baixos para os clientes. O BDA poderia também ser utilizado pelas seguradoras para ajudar as agências de aplicação da lei a identificar, localizar e lidar com os infratores sistemáticos dentro do sistema”. INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS, *Issues Paper on the Use of Big Data Analytics in Insurance*, Basel: IAIS, 2020. p. 29.

¹⁷ Nas lições de Duncan Minty, “A otimização da regulação de sinistros utiliza dados e análises para identificar os seguradores que se encontram com dificuldades financeiras e oferece-lhes liquidações em dinheiro abaixo do valor real do seu crédito. É uma extensão natural da otimização de preços, em que as cotações são estabelecidas não pelo risco, mas pelo montante que o candidato a segurado estaria disposto a pagar”. Em outro trecho, acrescenta o autor: “A otimização dos sinistros depende da utilização de alguns algoritmos inteligentes, que exploram os dados que uma seguradora detém sobre o segurado que sofre o sinistro. Quaisquer sinais de que esse possa aceitar menos serão captados e utilizados pelo algoritmo”. MINTY, Duncan. *7 reasons why claims optimisation needs to be seen as a failure*. Disponível em: <https://ethicsandinsurance.info/2018/03/22/claims-optimisation-2/>. Salta aos olhos o fato de que a “otimização da regulação de sinistros” vai de encontro à boa-fé objetiva que se espera – e o ordenamento jurídico brasileiro exige – do segurador.

dano com base na imagem/reconhecimento de vídeo); e v) *resolução de sinistros* (processos de pagamento automatizados ou semiautomatizados).¹⁸

Tendo em vista o limite de espaço do presente estudo, na sequência tirar-se-ão da sombra apenas três específicos reflexos da utilização das novas tecnologias que tocam o tema da regulação de sinistros. São eles, conforme já adiantados na introdução: i) o monitoramento e alerta ao segurado como forma de prevenção do sinistro; ii) a avaliação digital da amplitude do sinistro por meio do uso de drones; e iii) a automação da liquidação dos sinistros, tendo como exemplo os seguros paramétricos.

3.1. Monitoramento e alerta ao segurado como forma de prevenção do sinistro

O monitoramento do risco ao longo do contrato pelo segurador, seja por meio de sensores vestíveis (*wearable devices*), seja via telemática, contribuindo para a diminuição do risco moral do segurado e a ocorrência de sinistros, mediante *feedbacks* (e alertas) do segurador em tempo real e bonificação dos consumidores que se comportarem bem é um fato cada vez mais próximo da realidade brasileira.

Por isso mesmo que se diz que, além de melhorias na regulação de sinistros, o uso de novas tecnologias pode, inclusive, auxiliar para que não haja o sinistro em primeiro lugar. Conforme advertência da Associação Internacional de Supervisores dos Seguros:

Ao utilizar o BDA [*Big Data Analytics*] para avaliar com maior precisão os comportamentos individuais de risco e de sinistro, os consumidores podem ser incentivados, pós-venda, a tomar decisões e ações destinadas a reduzir a probabilidade de os riscos se materializarem ou a mitigar potenciais perdas no caso de tais riscos se materializarem. Exemplos, nesse sentido, incluem melhorar os hábitos de direção, fazer escolhas de estilo de vida mais saudáveis ou tomar medidas preventivas como resultado de alertas precoces sobre más condições climáticas ou outras condições perigosas.¹⁹

No cenário internacional, tem sido crescente a seguinte constatação:

As seguradoras estão utilizando análises avançadas e aprendizagem de máquina para criar sistemas de alerta precoce e recolher conhecimentos práticos que previnem acidentes, e simplificam e aceleram a regulação de sinistros. Os exemplos incluem a utilização de Inteligência Artificial para detectar e verificar pontos críticos de acidentes, estimar custos de reparação, e identificar potenciais fraudes. Historicamente, a regulação de sinistros tem sido um exercício de

¹⁸ Seguiu-se de perto a formulação proposta por MCKINSEY. *Claims in the digital age*. Disponível em: <<https://www.mckinsey.com/industries/financial-services/our-insights/%20claims-in-the-digital-age?reload.>>.

¹⁹ INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS, *Issues Paper on the Use of Big Data Analytics in Insurance*, Basel: IAIS, 2020. p. 27.

preenchimento de formulários. A digitalização ajudará a melhorar a experiência do cliente e a eficiência dos processos de BackOffice.²⁰

No que se refere à possibilidade de um “empurrão” ou “cutucão” (*nudge*) no segurado visando a melhora de seu comportamento, por exemplo mediante o envio de uma mensagem pelo segurador alertando-o que está dirigindo acima da velocidade permitida na via –, debate-se a respeito da suposta evolução que daí poderia resultar. Mais especificamente, se o seguro passaria do binômio “*entender e proteger*” para o “*prever e prevenir*”.²¹

Tal conjugação entre a proteção em face das consequências do sinistro e a prevenção de sua ocorrência é um ponto que, de fato, tem grande repercussão. Após a análise de todos os sinistros ocorridos em sua carteira, a seguradora *Insurethebox* (a maior da Grã-Bretanha, que atua com telemetria no seguro de automóvel) constatou que, geralmente, os acidentes automobilísticos começam no momento em que o segurado sai de casa, sendo comum que ele dirija de forma atípica para os seus padrões durante um tempo antes de se envolver em um acidente.²² Ao perceber esse desvio, o segurador poderia enviar um alerta ao segurado, diminuindo a chance de ele causar danos a si mesmo, ao segurador e à sociedade.

Se tudo for feito de forma transparente e leal, mediante o consentimento do segurado, a recompensa de atitudes (v.g., no âmbito do seguro de automóvel, a condução estritamente dentro das normas de trânsito; no que toca ao seguro de vida, a realização de exercícios físicos) poderia gerar efeitos positivos – repita-se, não apenas aos envolvidos, mas a toda a sociedade.²³

A linha que separa um auxílio preventivo e uma intrusão inconveniente, todavia, é tênue. Seguradores frequentemente presentes e interferindo, tal qual “pais helicópteros”,²⁴

²⁰ AVRAMAKIS; Evangelos et al, *Data-driven insurance: ready for the next frontier?* Zurich: Swiss Re Institute, 2020. p. 40.

²¹ KELLER, Benno, *Big Data and Insurance: Implications for Innovation, Competition and Privacy*, Zurich: The Geneva Association, 2018. p. 7.

²² “A condução irregular que causa acidentes começa a partir do momento em que você sai de casa. Os dados mostram que os motoristas costumam manusear um veículo de forma irregular por algum tempo antes de se envolverem em um acidente, por exemplo, depois de uma discussão. A *Insurethebox* diz que gera um relatório de 30 páginas sobre todos os incidentes de sinistros, incluindo detalhes do comportamento de direção antes do acidente. ‘Notamos uma tendência de direção muito rápida e irregular, diferente do comportamento normal do motorista. Muitas vezes, é durante o dia e não à noite’, diz Howard Collinge, diretor da *Insurethebox*”. COLLINSON, Patrick. *Motoring myths: what ‘black boxes’ reveal about our driving habits*. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/money/2017/dec/16/motoring-myths-black-boxes-telematics-insurance>>.

²³ Cf. THOUVENIN, Florent; SUTER, Fabienne; GEORGE, Damian, WEBER, Rolf H, *Big Data in the Insurance Industry: Leeway and Limits for Individualising Insurance Contracts*. p. 3. Disponível em: <<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-10-2-2019/4916>>.

²⁴ “A escolha a dedo’ de clientes de baixo risco e a rejeição daqueles que irão causar perdas está-se tornando muito mais fácil. No processo, as seguradoras podem transformar-se de tios afastados que emitem cheques em ‘pais helicópteros’ sempre presentes e intervindo”. THE ECONOMIST. Risk and reward. Disponível em: <<https://www.economist.com/finance-and-economics/2015/03/12/risk-and-reward>>.

despertam visões antagônicas: enquanto alguns saúdam na posição de um “*lifestyle coach*”,²⁵ outros destacam que o “*nudging* pessoal em larga escala” que ocorreria não necessariamente seria no melhor interesse do segurado; em poucas palavras, o seguro se tornaria “menos sobre riscos e mais sobre mudanças de comportamentos”.²⁶

Embora a autodeterminação informacional, de fato, permita uma disposição voluntária dos dados pessoais pelo consumidor, ela não é irrestrita – tampouco pode ser compulsória para o acesso a um serviço, principalmente se a quantidade de dados requeridos não for proporcional ao fim que o legitime.

Tudo indica que, nas próximas décadas, muitas pesquisas terão que ser feitas a respeito de eventual: i) devassa nos dados pessoais do segurados (colocando em xeque vários de seus direitos da personalidade e fundamentais, tais quais o direito à privacidade, à igualdade, à liberdade de expressão, à liberdade de associação e à identidade pessoal); ii) acarretamento de danos aos consumidores devido à constante vigilância e interação; e a iii) restrição indevida ao livre desenvolvimento da personalidade do consumidor (em sua dupla feição: inibitória e proativa).²⁷

3.2. Avaliação digital da amplitude do sinistro: o exemplo do uso de drones

O uso de drones é um exemplo clássico de possível impacto das novas tecnologias verificável nas fases de subscrição e regulação do sinistro, notadamente na inspeção e na avaliação de riscos de forma digitalizada pelo segurador.

No âmbito de seguro compreensivo empresarial, por exemplo, em caso de incêndio, a regulação do sinistro consistirá ao menos no estudo da causa do fogo e da amplitude do prejuízo. Imagine-se que as chamas tenham atingido um galpão industrial. O procedimento de apuração do sinistro demandará a atuação de pessoal tecnicamente qualificado, como engenheiros, que dimensionarão tudo quanto deva ser dimensionado para que seja estabelecido, com adstrição à apólice: i) se há cobertura securitária e, em havendo, ii) a sua

²⁵ “Não mais apenas uma gestora de reclamações *ex post*. A companhia de seguros torna-se um *coach* de estilo de vida, e o modelo muda do tradicional, que se centra na prevenção e transmissão de informação sobre riscos, para o de um agente de mudança comportamental, ao lado e próximo das pessoas”. FABRIS, Monica, Survey axa-episteme: gli italiani, il labirinto dei dati e il ruolo del settore assicurativo. In: *Italian AXA Paper n. 8* – Le sfide dei dati, Milano, p. 30, ott. 2016.

²⁶ MINTY, Duncan. *Why honesty and purpose will change the conduct agenda*. Disponível em: <https://ethicsandinsurance.info/2019/06/25/honesty-purpose/>.

²⁷ Para uma análise detalhada do tema, seja consentido remeter a: JUNQUEIRA, Thiago, *Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos seguros*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. pp. 209 e ss.

exata medida.²⁸ Quanto maior for a área sinistrada, naturalmente mais demorada será a tarefa.

Nos seguros massificados, como os de automóveis e residenciais, pequenos acidentes são recorrentes, permitindo-se estabelecer *standards* avaliativos predefinidos para fins de regulação de sinistros. A tecnologia, nesses casos, é muito bem-vinda, pois as regras de experiência dos reguladores de sinistro que levaram anos para serem consolidadas podem ser acessadas com poucos cliques ou toques na tela. Valer-se de recursos de ponta para avaliação dos fatos traz celeridade e favorece o combate às fraudes dos segurados.

Voltando ao exemplo anterior, o incêndio da indústria poderia demandar a presença de bombeiros, que atestariam a origem das chamas, de engenheiros, que diriam a respeito do comprometimento das vigas de sustentação e da estrutura do telhado etc. Como é intuitivo, o trabalho demandaria tempo, otimizável com o uso da tecnologia adequada. Drones – “veículos aéreos não tripulados” ou “*Unmanned Aerial Vehicle*”²⁹ – equipados com conjunto de câmeras TOF (*time-of-flight*) poderiam sobrevoar a área sinistrada e fornecer as informações necessárias em poucos minutos.

Essa já é uma realidade corriqueira no exterior. A seguradora norte-americana Erie Insurance, por exemplo, utiliza drones para regulação de sinistros em seguros *property*. Em seu *website*, há um vídeo de 2015 demonstrando o uso do *gadget* não tripulado para inspecionar um telhado reparado após ter sido danificado por *ice dam damage* (acúmulo de gelo em telhados inclinados de edifícios aquecidos provocado pelo derretimento da neve).³⁰

A utilização de drones parece ser uma tendência natural para regulação de sinistros de *property*³¹ e possui vantagens e desvantagens. As vantagens relacionam-se à diminuição

²⁸ O regulador do sinistro será o responsável com habilitação técnica a respeito dos fatos, podendo ser, por exemplo, um engenheiro, um médico ou um agricultor, a depender do caso. Não é raro que o regulador seja composto por equipe multidisciplinar, quando a apuração do risco demandar conhecimento de várias áreas do saber. Sobre o tema, confira-se: SEMENOVITCH; Leonardo; MACKENZIE, Derrick, Regulação de sinistros de grandes riscos. In: GOLDBERG, Ilan; JUNQUEIRA, Thiago (coords.), *Temas Atuais de Direito dos Seguros*, Tomo I, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. pp. 794-810.

²⁹ Consta no E.94.3 da Resolução ANAC n.º 419, de 2 de maio de 2017, as seguintes definições: “(1) *aeromodelo* significa toda aeronave não tripulada com finalidade de recreação; (2) *Aeronave Remotamente Pilotada (Remotely-Piloted Aircraft – RPA)* significa a aeronave não tripulada pilotada a partir de uma estação de pilotagem remota com finalidade diversa de recreação”. Para além da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e o Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA) ditam regras sobre o uso de drones no Brasil, conforme lista presente no seguinte sítio eletrônico: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/drones/regras-de-todos-os-orgaos-brasileiros-sobre-operacao-de-drones>.

³⁰ ERIE INSURANCE. *It's a bird! It's a plane! It's... an insurance drone?* Disponível em: <https://www.erieinsurance.com/news-room/press-releases/2015/drone>.

³¹ De acordo com a consultoria The Balance, “Desde 2016, quanto a FAA afrouxou os regulamentos sobre drones usados comercialmente, mais seguradoras começaram a usá-los. Em breve, os drones poderão ser tão

do tempo estimado para as inspeções, de acidentes de trabalho a elas relacionados e de custos com reguladores de sinistro.³² Além disso, o uso de drones para pesquisar grandes áreas torna a tarefa menos árdua:

Por exemplo, suponha que ocorra uma grande inundação, causando destruição que se estende por muitos quilômetros quadrados. As seguradoras podem usar drones para inspecionar a área e obter uma visão panorâmica dos danos. Elas podem planejar suas atividades de regulação com base nos dados que coletam e, ainda, priorizar sua resposta, enviando reguladores por meio de barcos aos segurados que mais precisam de ajuda.³³

Do emprego de novos instrumentais, algumas consequências práticas são desencadeadas. Por um lado, novos recursos conferem segurança, celeridade e comodidade aos fornecedores (seguradoras) e consumidores (segurados). Por outro, todavia, podem despertar dilemas éticos e confrontar com direitos fundamentais, como a privacidade e a não discriminação.

No exemplo da utilização de drones para regulação de sinistros: qual seria o limite permitido para as filmagens aéreas? Admitir-se-ia compartilhar dados coletados durante a regulação? E se a programação da inteligência artificial integrada aos drones ou os dados utilizados para o seu treinamento forem afetados por subjetividades preconceituosas enraizadas na sociedade? Paradoxalmente, o uso de drones ensejará, ainda, riscos nada desprezíveis de colisão aérea, cabendo ao setor de seguros garanti-los oferecendo seguros que protejam os seus proprietários e terceiros.

Em síntese essencial, o emprego de drones na avaliação da amplitude do sinistro traz vantagens claras, dentre as quais cita-se a redução de custos operacionais do seguro, a otimização do tempo e da qualidade de inspeção e o auxílio no combate às fraudes do segurado. De outro lado, põe-se em questão discussões éticas. São reflexões trazidas a reboque das vantagens da digitalização e cabe ao legislador, à academia, ao Judiciário e à

onipresentes nas seguradoras quanto computadores e telefones celulares”. BONNER, Marianne. *How insurers are using drones*. Disponível em: <https://www.thebalancesmb.com/how-drones-change-insurance-industry-4125242>.

³² “O RPA [*Remotely Piloted Aircraft*] poderá capturar informações das condições de rodovias, ferrovias, campos de cultivo, plataformas, dutos e caldeiras, permitindo a ação emergencial da Seguradora, salvando, inclusive, vidas, como aconteceu durante a inundação em York, Inglaterra, quando a Aviva precisou verificar se haviam segurados atingidos pela tormenta, determinando ainda quais áreas foram atingidas pelo sinistro”. MUSSI, Raphael Saydi Macedo, Drones, negócio das alturas. In: *Cadernos de Seguro*, número 194, abril 2018, Rio de Janeiro: Fundação Escola Nacional de Seguros, p. 33.

³³ BONNER, Marianne. *How insurers are using drones*. Disponível em: <https://www.thebalancesmb.com/how-drones-change-insurance-industry-4125242>.

sociedade em geral equacionar suas vantagens e desvantagens em prol de uma solução que acolha da melhor forma possível os interesses legítimos contrapostos.

Tal advertência igualmente serve ao item examinado a seguir.

3.3. Automação da liquidação dos sinistros: o exemplo dos seguros paramétricos

No último item, viu-se que a regulação de sinistros pode ter sua velocidade alçada aos ares com auxílio de novas tecnologias, a exemplo de drones. Sem embargo, existe a possibilidade de não apenas se alcançar maior velocidade na regulação, mas torná-la praticamente instantânea e muito diferente daquela tradicional. Refira-se, nesse particular, aos denominados *seguros paramétricos*, que têm como nota distintiva a automação da liquidação dos sinistros.

Paramétrico é aquilo que parte de entendidos e pressupostos. O que é predefinido não é, via de regra, objeto de longas discussões. Os seguros paramétricos prescindem de regulação do sinistro no sentido de investigações complexas da dinâmica do sinistro, porque, neles, bastará o cotejo entre o sinistro e uma lista preexistente de suportes fáticos autorizadores do acesso à indenização. Dito de outra forma, verificado o alcance de um parâmetro predeterminado, haverá o pagamento da indenização securitária, salvo a ocorrência de fraude.

Enquanto no seguro de danos tradicional, afirma Andre Martin, “é pago um prêmio em troca de uma promessa de cobrir a perda real incorrida de um incidente ou de um perigo nomeado”, e a indenização só se concretiza “após uma avaliação e investigação das perdas reais, com o objetivo de colocar o segurado novamente na posição em que se encontrava antes do evento”, as **“soluções paramétricas (ou baseadas em índices) são um tipo de seguro que cobre a probabilidade de um evento predefinido acontecer em vez de indenizar as perdas efetivamente incorridas”**.³⁴

Para tornar a compreensão do assunto mais simples, exemplifica-se. Determinada seguradora pode estabelecer que, na ocorrência de tremor de terra cuja magnitude seja igual ou superior a X pontos na Escala Richter, o prejuízo do segurado será presumido e a

³⁴ MARTIN, Andre. *What is parametric insurance?* Disponível em: <<https://corporatesolutions.swissre.com/insights/knowledge/what-is-parametric-insurance.html>>. Em bom rigor, não há uma “promessa de cobrir” no seguro tradicional, mas sim a garantia do risco contratualmente delimitado pelo segurador.

indenização paga. Outros exemplos de seguros paramétricos no cenário internacional são os relacionados ao atraso ou ao cancelamento de voos e à inundação em propriedades.³⁵

Na definição de Pedro Guilherme Souza:

Os seguros paramétricos consistem em modalidade securitária que, no lugar de exigir a apuração de perdas e suas respectivas extensões no momento de liquidar um sinistro, utiliza como referência um índice ou parâmetro predefinido. Caso determinado índice seja atingido, *e.g.* ventos acima de setenta nós por mais de três horas consecutivas, o segurado é indenizado pelas perdas estimadas para eventos dessa natureza e magnitude.³⁶

Os seguros paramétricos coadunam-se com o ordenamento jurídico pátrio e não há óbice para que sejam objeto de ato normativo pela Susep com o objetivo de fixar boas práticas e impulsionar a sua penetração no mercado brasileiro. Entre os seus benefícios, cabe destacar a celeridade e a objetividade na prestação da indenização – que independe de apuração do dano na regulação do sinistro –, bem como a mitigação do risco moral do segurado, pois o critério necessário para o gatilho da cobertura (parâmetro ou índice), além de ser modelável, necessariamente deverá ser fortuito.³⁷

Não obstante a discussão relativa à (in)observância do tradicional princípio indenitário, podendo o seguro paramétrico, em alguns casos, ensejar o recebimento pelo segurado de uma indenização maior do que o dano concretizado, vale ressaltar que, na prática, isso já ocorre, excepcionalmente, em outras modalidades, como no seguro de automóvel (imagine-se uma indenização levando em conta o preço médio do mercado, de um automóvel em péssimas condições). Além disso, no âmbito do seguro de vida, não há aplicação do princípio indenitário (art. 789 do CC).

³⁵ “Os seguros paramétricos vem aumentando em prevalência em todo o setor de seguros. Fixar pagamentos adiantados pode ser benéfico para alguns clientes em relação aos produtos de seguros tradicionais ao proporcionar maior certeza e rapidez nos pagamentos de sinistros. No Reino Unido, uma seguradora desenvolveu um produto de seguro contra inundações que envolve um pagamento imediato de um montante predeterminado a ser acionado quando a água da inundação atinge uma certa profundidade no sensor instalado pela seguradora na propriedade. Modelos semelhantes são também utilizados em produtos de seguro de atraso e cancelamento de voo, em que a integração com uma alimentação de dados – que fornece diretamente dados sobre o estado do voo – permite o pagamento quase instantâneo de um sinistro no caso de um voo atrasar ou ser cancelado”. INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS, *Issues Paper on the Use of Big Data Analytics in Insurance*, Basel: IAIS, 2020. p. 27.

³⁶ SOUZA, Pedro Guilherme Gonçalves de. Seguro paramétrico e política pública de defesa de calamidades no cenário nacional. In: *Revista Opinião.Seg*, n.º 17, novembro 2019, p. 85.

³⁷ “Um parâmetro ou índice adequado é qualquer medida objetiva que esteja correlacionada com um risco específico e, em última análise, com uma perda financeira para o segurado. Trata-se de um ‘índice mensurável’ relacionado com um ‘cenário’. Por exemplo, chuva relacionada com o atraso de um projeto de construção ou terremoto relacionado com danos no patrimônio físico de uma empresa”. MARTIN, Andre. *What is parametric insurance?* Disponível em: <https://corporatesolutions.swissre.com/insights/knowledge/what_is_parametric_insurance.html>.

Retornando a atenção aos seguros paramétricos, mesmo quando o parâmetro previamente fixado pelo segurador não seja atingido, o segurado pode vir a sofrer um dano considerável e não receber nenhuma indenização. Por isso mesmo deve ser afastada a corrente doutrinária que defende a mera presunção relativa do dano, suscetível de prova contrária do segurador, nessa modalidade. Ora, o segurador é mestre de seu ofício e certamente fixará parâmetros que, ao menos na maior parte das vezes, não ensejará o enriquecimento “indevido” do segurado.³⁸

Há, porém, o perigo inverso: a fixação de parâmetros pelo segurador muito raramente alcançáveis, o que retiraria quase todo o conteúdo da garantia dos riscos inerentes ao segurado. Por isso mesmo, é importante que a regulação contenha normas que possam equilibrar a relação entre as partes, sem impedir a célere e praticamente incontestável liquidação do sinistro que caracterizam essa modalidade de seguros, bem como exigindo um bom nível de transparência do segurador sobre como os parâmetros são fixados e examinados nos casos concretos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na esteira do que se deixou consignado, todas as fases da contratação e o próprio setor segurador estão sendo transformados por tecnologias emergentes, como o *Big Data*, a Inteligência Artificial, a Internet das Coisas e a computação em nuvem. Além desses aspectos, uma melhor compreensão da economia comportamental tem sido fundamental para a passagem de eras – da ciência atuarial à ciência de dados – dos seguros.

A regulação do sinistro, que trata do processo de análise da cobertura e extensão da prestação do segurador após a concretização do risco segurado, é sem dúvidas uma das mais impactadas. A boa atuação do segurador, aqui, permite impulsioná-lo, melhorando a experiência do segurado/beneficiário – que, ao receber a indenização devida de forma célere e esmerada, vê-se acolhido em momento particularmente sensível –, e, ao deixar de pagar indenizações indevidas, como no caso de fraudes, gera a poupança de despesas em benefício próprio do segurador e dos seus acionistas, mas também do conjunto dos segurados e da sociedade.

³⁸ A principal vantagem dos seguros paramétricos é justamente a automação da liquidação de sinistro, desde que o parâmetro predeterminado seja alcançado, não se entrando na análise de efetivos danos sofridos pelo segurado.

Durante a regulação do sinistro, costuma ser apurado se o segurado agravou o risco ou se até mesmo causou-o dolosamente, se o dano se enquadra na cobertura e se houve despesas no salvamento dos bens. Além disso, aspectos relacionados ao período da subscrição, como o adimplemento da declaração inicial do risco, também são examinados. Não havendo qualquer vicissitude, a indenização securitária será paga ao fim do processo – “a hora da verdade”.

Com o avanço do uso das novas tecnologias nessa fase da relação obrigacional, mais do que nunca terão papéis essenciais o princípio da boa-fé objetiva e a ética negocial. O manejo da Inteligência Artificial e do *Big Data*, mediante volumosos tratamentos de dados, não pode se descuidar da observância de direitos da personalidade dos consumidores, como a privacidade e não discriminação, sob pena de perda de confiança e abalo reputacional do segurador.

A designada “otimização da regulação de sinistro” é exemplo emblemático de atitude do segurador contrária ao princípio da boa-fé objetiva. Ao fim e ao cabo, em vez de levar em conta a perda efetivamente sofrida pelo interesse legítimo protegido, ela considera a vulnerabilidade do segurado e sua suscetibilidade a aceitar acordos, por vezes injustos, o que dever ser qualificado como não merecedor de tutela pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A obediência ao uso de critérios homogêneos e à segurança jurídica na jornada da regulação de sinistros, porém, deve se alinhar com a tendência de soluções mais personalizadas e desburocratizadas, que atinjam as altas expectativas dos consumidores atuais.

Procurou-se, ao longo do artigo, esmiuçar três importantes desdobramentos das novas tecnologias na regulação de sinistros. Embora muito bem-vindas, tais mudanças não atingirão uniformemente todas as modalidades securitárias e deverão ser feitas de maneira transparente, atendendo ao dever de informação do segurador e às legítimas expectativas dos consumidores. De modo contrário, caber-se-ia questionar, *os segurados deveriam cruzar os dedos enquanto os seguradores cruzam os dados?*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVRAMAKIS; Evangelos et al, *Data-driven insurance: ready for the next frontier?* Zurich: Swiss Re Institute, 2020.

BONNER, Marianne. *How insurers are using drones*. Disponível em: <https://www.thebalancesmb.com/how-drones-change-insurance-industry-4125242>. Acesso em: 22 mar. 2021.

COLLINSON, Patrick. *Motoring myths: what ‘black boxes’ reveal about our driving habits*. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/money/2017/dec/16/motoring-myths-black-boxes-telematics-insurance>>.

EIOPA, *Big data analytics in motor and health insurance: a thematic review*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019.

ERIE INSURANCE. *It's a bird! It's a plane! It's... an insurance drone?* Disponível em: <https://www.erieinsurance.com/news-room/press-releases/2015/drone>. Acesso em: 22 mar. 2021.

FABRIS, Monica, Survey axa-episteme: gli italiani, il labirinto dei dati e il ruolo del settore assicurativo. In: *Italian AXA Paper n. 8 – Le sfide dei dati*, Milano, p. 30, ott. 2016. Acesso em: 22 mar. 2021.

HARBAGE-EDELL, Louisa. *This just in: consumers are now much more comfortable with sharing driving data*. In: *Arity*. Disponível em: <https://www.arity.com/move/just-consumers-now-much-comfortable-sharing-driving-data/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS, *Issues Paper on the Use of Big Data Analytics in Insurance*, Basel: IAIS, 2020.

JUNQUEIRA, Thiago, *Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos seguros*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

KELLER, Benno, *Big Data and Insurance: Implications for Innovation, Competition and Privacy*, Zurich: The Geneva Association, 2018.

MARTIN, Andre. *What is parametric insurance?* Disponível em: <https://corporatesolutions.swissre.com/insights/knowledge/what_is_parametric_insurance.html>. Acesso em: 22 mar. 2021.

MARTINS-COSTA, Judith, Boa-fé e regulação do sinistro. In: *VII Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho – IBDS. Lei de contrato de seguro: solidariedade ou exclusão?* São Paulo: Roncarati, 2018.

MCKINSEY. *Claims in the digital age*. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/industries/financial-services/our-insights/%20claims-in-the-digital-age?reload>. Acesso em: 22 mar. 2021.

MINTY, Duncan. *7 reasons why claims optimisation needs to be seen as a failure*. Disponível em: <https://ethicsandinsurance.info/2018/03/22/claims-optimisation-2/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

MINTY, Duncan. *Why honesty and purpose will change the conduct agenda*. Disponível em: <https://ethicsandinsurance.info/2019/06/25/honesty-purpose/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

MIRAGEM, Bruno; PERTERSEN, Luiza, *Regulação do sinistro: pressupostos e efeitos na execução do contrato de seguro*. (No prelo).

MUSSI, Raphael Saydi Macedo, Drones, negócio das alturas. In: *Cadernos de Seguro*, número 194, abril 2018, Rio de Janeiro: Fundação Escola Nacional de Seguros.

PARAMOUNT HEALTH GROUP. Customer expectations. Disponível em: <http://insuretech.paramount.healthcare/>.

POLIDO, Walter A, *Seguros de responsabilidade civil: manual prático e teórico*, Curitiba: Juruá Editora, 2013.

SCHREIBER, Daniel. Lemonade Sets a New World Record. In: *Lemonade*. Disponível em: <https://www.lemonade.com/blog/lemonade-sets-new-world-record/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

OS IMPACTOS DO SEGURO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

*Jaqueline Wichineski dos Santos*¹

Resumo: Este artigo, trata da nova lei de licitações e contratos, e os impactos no seguro de obras e serviços de engenharia no âmbito público e privado. Permeia pelos riscos de engenharia surgidos no Brasil, e as principais mudanças trazidas pela nova legislação. Análise crítica através de pesquisa do TCE/RS, sobre obras e serviços de engenharia não apenas de grandes vultos, com deficiências graves de contratação e aditivos contratuais inadequados que geram prejuízos ao erário público e por consequência a sociedade. A conclusão traz reflexões ao mercado segurador, ao setor público e privado, baseadas na fundamentação apresentada.

Palavras-chaves: Licitação. Contratos. Riscos de obras e serviços de engenharia. Seguro garantia.

1. INTRODUÇÃO

O artigo tem como objetivo trazer reflexões sobre os impactos no seguro garantia de obras e serviços de engenharia trazidos pela nova lei de licitações. Aspectos público e privado, e do mercado segurador, ou seja, e a repercussão diante das mudanças, principalmente adequações à legislação ainda em “*vacatio legis*”.

A pretensão da exposição é de permear brevemente por questões do risco engenharia no Brasil, e focar não apenas nos grandes vultos de obras e serviços de engenharia, pois, será demonstrado através de estudo do TCE/RS, que obras de menores vultos e em quantidade geram grandes prejuízos ao erário público.

Na vertente do setor público que lida diretamente com licitações, preocupação ainda maior; primeira: a de se adequar à nova legislação; e a segunda: de haver assessoria jurídica técnica especializada no seguro garantia de obras e serviços de engenharia, em especial na fase de contratos de execução de obras.

¹ Mestranda em Direito. Pós-Graduada em Processo Civil, Direito Civil, e Direito dos Seguros, pela FMP/RS. Especialista em Proteção de Dados FGV/SP e DPO ASSESPRO/RS. Professora de Pós-Graduação convidada. Membro da AIDA/BRASIL. Membro e Coordenadora do GT ESA e Faculdades da CESPC OAB/RS. Moderadora do Grupo de Estudos Direito dos Seguros ESA/OABRS. Coordenadora do Curso Direito dos Seguros na Prática e professora da ESA/OABRS. Membro da CMA/OAB/RS. Membro da Divisão Jurídica e Coordenadora-Adjunta da Comissão de seguros da Federasul/RS. Advogada. Parecerista.

Por fim, diante deste cenário, são apresentadas as considerações finais, elencando as oportunidades para o mercado segurador, que atuam de forma relevante capazes de mudar a perspectiva de investimentos e ramo de atuação, fomentando ainda mais o crescimento do setor, que necessita de maior estudo, a atender as necessidades de empresas, que participam do certame licitatório, e precisam contratar o seguro garantia de obras e serviços de engenharia. E, finaliza-se com as referências bibliográficas.

2. DOS SEGUROS

Os seguros fazem parte do cotidiano e estão presentes nos mais diversos âmbitos da vida social. Desde a locação de um veículo, a compra de um automóvel, um apartamento, até situações mais complexas, tais como operações de grande complexidade e que envolvem pequenos, médios e grandes riscos, como por exemplo: a construção de uma usina elétrica, uma barragem, uma ponte, uma linha de metrô, dentre tantas outras.

No âmbito empresarial e comercial, são indispensáveis para obtenção de crédito e atividades tais como: financiamentos, investimentos, ingresso e permanência na bolsa de valores, participação e concorrência.

A regulação do mercado de seguros através da Constituição Federal/88, com previsão no artigo 192, as companhias de seguro devem obter autorização prévia do governo para operar e pautar suas ações pelas leis básicas do setor (Decreto-Lei nº73/66, regulado pelo Decreto nº60.459/67, pelos Códigos Civil e Comercial e por regulamentos emitidos pelos órgãos reguladores estatais.

O sistema de regulação consiste no Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), colegiado normativo do setor, presidido pelo Ministro da Economia; na Superintendência de seguros privados (SUSEP), responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro (exceto seguro saúde), previdência privada aberta e capitalização e na ANS, autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, criada com o objetivo de controle e fiscalização do seguro saúde.

Ainda no aspecto legislativo, o artigo 757 do Código Civil estatuiu um conceito moderno de contrato de seguro: “Pelo contrato de seguro o segurador se obriga mediante o pagamento do prêmio a garantir interesse legítimo do segurado relativo à pessoa ou a coisa contra riscos pré-determinados”. Parágrafo único: “Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada” e o que no caso seriam as obras e serviços discriminados no artigo 2º da Lei nº 14.133.

Assim, o objeto imediato ou causa do seguro passa a ser a garantia. A seguradora se obriga a garantir o interesse legítimo do segurado, havendo, pois, não só o esclarecimento de que a garantia é núcleo do contrato, mas também de que a identificação do credor da garantia se dá pela investigação da titularidade do interesse garantido².

Segundo o artigo 779 do Código Civil, que incide sobre o seguro-garantia, "*o risco do seguro compreende todos os prejuízos resultantes ou consequentes, como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano ou salvar a coisa*".

No Brasil, o mercado segurador regulamentado e fiscalizado pela SUSEP, apresentou crescimento nos últimos anos do produto interno bruto (PIB) brasileiro, melhorando a participação na indústria de seguros, que ultrapassa 6,7% do PIB, retornando mais de R\$315 bilhões para a sociedade.

2.2 Seguro de riscos de engenharia

2.2.1 Histórico e características

Breve apanhado histórico, apenas no intuito de contextualizar aspectos mais relevantes do seguro surgido em meados do século XV com o desenvolvimento do comércio marítimo, seguidos do de vida e, especialmente após o grande incêndio de Londres de 1666, o seguro de incêndio.

Os seguros relacionados com os demais acidentes florescem a partir do desenvolvimento tecnológico promovido pelo capitalismo industrial, a Revolução Industrial do século XIX³. De fato, os seguros de riscos relacionados à tecnologia remontam às caldeiras inventadas e desenvolvidas por Papin (1690), Newcomen (1725) e James Watt (1781). Os fabricantes de caldeiras organizaram-se como prestadores de serviços de manutenção e prevenção dos riscos envolvidos com a operação desses equipamentos fundamentais da indústria da época e logo se transformaram em seguradores de riscos industriais⁴.

Desta necessidade os fabricantes e usuários passaram a discutir acerca dos riscos e soluções de engenharia para problemas nas caldeiras, se criou associação de prestação de serviços técnicos tais como inspeção de risco e assistência aos usuários das caldeiras.

² TZIRULNIK, Ernesto. *O contrato de seguro – de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. 2ªed.São Paulo:Revista dos Tribunais, 2003,p.30.

³ TZIRULNIK, Ernesto. *Seguro de riscos de engenharia: Instrumento do desenvolvimento*. 1ªed.São Paulo: Editora Roncarati, 2015, p.151.

⁴ *Id., ibid.*.

Segundo o curso de seguros de riscos de engenharia do Chartered Insurance Institute (CII), nasce aí a primeira seguradora especializada: Imaginou-se que a inspeção com seguro seria um passo importante à frente e bastante atrativo para os industriais e usuários de vapor. Como nem todos os membros dessa associação estavam de acordo com o seguro, vários deles fundaram em 1858 a primeira companhia de seguros de engenharia, a Steam Boiler Assurance Company, à qual seguiram outras companhias similares⁵.

Neste contexto, surge a importância da inspeção pelos seguradores, a subscrição do risco, a cooperação com segurados na prevenção de acidentes e mitigação de riscos.

As inúmeras vantagens de serviço de inspeção consistem: em reduzir os riscos de avarias com prejuízos subsequentes e possibilidade de perda de produção; benefícios de assessoria qualificada de engenharia, na manutenção, reparação, e renovação da instalação, e a manutenção a segurança.

Os seguros relacionados à tecnologia, como se vê, surgem com a experiência industrial e conectados à ideia de prevenção, cumulando a garantia de seguro com a prestação de serviços, modelo que, embora não predominante, segue existindo até os dias atuais⁶.

Já os seguros ligados a construção, em particular surgem nos anos 1930 e se desenvolvem mais após a segunda guerra mundial, devido as intensas demandas de obras de reconstrução de infraestrutura e edificações em geral.

Dentre as principais características do risco de engenharia, consiste no fato de que desde sua origem, tendem a compreensão, nas garantias que oferecem da maior amplitude de interesses e riscos, e, outrossim, tendem a se estender pelo período integral dos empreendimentos assegurados⁷.

As garantias devem ser desenhadas pelos resseguradores e seguradores, tomando em conta a diversidade e complexidade dos riscos e dos interesses envolvidos com as atividades de construção, instalação e montagem, inclusive no que diz respeito ao fator temporal ou duração da vigência do seguro⁸.

Diante deste breve apanhado histórico, levando em conta aspectos da origem do risco de engenharia, atrelado as evoluções e necessidades de mercado, do interesse segurado ao

⁵ *Id.*, p. 152.

⁶ *Id.*, p. 153.

⁷ *Id.*, p. 157.

⁸ *Id.*, p. 158.

qual se discorrerá mais adiante, se faz necessário averiguar a evolução no sistema brasileiro a seguir.

2.3 Regulamentação dos seguros de risco de engenharia no Brasil

No Brasil os contratos de seguro de todas as seguradoras brasileiras eram sujeitos as mesmas regras, ou seja, cláusulas e condições, fixadas pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), pelo Instituto de Resseguros do Brasil (IRB), e pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP).

As obras de engenharia em geral se caracterizam pela interação de suas etapas; desde o planejamento: legislação, local, investigação de solo, escolha de materiais, fabricação, execução etc., ou seja, complexa e que podem gerar graves prejuízos tanto para interessados na obra, quanto atinge a terceiros, este último possa se pensar na responsabilidade civil decorrente do contrato.

As questões supracitadas devem ser tratadas pelos seguradores, ente público em se tratando de licitações, os corretores de seguros que intermediam as negociações, através do contrato de seguro, apólices e o cuidado com clausulados dos seguros.

Segundo a doutrina de Ernesto Tzirulnik menciona que: “os seguros de riscos de engenharia, especialmente os tipos que são fabricados no Brasil sob esta denominação, que são aqueles atinentes às instalações e montagens de equipamentos industriais e estruturas e às construções de obras civis em geral, apesar de terem suas coberturas modeladas, país a país, não encontram suficiente base estatística para uma adequada solução atuarial (fixação de taxa para cálculo do prêmio), dependendo de forma muito especial das estruturas internacionais de resseguro, em cujo âmbito os riscos são dispersados de modo mais amplo do que no universo de dispersão das carteiras de cada seguradora”.

Neste contexto citado, verifica-se a distinção dos seguros de engenharia das outras classes de seguros, pela ausência de um sistema detalhado de precificação (tarifas) em grandes setores dos negócios de engenharia.

Embora, a proposta do artigo seja de não aprofundar o tema que despende muitas laudas a respeito, mas, se propõe abordar principais pontos relevantes dentre os quais também está a responsabilidade civil do ente público e privado.

Neste viés se pensarmos que não apenas os riscos diretos da construção, execução da obra, chamados direto; ainda temos os riscos operacionais dos empreendimentos; e os riscos ocasionados a terceiros a exemplo: recentemente na cidade de Porto Alegre/RS, houve

desabamento de uma marquise de um prédio que desabou sobre uma calçada e matou uma mulher, e feriu outras pessoas que transitavam; no Rio de Janeiro a Ciclovía Tim Maia que custou aproximadamente R\$ 44 milhões além da morte de várias vítimas, há o prejuízo ao erário público e por consequência a sociedade.

Diante de catástrofes cometidas pela culpa da falta de análise de riscos, planejamento, investimentos, falta de qualidade de materiais construtivos empregados, dentre tantos outros problemas, e não importa se do setor público ou privado, mas sim das consequências na sociedade como um todo.

Levantadas situações graves e de relevante preocupação, faremos análise da nova lei de licitações, aspectos da legislação e a novidade apresentada por esta, no que tange a matriz de risco.

3. A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

3.1 Aspectos da legislação e análise da Matriz de risco

A nova Lei 14.133/2021 de Licitações, está causando alvoroço na esfera pública e privada; sendo na primeira da possibilidade de adequação de até 02 anos, causando dúvidas aos servidores públicos de qual legislação aplicar, sendo que não se poderá utilizar do modelo híbrido, ou seja, se decidir ir para a nova legislação não se utiliza a anterior, e consequentemente o impacto na esfera privada que depende deste para gerir seus negócios.

O que aconteceu de fato é que a lei postergou por mais dois anos a revogação da lei 8.666, de 1993, da lei 10.520, de 2002, chamada lei do pregão, e dos artigos primeiros até quarenta e sete da lei do RDC. Nesses dois anos irão coexistir no país diversos diplomas legais, regulando as licitações públicas, ficando a discricionariedade do gestor público a opção do regime licitatório a seguir, causando muito embaraço jurídico.

Acerca de breves considerações, a L.8666/93 conhecida como Lei de licitações e Contratos, à época após 05 anos da Constituição Federal/88, vinha se ajustando aos instrumentos jurídicos para sua própria regulamentação e perdurou assim por quase 30 anos.

Mas, necessitava haver mudanças, pois o cenário público e econômico é totalmente diverso do anterior, e necessitava evoluir, principalmente no aspecto procedimental, na introdução da lei anticorrupção, com regras de compliance e princípios de transparência.

É possível perceber que a nova legislação revigorou princípios constitucionais, em vários dispositivos, bem como a fortemente entendimento jurisprudencial dos Tribunais dos

Estados, STJ, STF, TCU, TCE, controle interno e externo, através de seus atos normativos, orientações, decisões e acórdãos.

Numa visão mais otimista econômica financeira para as empresas, prestadores de serviços e aqui trataremos de obras e serviços de engenharia, envolvendo o seguro garantia, a nova legislação além dos princípios já imperativos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, com ênfase na transparência, traz a novidade de inclusões do planejamento, da segurança jurídica, e em seus artigos encampa o programa de integridade código de conduta e ética, e responsabilidade civil do agente público, com penalidades, que causam arrepio aos procuradores públicos, ao elaborarem pareceres motivados a respeito de licitações.

Por outro lado, aspectos relevantes e preocupantes, especificamente analisados pelo TCE/RS, sobre as licitações envolvendo a contratações de obras e serviços de engenharia, e os graves problemas com as contratadas, que geram milhões de prejuízos ao erário público. Senão vejamos⁹:

Segundo o estudo do TCE/RS, efetuou a pesquisa da situação de obras suspensas ou paralisadas nos órgãos Municipais e Estadual, com valores superiores a R\$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), iniciadas a partir de 2009 e/ou convênios vigentes.

Concernente ao âmbito Estadual, os mais representativos são: Secretarias de obras públicas, secretaria de educação e SUSEPE, juntos respondem por 71,44% das obras informadas, e fontes de recursos em valores absolutos, o montante financeiro de contratos de financiamento corresponde a R\$37.246.542,65 (trinta e sete milhões, duzentos e quarenta e seis mil, quinhentos e quarenta e dois reais e sessenta e cinco centavos), equivalendo a 39,44% do total de recursos disponibilizados. E a utilização de recursos próprios totaliza R\$28.406.225,32 (vinte e oito milhões, quatrocentos e seis mil, duzentos e vinte e cinco reais e trinta e dois centavos), equivalendo a 30,08% dos recursos disponibilizados.

Conforme conclusão do TCE/RS, dados preocupantes da má gestão pública/órgãos que negligenciam o erário público, causando mais dívidas, se não geridas conforme diretrizes orçamentárias, imputando também em crime de responsabilidade fiscal.

Atinente às paralizações, os motivos são: descumprimento de especificações técnicas, questões técnicas que vieram a serem conhecidas somente após a licitação, discussão de aditivo motivada por questões técnicas, irregularidades por problemas afetos

⁹http://portal.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/noticias_internet/Relatorios/Relatorio_obras_suspensas_paralisa_das_novo.pdf

ao meio ambiente, contingenciamento de recursos próprios, a empresa não entregou a garantia de obra exigida no contrato, atraso de pagamento da primeira fatura, obra paralisada aguardando execução do aterro CT 118/17 CORSAN, aguardando elaboração de termo aditivo e riscos decorrentes de erros e vícios construtivos.

Neste cenário preocupante de gastos expressivos e rombo no erário público, surge com mais força o seguro garantia de obras e serviços de engenharia, execução de contratos e responsabilidade civil, e aqui cabe uma distinção que não se trata da garantia de proposta no início do procedimento elencado no artigo 58 e §1º do artigo 96 da Lei 14133/21.

E sim das garantias previstas a partir do artigo 96 §1º, inciso II e em vários outros que tratam da chamada “matriz de risco”, como uma novidade na definição “*ipsis litteris*”: “cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, a listagem de eventos supervenientes a assinatura do contrato; previsão por tipo contratual de termos aditivos por ocasião de ocorrência; e diversas obrigações contratuais.

Nesta toada, tanto o ente público quanto o privado, ou seja, empresas que tem interesse no certame licitatório, necessitam urgentemente se atualizar e ter assessoramento técnico especializado no assunto, para buscar no mercado segurador apólices que atendam suas necessidades para garantir os riscos em decorrência das obras e serviços de engenharia.

Importante frisar, que na nova lei as contratações de obras, serviços e fornecimento a exigência do percentual de seguro garantia que variam entre 5% (cinco por cento) no início do contrato, autorizada a majoração para 10% (dez por cento), desde que justificada.

Interessante que, depois de muito se debater no projeto de lei na Câmara do deputados, sobre o percentual de seguro garantia a ser exigido, para grandes vultos, se chegou à conclusão que gira em torno de 30% (trinta por cento), o percentual de obras paralisadas devido a problemas financeiros na execução do contrato, e por isto se estipulou tal percentual, com previsibilidade de cláusula de retomada chamado nos EUA de “step-in” (a seguradora pisa dentro), evitando desta forma “elefantes brancos”, ou seja, a ineficiência do Estado e dispêndio de recursos públicos.

Feitas estas considerações ao cenário da legislação, problemas na contratação e prejuízos vultuosos ao erário público, passaremos a pontuar aspectos importantes e relevantes no âmbito dos seguros, esclarecendo um pouco da complexidade do seguro e de que forma se apresenta na nova lei de licitações.

No que diz respeito aos seguros no âmbito de riscos de engenharia, e que com a nova lei de licitações, “trouxe à baila”, com mais força, e que bem destacado no item 2 deste material em que trata da Análise de risco e Matriz de risco, mesmo que a garantia do seguro seja uma opção entre as garantias trazidas pela lei, houve uma mudança significativa e madura para melhor avaliar e precaver os riscos.

3.2 Análise de Risco e Matriz de Risco

A nova lei de Licitações é, como já vem sendo visto, bastante didática com relação às definições de alguns termos, sobretudo àqueles descritos ao longo do artigo 6º, como no caso da Matriz de Riscos, por exemplo, que no seu inciso XXVII determina que é aquela cláusula contratual que define os riscos e as responsabilidades entre as partes, caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, caso ocorram eventos supervenientes. Em outras palavras, significa dizer que a análise de riscos é a identificação e prescrição dos possíveis riscos de determinada obra ou serviço, enquanto a matriz já serve como uma espécie de “distribuição” destes riscos entre as partes envolvidas¹⁰.

A referida definição de Matriz de Risco no artigo acima citado ainda traz a necessidade desta cláusula conter algumas delimitações, sendo elas:

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prorrogação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;
- b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;
- c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;

Corroborando com as definições da Lei, cumpre mencionar os ensinamentos de Hamilton Bonatto a respeito do assunto, o qual já descreveu que as contratações implicam no deslocamento de alguns riscos do contrato de obras e serviços de engenharia à empresa contratada, decorrentes das especificidades de cada projeto em si¹¹.

¹⁰ <https://www.federasul.com.br/divisaojuridica/infraestrutura/>

¹¹ BONATTO, Hamilton. Governança e Gestão de obras públicas: do planejamento à pós-ocupação. Belo Horizonte. Fórum, 2018, página 543.

Ainda no texto da nova Lei de Licitações, o artigo 22 traz definições sobre a Matriz de Risco no que tange ao Edital:

Art. 22. O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo.

Além disso, o parágrafo primeiro do artigo mencionado determina que a matriz de risco deverá estabelecer a responsabilidade de cada uma das partes, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso este ocorra durante a execução do objeto contratual. Isto é, como dito no início do tópico, a “distribuição” dos riscos entre as partes.

O parágrafo segundo, por sua vez, determina que o contrato deverá realizar a alocação pela matriz de riscos quanto: (i) às hipóteses de alteração para o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato nos casos em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda o restabelecimento; (ii) à possibilidade de resolução quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual; e (iii) à contratação de seguros obrigatórios previamente definidos no contrato, integrado o custo de contratação ao preço ofertado.

Por fim, cumpre trazer a conhecimento as determinações do parágrafo terceiro do mesmo artigo 22:

“§ 3º Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.”

Consoante se vê, este dispositivo determina os parâmetros para que haja previsão obrigatória no Edital no que tange à matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.

Além do art. 22, o art. 103 contempla a alocação de risco nos contratos administrativos devendo ser indicado os riscos assumidos pelo poder público, pelo contratado e quais deverão ser compartilhados (art. 103, caput).

Art. 103. O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.
§ 1º. A alocação de riscos de que trata o caput deste artigo considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no

contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo.

§ 2º. Os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao contratado.

§ 3º. A alocação dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação.

§ 4º. A matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.

§ 5º. Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:

I - às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 124 desta Lei;

II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

§ 6º. Na alocação de que trata o caput deste artigo, poderão ser adotados métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, e os ministérios e secretarias supervisores dos órgãos e das entidades da Administração Pública poderão definir os parâmetros e o detalhamento dos procedimentos necessários a sua identificação, alocação e quantificação financeira.

Como todo contrato possui uma determinada alocação de riscos, o dispositivo se refere à matriz de risco, considerada como uma cláusula específica, destinada a formalizar a alocação de riscos.

A execução contratual envolve riscos e responsabilidades cujo ônus, extensão e obrigação são variáveis e dependem das circunstâncias e dos eventos supervenientes.

Transferir riscos para o contratado pode acarretar relevante efeito econômico a depender da situação. Mesmo que ausente a ocorrência do evento danoso o sujeito será remunerado pela assunção do risco. (§§ 3º e 4º)

No âmbito das contratações administrativas, a definição precisa das obrigações, responsabilidades e riscos atribuídos ao sujeito privado permitirá aos interessados formularem propostas que assegurem a execução satisfatória do empreendimento, mediante o recebimento de remuneração adequada. Isso assegurará à Administração a obtenção do preço mais vantajoso possível

3.3 Do seguro garantia

A nova lei de licitações diferente da Lei 8.666/93, trouxe mudanças significativas ao seguro garantia que é o “seguro que garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado”, nos termos do inciso LIV do artigo 6º da Lei 14.133/21, seu objeto não pode ser outro senão aquele especificado de forma clara no inciso XI do mesmo artigo.

Já no artigo 96 “caput” está previsto que a Administração Pública pode exigir discricionariamente a garantia (“A critério da autoridade competente, poderá ser exigida, garantia”), enquanto o §1º faculta ao contratado escolher a garantia entre as previstas na lei dentre as quais, o seguro-garantia. No caso da lei obras de engenharia de grande vulto, nos termos da lei, são as de valor igual ou superior a R\$ 200 milhões (artigo 6º, inciso XXII).

No concernente ao artigo 98 diz que: “Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos, a garantia poderá ser de até 5% (cinco por cento) do valor inicial do contrato, autorizada a majoração desse percentual para até 10% (dez por cento), desde que justificada mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos. Essa disposição é substancialmente igual aos §§2º e 3º do artigo 56 da lei 8.666/93

No tocante ao artigo 99 da lei 14.133/21, encontramos novamente a ideia de exigência verificada no caput do artigo 96, entretanto, com mais força que diz: “Nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia com cláusula de retomada prevista no artigo 102 desta lei, em percentual equivalente a 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato”.

Na visão do jurista e doutrinador Ernesto Tzirulnik diz que: “Há duas possíveis interpretações: a) a regra apenas especifica que, caso a garantia escolhida pelo contratado for o seguro, esse seguro, em tais obras, deve conter a cláusula de retomada — que no seguro é conhecida como *cláusula de reposição ou step in* ou b) que a Administração contratante pode escolher o seguro-garantia em detrimento da faculdade de escolha do administrado.

A primeira interpretação fica confortável com a vírgula que antecede e a que sucede a expressão “*na modalidade seguro-garantia*” e com o discurso de liberdade econômica, assim como uma interpretação sistemática com o artigo 96, § 1º e o princípio de interpretação “*in dubio pro administrado*”.

A segunda interpretação baseia-se no fato de que não faria sentido o legislador desequilibrar a balança das garantias, exigindo seguro “*parrudo*” (30% e com cláusula de reposição obrigatória ou “*retomada*” — artigo 99) e fiança e caução esbeltas (5 a 10% — artigo 98). Além disso, tratando-se de obra de grande vulto, haveria de prevalecer uma interpretação teleológica, segundo a qual a Administração pode optar por uma garantia essencialmente diferente em razão do interesse público. Entre a liberdade econômica do particular e o interesse público, este sempre deve prevalecer. Daí a radical configuração do seguro-garantia, em geral já visto como uma garantia superior às outras quando oferecida nas mesmas condições. Em vez de poder exigir garantia de apenas 10% do valor em risco a

ser recebido em dinheiro, a importância segurada pode ser de até quase um terço do valor em risco com possibilidade de execução específica do garantidor. Esta segunda posição nos parece ser juridicamente correta¹².

Outro ponto relevante, é a previsibilidade da cláusula de retomada ou “step-in right” (a seguradora pisa dentro), ao artigo 102, inciso III, da Lei 14.133/21: “Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que:

III - a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente.

Neste aspecto não foi adequada a redação deste artigo, na melhor técnica dos seguros, pois, prevê que a seguradora poderá subcontratar o serviço total ou parcialmente. A seguradora deve atender a garantia de riscos e pagar indenizações, sua atividade principal, pois não pode ser executante da obra.

Importante frisar, que tal regulamentação é prevista na Circular 477/2013 da SUSEP (dispõe sobre seguro garantia, divulga condições padronizadas, e dá outras providências), ao qual dispõe em seu artigo 13: “A seguradora indenizará o segurado, mediante acordo entre as partes, segundo uma das formas abaixo¹³:

I- Realizando, por meio de terceiros, o objeto do contrato principal, de forma a lhe dar continuidade, sob a sua integral responsabilidade e/ou;

II- Indenizando, mediante pagamento em dinheiro, os prejuízos e/ou multas causadas pela inadimplência do tomador, cobertos pela apólice.

§1º no caso de rescisão do contrato principal, todos os saldos de créditos do tomador no contrato principal serão utilizados na amortização do prejuízo e/ou na multa objeto da reclamação do sinistro, sem prejuízo do pagamento da indenização no prazo devido.

§2º caso a indenização já tenha sido paga quando da conclusão da apuração dos saldos de crédito do tomador no contrato principal, o segurado obriga-se a devolver a seguradora qualquer excesso que lhe tenha sido pago.

A interpretação razoável, é de não são exatamente subcontratados, pois ela não pode ser propriamente contratada para os serviços de empreitada, por exemplo. São meios de pagamento. A interpretação a ser feita no inciso III a possibilidade de a seguradora subcontratar parte do necessário à conclusão do contrato junto a sujeitos distintos, agindo como coordenadora da conclusão.

¹² <https://www.conjur.com.br/2021-jun-14/tzirulnik-seguro-regime-garantias-lei-licitacoes>

¹³ <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/circular-n-477-de-30-de-setembro-de-2013-31065813>

Para concluir o tópico seguro garantia, há de ressaltar o artigo 191 da Lei 14.133/91: “Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do *caput* do artigo 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso. Na hipótese de opção pela nova legislação a incidência da exigência do seguro garantia com cláusula de retomada o piso mínimo de 1% ou 5% ou 10%, a 30% do valor da obra.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o cenário público e privado, suas consequências econômicas, e de controle externo, apresentado e, principalmente, ao que diz respeito aos excessivos gastos pela falta de gestão do ente público como demonstra o estudo aprofundado do TCE/RS, é possível observar que não apenas licitações envolvendo obras de grande vulto são problemáticas, mas, também, o são as obras de valores abaixo de R\$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) , o que acaba por onerar muito o erário – e a conta recai na sociedade.

Diante destas considerações, passa-se a refletir se, ao invés do ente público ter o estrito cumprimento da legislação e se utilizar do seguro garantia de obras e serviços de engenharia apenas para grandes vultos, deveria considerar pelo péssimo histórico de má gestão, por consequência, inúmeros aditivos contratuais para que a obra tenha seu término e realmente entregue a sociedade qualidade e efetividade, a verdadeira prestação adequada, a contratação de seguro também para valores inferiores, como por exemplo os demonstrados pelo estudo do TCE/RS.

Cabe importante reflexão inclusive apontada pelo jurista Ernesto Tzrulnik que: “Os seguros aplicados à engenharia, por esse motivo, podem ser considerados obrigatórios, não por força de lei especial, mas dos editais, dos usos, e dos costumes, de modo que a falta de seguro impedirá a livre iniciativa, impactará a concorrência em desvalor dos que não tiverem acesso à proteção securitária, e, uma vez iniciada a execução dos contratos, poderá caracterizar inadimplemento substancial e determinar suas resoluções, lesando, também assim, os interesses dos diversos partícipes do empreendimento”.

Contudo, há necessidade de amadurecimento do mercado, tanto por parte do ente público possuir assessoria especializada na elaboração do certame licitatório, conhecer das

especificidades do seguro garantia, e de como funciona, contratação, e sua relevância em garantir contratos e execução de obras.

Por outro lado, as seguradoras cabem se adaptarem as coberturas securitárias para este novo mercado; taxas adequadas, clausulados claros, abrangentes e precificações que não inviabilizem a contratação, pois, a vantagem são inúmeras ao ente público concedendo a seguradora, que possui políticas de “compliance” e “expertise” no mercado, avaliando empresas idôneas para cumprimento do certame licitatório.

E por fim, não menos importante, as empresas que participam do certame licitatório, deverão se adequar a um novo ciclo, abrangência de seus negócios, atentarem para normas de conduta, terem corretores de seguro qualificados para atenderem tais necessidades de garantias de riscos, e analisarem custos, pois, uma carta fiança bancária por exemplo; por vezes é mais onerosa que o seguro garantia, sem falar no endividamento junto a instituição, prejudicando fluxo financeiro da empresa¹⁴.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONATTO, Hamilton. *Governança e Gestão de obras públicas: do planejamento à pós-ocupação*. Belo Horizonte. Fórum, 2018, página 543.

TZIRULNIK, Ernesto. *O contrato de seguro – de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. 2ªed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.30.

TZIRULNIK, Ernesto. *Seguro de riscos de engenharia: Instrumento do desenvolvimento*. 1ªed.São Paulo: Editora Roncarati, 2015, p.151.

Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em. <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>. Acesso em:05 de abril de 2021.

Relatório das obras paralisadas ou suspensas. Disponível em. http://portal.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/noticias_internet/Relatorios/Relatorio_obras_suspensas_paralisadas_novo.pdf. Acesso em: 25 de jan.2021.

E-book Nova lei de licitações e Contratos Administrativos. Disponível em. <https://www.federasul.com.br/divisaojuridica/infraestrutura/>. Acesso em: 12 de julho.2021.

O seguro e o novo regime de garantias da lei de licitações. Disponível em. <https://www.conjur.com.br/2021-jun-14/tzirulnik-seguro-regime-garantias-lei-licitacoes>. Acesso em: 14 de junho.2021.

¹⁴<https://www.federasul.com.br/divisao-juridica-2019-2020/seguro-garantia-de-obras-e-servicos-de-engenharia-na-nova-lei-de-licitacoes/>

Susep Circular nº477. Dispõe sobre o seguro garantia, divulga condições padronizadas e dá outras providências. Disponível em. <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/circular-n-477-de-30-de-setembro-de-2013-31065813>. Acesso em: 8 de junho.2021.

Seguro de obras e serviços de engenharia na nova lei de licitações. Disponível em. <https://www.federasul.com.br/divisaojuridica/seguro-garantia-de-obras-e-servicos-de-engenharia-na-nova-lei-de-licitacoes/> Acesso em: 28 de junho.2021.

A INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS SEGUROS DE VIDA EM GRUPO NÃO-CONTRIBUTÁRIOS

Lúcio Roca Bragança¹

Resumo: Este artigo trata do seguro de vida em grupo não-contributário no Brasil, à luz à da legislação nacional, isto é, o Código Civil Brasileiro e o Código de Defesa do Consumidor. A análise da legislação com base nas lições doutrinárias e jurisprudenciais permeará a obra com o fito de responder a indagação acerca da aplicabilidade do direito consumerista a esta espécie contratual. De forma crítica, são apresentadas as conclusões com base na fundamentação desenvolvida.

Palavras-Chave: Seguro em Grupo. Não-Contributário. Consumidor.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a examinar matéria complexa, delicada e pouco abordada com profundidade na doutrina nacional, que é o seguro de vida em grupo não-contributário e a sua relação com o Direito do Consumidor. Objetiva-se analisar, especificamente, a possibilidade de, sobre tal espécie contratual, incidir a proteção do Código de Defesa do Consumidor, caracterizando-se como relação de consumo e colocando os Segurados sob o apanágio da tutela consumerista.

Para tanto, o texto inicia examinando o Direito do Seguro, especificando os elementos formadores do contrato de seguro, para, após, ingressar no seguro de vida e examinar as suas particularidades, passando pelo seguro coletivo e individual e aprofundando a análise do seguro em grupo até chegar no não-contributário. Na seção seguinte, examina-se o Direito do Consumidor, em um primeiro momento a partir de seus fundamentos constitucionais, para, então, conceituar a relação de consumo e examinar sua aplicabilidade aos seguros de vida em grupo no que tange ao dever de informação.

O quarto item aborda o objeto do artigo propriamente dito, que são os fundamentos que possibilitariam ou impediriam que o Código de Defesa do Consumidor fosse aplicado à espécie contratual *sub examen*. O estudo é feito a partir dos conceitos desenvolvidos nas seções precedentes, sempre buscando uma resposta direta e objetiva à problemática proposta nas diversas situações com que pode se deparar o intérprete. Por fim, são apresentadas as

¹ Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista (MBA) em Gestão Jurídica de Seguros e Resseguros pela Escola Nacional de Seguros. Advogado inscrito na OAB/RS sob nº 51.777 e parecerista militante na seara securitária. lucio@agrifoglio.adv.br

considerações finais, elencando as conclusões alcançadas a partir do estudo e salientando a necessidade de um maior aprofundamento do tema em obras de maior fôlego; finaliza-se com as referências bibliográficas.

2. DIREITO DO SEGURO

2.1 Elementos do Contrato de Seguro

O contrato de seguro encontra-se conceituado no art. 757 do Código Civil brasileiro através de 5 elementos formadores.² São eles: a garantia, o interesse legítimo, o risco, o prêmio e a empresarialidade.

O objeto do contrato de seguro é a garantia, ela é a prestação a encargo da Seguradora, pelo qual o Segurado, ou o Estipulante, paga o preço, que é o prêmio. Nas palavras literais de Luigi Farenga³, “o Segurado paga para encontrar tranquilidade, não com a esperança de que ocorra o sinistro.” O interesse legítimo é o objeto da garantia. Não são as coisas ou as pessoas que são seguradas, mas o interesse do Segurado sobre elas, isto é, a relação juridicamente relevante e, quase sempre, de natureza econômica⁴, do seu titular com o bem segurado.

Característico do contrato de seguro é o risco, que é a possibilidade de um evento futuro e incerto afetar o interesse Segurado. A incerteza faz com que não se possa dizer se determinado interesse Segurado vai, ou não, ser atingido; porém, reunindo-se um grande número de unidades expostas a um mesmo tipo de risco, é possível calcular, com razoável certeza, quantas unidades serão atingidas. Trata-se da Lei dos Grandes Números, segundo a qual, quando um grande número de casos é observado, as causas regulares tendem a prevalecer sobre as acidentais, permitindo a sua mensurabilidade estatística.⁵

De posse desses dados, opera-se a técnica do mutualismo: divide-se o valor do risco que acomete a todos para que cada um que a ele está exposto pague uma parcela.⁶ Essa parcela que corresponde exclusivamente ao risco chama-se prêmio puro, o qual, acrescido das despesas operacionais (comissões, tributos, lucro do Segurador, suas despesas administrativas, etc.) resulta no prêmio total. O Segurador, então, transformará o prêmio

² TZIRULNIK, Ernesto *et al.* *O Contrato de Seguro de Acordo com o Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Roncarati/IBDS, 2016, p. 43 *et seq.*

³ Apud TZIRULNIK, Ernesto *et al.* *Op. Cit.*, p. 46.

⁴ Nos seguros sobre a vida de algum parente, pode não haver um interesse econômico.

⁵ A esse respeito, veja-se: BRAGA, Francisco de Assis Braga. *Bases Técnicas da Empresa Securitária*. In: AAVV. *Seguros, uma Questão Atual*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 26.

⁶ ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 59-60.

puro em provisões técnicas, com as quais pagará os sinistros que forem ocorrendo ao longo da vigência do contrato.⁷ Nesta quadra, a companhia de seguros funciona como uma gestora deste fundo comum, que não pertence a ela e nem pertence aos Segurados em co-propriedade (como uma quota-parte destacável e disponível), mas assume caráter coletivo transindividual⁸.

Para um risco ser segurável, é necessário satisfazer sete requisitos mínimos, a seguir arrolados pelo especialista Francisco de Assis Braga, aplicáveis tanto a seguro de danos como de pessoas⁹: 1. Um grande número de unidades de exposições homogêneas deve estar envolvido; 2. A perda produzida pelo risco deve ser definida; 3. A ocorrência da perda nos casos individuais deve ser acidental ou fortuita; 4. O potencial de perda deve ser amplo o suficiente para causar penúria a quem sofre; 5. O custo do seguro deve ser economicamente suportável; 6. A probabilidade da perda deve ser calculável; 7. Deve ser improvável que o risco produza danos a um grande número de unidades seguráveis ao mesmo tempo.

E aqui entra o último dos elementos essenciais mencionados, que é o da empresarialidade. Para o seguro funcionar cientificamente com segurança para todos envolvidos, não se pode perder essa dimensão coletiva, sendo necessário um grande número de unidades seguradas. Também é necessário dar um tratamento profissional ao risco, mensurando adequadamente sua frequência e intensidade, cuidando de sua homogeneidade, precificando-o, constituindo as provisões.

2.2 O Seguro de Vida

Embora o Código Civil vigente tenha adotado o conceito unitário do contrato no seu art. 757, como acima visto, dividiu-o em seguros de danos e seguros de pessoas, concedendo tratamento próprio a cada um deles¹⁰, estando os seguros de pessoas, em que se enquadra o seguro de vida, disciplinados pelos arts. 789 a 802.

Sem ter recebido definição, legal, o seguro de vida pode ser conceituado como aquele em que o Segurador, em troca do recebimento de um prêmio, “garante interesse legítimo do

⁷ RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes; *Direito de Seguros*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 83-86.

⁸ CALMON DE PASSOS, J.J. *O Risco na Sociedade Moderna e seus Reflexos na teoria da responsabilidade Civil e na natureza Jurídica do Contrato de Seguro*. In: AAVV. *I Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 14.

⁹ BRAGA, Francisco de Assis. *Bases Técnicas da Empresa Securitária*. In: AAVV. *Seguros uma Questão Atual*. São Paulo: Max Limonad, p. 26.

¹⁰ CAMPOY, Adilson. *Contrato de Seguro de Vida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 70.

Segurado relacionado à duração de sua vida, seja sua morte, seja sua sobrevivência.”¹¹ Nos seguros de vida para o caso de morte, que é a espécie tratada neste trabalho, o pagamento do capital segurado será direcionado a uma terceira pessoa, nominado beneficiário. O seguro de vida tradicional para o caso de morte não tem função indenizatória (“o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente”, art. 789). A prática comercial, contudo, veio a criar o seguro de vida para garantia de obrigação do Segurado, em que o beneficiário é o credor da obrigação devida pelo Segurado. Neste caso, é possível detectar um viés nitidamente indenizatório¹², o que os aproxima do seguro de danos.

No seguro por sobrevivência, a obrigação pecuniária do Segurador fica condicionada ao Segurado sobreviver determinada idade, hipótese em que o capital segurado será pago ao próprio Segurado ou a um terceiro, em uma única vez, ou na forma de renda.¹³ Possui dupla peculiaridade: uma, de o risco não ser um evento temido e outra, de a declaração inicial de risco ser irrelevante, pois não há vantagem em pretender ter um estado de saúde melhor que se tem; ao revés, quanto mais periclitante for a saúde do proponente, menor será a chance de desembolso pelo fundo comum.

2.3 Vida em Grupo e Individual

No seguro de vida individual, cada contrato estabelece uma relação jurídica exclusiva e bilateral entre Segurado e Segurador, ainda que, para administrar o risco, o Segurador necessite, economicamente, de uma massa de Segurados para operar o mutualismo. Este contrato possui a particularidade de o prêmio pago pelo Segurado não ser calculado exclusivamente à luz do risco atual. Como o risco se agrava ao longo do tempo, pelo envelhecimento do Segurado, chegaria uma idade em que o prêmio estaria impraticável. Para evitar essa situação, o seguro de vida individual estruturou-se mediante um regime de capitalização temporária: de início cobra-se um prêmio maior do que o devido e o excedente constitui uma reserva matemática, individual, do Segurado. Quando, com o passar do tempo, o risco se tornar mais gravoso, e o prêmio cobrado se tornar insuficiente para cobrir o risco, o Segurador completa a diferença mediante o saque da reserva matemática¹⁴.

¹¹ PIMENTEL, Ayrton. *Beneficiários no Seguro de Vida*. São Paulo: IBDS/Roncarati, 2016, p. 36.

¹² *Id.*, *ibid.*.

¹³ *Id.*, p. 37.

¹⁴ PIMENTEL, Ayrton. *Beneficiários no Seguro de Vida*. São Paulo: IBDS/Roncarati, 2016, p. 38-39.

O seguro de grupo nasceu nos Estados Unidos na segunda década do século XX, datando o primeiro contrato de 1912 e, a partir de então, sofreu veloz desenvolvimento¹⁵. Iniciou-se como uma apólice coletiva para um grupo segurado composto de empregados de um mesmo empregador, o que, por suas características de plena atividade de trabalho, ramo de atividade, homogeneidade de risco, reduzia a seleção adversa e permitia a contratação a um custo mais econômico e sem exames médicos.¹⁶

Essa modalidade coletiva conheceu também amplo e rápido desenvolvimento no Brasil, tendo, a partir da década de 1950, suplantado o seguro individual e dominado inteiramente o mercado.¹⁷ Está, atualmente, expressamente previsto nos artigos 21 do Decreto-Lei 73/66 e no artigo 801 do Código Civil vigente, que disciplinam a figura do Estipulante.

O Estipulante é, usualmente, o empregador ou a associação que contrata, junto ao Segurador, uma apólice coletiva para a cobertura de seus empregados ou associados. Assim, os termos do negócio são acertados entre Estipulante e Segurador e valerão para a integralidade do grupo segurado. Por expressa disposição legal,¹⁸ o Estipulante opera como mandatário dos Segurados, além de ser o administrador do grupo. A prática comercial, contudo, levou a degenerar a verdadeira natureza do seguro em grupo, para permitir a contratação através de Estipulantes sem vínculo com o grupo segurado, apenas para permitir a facilidade de venda e sua estruturação técnica coletiva, o que, em verdade, perverte o instituto, já que um Estipulante sem identificação com o grupo segurado não estará habilitado a representá-lo¹⁹. A doutrina o denomina de “falso Estipulante” e o compara a um agente a serviço da Seguradora²⁰.

Em relação à forma de contratação, cumpre também pontuar as diferenças. No seguro de vida individual, a aceitação do risco passa por rigoroso exame do Segurador, que pode exigir o preenchimento de questionário e/ou submeter o Segurado a exames médicos. Já no seguro em grupo, a adesão do Segurado ao contrato celebrado entre Segurador e Estipulante pode se dar de duas maneiras: por relação, ou pelo preenchimento de cartão-proposta pelo

¹⁵ BIGOT, Jean et al. *Traité de Droit des Assurances*, t. 4: Les Assurances des Personnes. Paris: LGDJ, 2007, p. 323.

¹⁶ MACLEAN, Joseph B. *Life Insurance*. New York: McGraw-Hill Book Company, 1935, p. 356.

¹⁷ PIMENTEL, Ayrton. *Op. Cit.*, p. 50-51.

¹⁸ Decreto-Lei 73/66, art. 21, § 2º.

¹⁹ TZIRULNIK, Ernesto et al. *O Contrato de Seguro de Acordo com o Código Civil Brasileiro*. São Paulo: IBDS/Roncarati, 2017, p 296 et seq.

²⁰ *Id.*, p. 308

integrante do grupo segurável.²¹ No primeiro caso, o Estipulante encaminha ao Segurador uma relação com os nomes e idades dos integrantes do grupo, ao passo que, no segundo, os proponentes preenchem a proposta, respondendo ao questionário de saúde e atividades.

2.4 Vida em Grupo: Aprofundamento

Primeiramente, cumpre notar a unicidade operacional do seguro de vida em grupo centrada na figura do Estipulante. Não se trata de um agregado de contratos, mas de contrato único, conforme leciona o grande tratadista Abel Veiga Copo²²:

“El seguro de grupo es un genuino contrato, no un agregado de contratos de seguro distintos, como tampoco responde a un parámetro de “contrato-cuadro” o marco tal y como la doctrina francesa lo configuró en momento determinado. Un contrato de seguro en el que prima como característica genética y funcional del mismo que es suscrito por una persona jurídica o un empleador a favor de sus trabajadores que se adhieren al mismo al participar de unas características o nexos comunes entre ellos.”

E este contrato único, ainda que permita vínculos individuais posteriores, é firmado pelo Estipulante, que é o responsável pelo cumprimento de todos os termos do Contrato, consoante dispõe o art. 801 do Código Civil, à luz da melhor doutrina²³:

Ao Estipulante cabem todas as tratativas preliminares destinadas à contratação do seguro. Ele é quem verifica da conveniência de celebrar, ou não o contrato; é ele quem, entre o elenco de garantias oferecidas pela Seguradora, escolhe as que melhor se adaptam ao grupo segurável. Incumbe ao Estipulante fornecer à Seguradora todas as informações úteis à contratação, especialmente para a fixação da taxa do prêmio, devendo, nessas negociações preliminares, atuar com lealdade, pois, em suma, essas informações são indispensáveis para a correta avaliação do risco, fixação do prêmio e do capital segurado. Mas, qualquer que seja a forma das tratativas preliminares, proposta do Estipulante ou carta convite da Seguradora, é o Estipulante quem celebra o contrato-mestre, ao qual poderão ser incluídos ou aderir os membros do grupo segurável. (...)

Com efeito, o Estipulante é o representante legal dos Segurados, por força do disposto no §2º, do art. 21, do Decreto-Lei 73/66. O artigo em comento, ao dizer, em seu § 1º, que o “Estipulante não representa o Segurador perante o grupo segurado”, manteve a vigência do estatuído no Decreto-Lei 73/66, ou seja, reconhece a condição do Estipulante de representante dos Segurados perante a Seguradora, mas vai mais longe o texto.

O contrato de seguro de vida em grupo, portanto, é um contrato plurilateral formado, em um primeiro momento, pelo aceite da proposta-mestra, negócio que envolve,

²¹ TZIRULNIK, Ernesto et al. O Contrato de Seguro de Acordo com o Código Civil Brasileiro. São Paulo: IBDS/Roncarati, 2017, p 296 et seq.

²² *Tratado del Contrato de Seguro*, T.II. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2019, p.1.717.

²³ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio; PIMENTEL, Ayrton. O Contrato de Seguro de acordo com o Código Civil Brasileiro. IBDS/Roncarati, 3ª ed., 2016, p. 307.

exclusivamente, o Segurador e Estipulante, mas cuja plena eficácia fica condicionada a um segundo momento, quando os Segurados aderem a apólice, seja por instrumento individual próprio, seja por relação fornecida pelo Estipulante.

2.5 O Seguro de Vida em Grupo Não-Contributário

Diz-se que o seguro de vida em grupo é não-contributário quando os Segurados não contribuem para a formação do prêmio e o custeio do contrato é arcado exclusivamente pelo Estipulante. Nesta modalidade contratual, a atuação do Estipulante da apólice assemelha-se ao instituto de Direito Civil conhecido como Estipulação em Favor de Terceiros, disciplinado no Código Civil Brasileiro nos artigos 436 a 438. A semelhança se dá por se tratar de uma liberalidade, isto é, atribuição patrimonial gratuita em que os Segurados favorecidos não participam da formação do contrato, não sendo sequer necessário o seu consentimento²⁴.

Exceção fica por conta das contratações oriundas de convenções coletivas de trabalho, ou mesmo de imposição legal – seguros obrigatórios. Nestes casos, não será possível a caracterização como Estipulação em Favor de Terceiro por faltar o elemento essencial da liberalidade – o que descaracteriza o instituto²⁵.

Por outro lado, não se deve confundir o seguro de vida em grupo não-contributário com o “seguro sobre a vida de outros” previstas no art. 790 do Código, pois, nesta espécie, “o Segurado contrata em seu próprio proveito e a morte da pessoa segura é que lhe causa um prejuízo econômico” e, por conseguinte, “coincidem em uma mesma pessoa as figuras do Segurado, do contratante e do beneficiário”²⁶. Já na modalidade grupal, o contrato é celebrado no interesse e em favor dos Segurados, conforme pontua Abel Veiga Copo²⁷:

Indubitadamente el seguro de grupo es un contrato que se celebra en interés y a favor de un tercero. El tomador actúa en nombre propio, pero contrata o estipula el seguro en interés de quiénes integran el grupo.

No Código Civil brasileiro, o instituto que mais se aproxima é do seguro à conta de outrem previsto no art. 767 e que legitima o Segurador a opor contra os Segurados as defesas e exceções que tenha contra o Estipulante, inclusive no que toca ao pagamento do prêmio.

²⁴ PIMENTEL, Ayrton. *Beneficiários no Seguro de Vida*. São Paulo: IBDS/Roncarati, 2016, p. 96.

²⁵ *Id.*, p. 97.

²⁶ *Id.*, p. 77.

²⁷ COPO, Abel Veiga. *Tratado del Contrato de Seguro*, T.II. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2019, p.1.723.

Nesta espécie, o Segurado “não é parte no contrato e dele não participa diretamente”²⁸, sendo todas as obrigações contratuais de encargo do Estipulante.

3. O DIREITO DO CONSUMIDOR

3.1 Fundamentos Constitucionais da Defesa do Consumidor

A Constituição de 1988 é desfecho exitoso da transição de um Estado autoritário, intolerante e frequentemente violento para a institucionalização de um Estado Democrático de Direito²⁹. Essa nova ordem jurídica tem seu centro axiológico na dignidade da pessoa humana, estabelecido como fundamento da República no art. 1º, III, ou seja, como um “valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito”³⁰. E cite-se, ainda, o art. 3º da Carta, que estipula uma “sociedade livre, justa e solidária” como um dos objetivos da República.

Assim, a dignidade da pessoa humana é o valor central de onde se irradiam não só os direitos fundamentais³¹ (e aí se insere o Direito do Consumidor – art. 5º, XXXII), como também o fundamento da atividade estatal e a própria razão de ser do Estado³². Como corolário lógico, a dignidade também será o fim da ordem econômica³³, de sorte que, no seu Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira”, a Constituição estabeleceu já no seu artigo inaugural (art. 170) que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existências dignas, conforme os ditames da justiça social”, e o inciso V, estabeleceu como princípio a “defesa do consumidor”.

Neste passo, a ordem econômica na Constituição visa a um objetivo específico e, para alcançá-lo, foi feita “a opção por um sistema econômico, o sistema capitalista”³⁴. O sistema capitalista não é um fim em si mesmo, mas um meio – o meio constitucionalmente eleito como o mais apto a gerar riqueza, prosperidade e bem-estar geral. Para esse sistema

²⁸ PIMENTEL, Ayrton. *Beneficiários no Seguro de Vida*. São Paulo: IBDS/Roncarati, 2016, p. 82.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A Constituição Brasileira de 1988: Uma Introdução*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al (Coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. T. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p.18.

³⁰ SILVA, José Afonso da. *A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, p. 92, abr./jun. de 1998.

³¹ TAVARES, André Ramos. *Princípios Constitucionais*. In MARTINS, Ives Gandra da Silva et al (Coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. T. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p.480.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 112-113.

³³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 179.

³⁴ *Ibid.*, p. 273.

funcionar, é indispensável segurança, previsibilidade e credibilidade de seus institutos, entre eles o contrato. Neste sentido, afirma Humberto Theodor Jr³⁵ .:

“No plano econômico, é impensável a circulação de riquezas, dentro do Estado de Direito, se o contrato não puder proporcionar segurança e estabilidade aos respectivos contratantes. É que o patrimônio e os projetos individuais não podem ficar aos azares da incerteza e fragilidade de um contrato desprovido de sua básica função, qual seja, a de outorgar segurança jurídica às partes interessadas.”

Por outro lado, a Constituição adotou a premissa de que, no sistema capitalista, o mercado não apresenta, em si mesmo, mecanismos para superar a vulnerabilidade do consumidor, nem mesmo de lha mitigar³⁶ – daí a necessidade de proteção. Assim, seguindo os comandos constitucionais já vistos, o CDC tem por objeto regulamentar a relação de consumo, como uma limitação à liberdade privada e como forma de alcançar os elevados fins sociais ambicionados pela Carta, protegendo o elo mais fraco da cadeia.

3.2. A Relação de Consumo

A relação de consumo pode ser definida como sendo a relação jurídica entre um fornecedor e um consumidor para comercialização de um produto ou um serviço mediante remuneração³⁷. O Código apresenta quatro definições de consumidor³⁸, sendo a principal, e a que interessa aqui, a que o define como destinatário final da aquisição ou utilização do produto ou serviço.

Daí já se vê que nem sempre o contrato de seguro estará sob a incidência do CDC, como ocorre quando o seguro funciona como um insumo da atividade empresarial. A inaplicabilidade do CDC para estes casos ficou reforçada após a edição do novo Código Civil, já que ele abraça a mesma base principiológica do diploma consumerista, trazendo, para os negócios interempresariais, os institutos da boa-fé objetiva, excessiva onerosidade, lesão etc.³⁹. Por outro lado, o seguro de vida, salvo quando parte integrante de uma relação empresarial mais extensa, usualmente se caracteriza como negócio consumerista.

³⁵ *Direitos do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 13.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Introdução*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 6.

³⁷ NERY Jr., Nelson. *Da Proteção Contratual*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 441.

³⁸ Arts. 2º, *caput*; art. 2º, parágrafo único; art. 17 e art. 29.

³⁹ MARQUES, Claudia Lima *et al.* *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74 – Aspectos Materiais*. São Paulo: RT, 2003, p.45.

Por ser uma lei principiológica⁴⁰, o Código de Defesa do Consumidor permeia a hermenêutica e aplicação do direito nas relações de consumo, seja através do estabelecimento de valores, preceitos gerais, cânones de interpretação, ou mesmo, deveres anexos. Dentre estes, se destaca o dever de proceder segundo a boa-fé objetiva, isto é, de ter uma conduta “refletida”, “pensando no outro”, “cooperando para atingir o bom fim das obrigações”⁴¹.

Especificamente, na proteção contratual, e, em especial, no que tange ao contrato de seguro, avultam dois pontos: a proteção contra cláusulas abusivas e direito à informação (prévia, adequada, clara, completa). Na experiência forense, as lides securitárias giram basicamente nesses dois eixos.

3.3. Dispensa do Dever de Informação pelo Segurador no Vida em Grupo

O dever prévio de informação aos Segurados no Seguro de Vida em Grupo, porém, esbarra em uma impossibilidade prática; como observa Bruno Miragem, em Parecer adotado pelo Superior Tribunal de Justiça ao decidir o tema, o Segurador ignora quem são os integrantes do grupo segurável na fase pré-contratual⁴²:

“Como regra, não intervém o Segurador nesta fase, ou porque não deve, ou porque não pode. As informações sobre o grupo segurável, como regra as detém o Estipulante em razão de relação jurídica anterior e independente daquela que resulta do seguro coletivo. Na situação comum, elege e identifica os membros do grupo segurável ou porque são seus empregados, ou porque são seus associados, e em razão deste vínculo é que detém informações sobre eles. Não é praxe que torne estas informações disponíveis ao Segurador antes da adesão, seja por falta de interesse em repassá-las, seja por eventuais limites relacionados à finalidade de sua utilização, conforme a disciplina de proteção dos dados pessoais e da privacidade dos envolvidos.”

Daí concluir o doutrinador que⁴³:

“No seguro de vida coletivo ou de grupo, o dever de informar do Segurador dirige-se ao Estipulante do contrato, que é quem celebra o contrato tomando em consideração seus elementos característicos (valor do prêmio, conteúdo e extensão da garantia, cláusulas de limitação ou restrição de cobertura, dentre outros).”

⁴⁰ NERY Jr., Nelson. *Da Proteção Contratual*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 442.

⁴¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1998, p. 106-107.

⁴² Parecer no REsp 1850961/SC, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª T, julgado em 15/06/2021, DJe 31/08/2021, e-STJ Fl.616.

⁴³ *Id.*, e-STJ Fl.609.

Seguindo essa linha, ambas as Turmas de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça firmaram posição de que o Segurador está dispensado do dever previsto no Código de Defesa do Consumidor de informar previamente os Segurados dos termos do contrato no Seguro de Vida em Grupo. Da Quarta Turma:⁴⁴

“O dever de informação, na fase pré-contratual, é satisfeito durante as tratativas entre Seguradora e Estipulante, culminando com a celebração da apólice coletiva que estabelece as condições gerais e especiais e cláusulas limitativas e excludentes de riscos. Na fase de execução do contrato, o dever de informação, que deve ser prévio à adesão de cada empregado ou associado, cabe ao Estipulante, único sujeito do contrato que tem vínculo anterior com os componentes do grupo segurável. A Seguradora, na fase prévia à adesão individual, momento em que devem ser fornecidas as informações ao consumidor, sequer tem conhecimento da identidade dos interessados que irão aderir à apólice coletiva cujos termos já foram negociados entre ela e o Estipulante.”

E da Terceira Turma:⁴⁵

“Em conclusão, no contrato de seguro coletivo em grupo cabe exclusivamente ao Estipulante, e não à Seguradora, o dever de fornecer ao Segurado (seu representado) ampla e prévia informação a respeito dos contornos contratuais, no que se inserem, em especial, as cláusulas restritivas.”

A construção jurisprudencial da dispensa do Segurador do dever de informação prévia aos Segurados no seguro de vida em grupo não constitui singularidade do Direito brasileiro. Na França, ganhou *status* legal para as apólices coletivas estipuladas por instituições financeiras, elegendo-se como responsável o Banco/Estipulante⁴⁶:

“C’est ainsi que le devoir d’information incombant à l’établissement de crédit, et non pas à l’assureur, prend corps dès la phase précontractuelle lorsqu’il propose à l’emprunteur d’adhérer à un contrat d’assurance de groupe qu’il a lui-même souscrit.”

Frise-se, em todo caso, que não se trata de subtrair, do consumidor, o direito à informação, mas de alterar o titular do dever de lhe prestar, movendo-se do Segurador para o Estipulante.

⁴⁴ REsp 1850961/SC, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª T, julgado em 15/06/2021, DJe 31/08/2021.

⁴⁵ (REsp 1825716/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020)

⁴⁶ BONNARD, Jérôme. Droit des Assurances. Paris : LexisNexis, 2012, p. 356.

4. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O SEGURO EM GRUPO NÃO-CONTRIBUTÁRIO

O ponto nodal para o exame da aplicabilidade do Código do Consumidor às relações individuais entre os Segurados e a Seguradora nas apólices coletivas não-contributárias está em determinar se tal contratação se caracteriza como relação de consumo à luz do art. 3º da Codificação:

§ 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.

De acordo com a letra da lei, é elemento essencial para a caracterização da relação de consumo a existência de remuneração. Por conseguinte, nos seguros de vida em grupo não-contributários, o vínculo dos Segurados com a Seguradora não se caracteriza como relação de consumo por carecer do requisito da remuneração. Como, *in casu*, o prêmio é suportando integralmente pelo Estipulante, e os Segurados nada despendem, não se faz presente a prestação de serviço “mediante remuneração” e, conseqüentemente, a relação entre Segurado e Segurador não possui os elementos definidores da relação de consumo.

Destarte, na espécie contratual em exame, os Segurados não podem invocar o Código de Defesa do Consumidor contra a Seguradora para exigir o direito à informação prévia (o que já é comum a todos os seguros coletivos,), nem a revisão de cláusulas abusivas. Não haverá abusividade das disposições contratuais, pois elas não serão excessivamente onerosas, nem colocarão o Segurado em posição de desvantagem exagerada, nem, tampouco, de qualquer forma, iníquas, pois não pode haver onerosidade excessiva, desvantagem ou iniquidade quando uma das partes nada paga pelo serviço. Da mesma forma, outras proteções contratuais, como a clareza das cláusulas, ou o destaque das condições restritivas, também não se aplicam à espécie, já que os Segurados nem sequer participam da contratação.

Por outro lado, é preciso atentar para os casos em que há uma remuneração oculta, ou indireta, como adverte Cláudia Lima Marques *et al.*⁴⁷:

“A expressão utilizada pelo art. 3º do CDC para incluir todos os serviços de consumo é ‘mediante remuneração’. O que significa esta troca entre a tradicional classificação dos negócios como ‘onerosos’ e gratuitos por remunerados e não-remunerados? Parece-me que a opção pela expressão ‘remunerado’ significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) ou quando ele paga

⁴⁷ *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74 – Aspectos Materiais. São Paulo: RT, 2003, p.94.*

indiretamente o ‘benefício gratuito’ que está recebendo. A expressão ‘remuneração’ permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida), uma remuneração indireta do serviço de consumo.”

Em relação ao Seguro de Vida em Grupo não-contributário poder-se-ia arguir que, nas apólices estipuladas pelo empregador, haveria uma remuneração indireta, pois, embora o valor do prêmio seja pago pelo empregador, trata-se de uma contraprestação pelo trabalho do empregado. A força de trabalho do empregado, neste caso, estaria sendo remunerada também através do prêmio suportado pelo empregador. Deste modo, seja o seguro contributário, ou não, a origem dos recursos estaria sempre no Segurado, conforme percebido pela doutrina norte-americana⁴⁸:

[...]viewed realistically either type of group insurance plan involves a contribution by the employee because the employer’s contribution – whether it is the total premium or only part of it – is made as part of the total compensation which is being paid for the services of the employee.

Porém, se o seguro em grupo não-contributário estipulado pelo empregador for considerado como remunerado indiretamente pelo Segurado, então o pagamento do prêmio consistirá em uma parcela remuneratória, parte integrante dos vencimentos, e permeada de natureza trabalhista. Por conseguinte, também não será possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, já que o art. 3º, § 2º descaracteriza tais relações como sendo de consumo (“...salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista).

Como fica, porém, o caso dos seguros coletivos não-contributários estipulados por uma associação, em que o Segurado paga uma mensalidade à associação? Nestes casos, não há a contribuição direta do prêmio por parte dos Segurados, que tão-somente suportam os custos de existência e manutenção da entidade associativa; mas, considerando que ela se utiliza dos recursos alcançados pelos associados para a contratação de uma apólice em grupo, poder-se-ia considerar a existência de uma remuneração indireta apta a caracterizar relação de consumo?

A nosso ver, a resposta é negativa, pois a natureza indireta do vínculo é muito tênue, assim como tênue também é a posição de vulnerabilidade do Segurado. No seguro estipulado pelo empregador, a relação indireta está muito mais bem caracterizada, já que o seguro é contraparte do trabalho prestado, está sendo adquirido mediante a uma expropriação

⁴⁸ KEETON, Robert E.; WIDISS, Alan I.. *Insurance Law: A Guide to Fundamental Principles, Legal Doctrines and Commercial Practices*. Saint Paul: West Group, 1988, p. 110.

compulsória da força de trabalho do empregado. E aqui se caracteriza também a vulnerabilidade: sendo parte da retribuição do trabalho, o empregado se vê na contingência de aceitar a pactuação securitária, ou ter o respectivo decréscimo patrimonial.

Porém, no caso da estipulação por associação, não há ingresso compulsório: o Segurado não é obrigado a integrar a associação e esta não é obrigada a contratar seguro. O pagamento da mensalidade à associação, ainda que seja para subsidiar, em parte, o prêmio da apólice, não estabelece uma ligação com a Seguradora senão remota, já que o valor ingressa no patrimônio da associação, que passa a geri-lo em nome próprio e sem destinação compulsória ao seguro, exceto se assim decidido pela própria coletividade de associados; cada integrante da associação – possível Segurado – participa diretamente da sua gestão através da assembleia geral.

Voltando aos fundamentos constitucionais do Direito do Consumidor, sua razão de ser está em proteger a parte fraca da submissão ao arbítrio, cuja exploração os mecanismos de mercado não são eficientes para obstar, como ilustra o escólio de José Lopes de Oliveira:⁴⁹

É frequentemente sob o império da necessidade que o indivíduo contrata; daí ceder facilmente ante a pressão das circunstâncias; premido pelas dificuldades do momento, o economicamente mais fraco cede sempre às exigências do economicamente mais forte; e transforma em tirania a liberdade, que será de um só dos contratantes; tanto se abusou dessa liberdade durante o liberalismo econômico, que não tardou a reação, criando-se normas tendentes a limitá-las; e, assim, surgiu um sistema de leis e garantias, visando a impedir a exploração do mais fraco.

Não parece estar presente esta vulnerabilidade no seguro de vida em grupo não-contributário, em que uma associação pode negociar com o Segurador a cobertura para um grupo de dezenas, centenas, ou milhares de associados e decide *sponte sua*, ofertar o seguro da forma não contributária. Outro ponto é que o fato de os Segurados nada desembolsarem a título de contribuição para o prêmio descaracteriza a relação de consumo, pois o Código adotou um conceito *econômico* de consumidor e não sociológico, como explica José Geraldo Brito Filomeno⁵⁰:

Consoante já salientado, o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter *econômico*, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age

⁴⁹ Apud FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições Gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al.. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 25.

⁵⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições Gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al.. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 26-27 e 28.

com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.

Assim, procurou-se abstrair de tal conceituação componentes de natureza *sociológica* – “consumidor” é qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços e pertence a uma determinada categoria ou classe social – ou então *psicológica* – aqui encarando-se o “consumidor” como o indivíduo sobre o qual se estudam as reações a fim de se individualizarem os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo. (...)

“Abstraídas todas as conotações de ordem filosófica, psicológica ou outras, entendemos por “consumidor” qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio, ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço.

Desta forma, o Segurado, nas apólices grupais não-contributárias estipuladas por associação, não exerce o papel de contratante e não se qualifica como consumidor.

Naturalmente, podem ser excetuadas as apólices estipuladas pelo “falso Estipulante”, em que não há uma associação verdadeira, mas apenas uma forma de congregar artificialmente os indivíduos para justificar a estruturação do seguro como coletivo. Nestas hipóteses, em que não há um verdadeiro seguro em grupo, e o valor da contribuição associativa reverte integralmente à formação do prêmio, fica fácil caracterizar a contratação como meramente intermediada por um terceiro cognominado “Estipulante” e o Código de Defesa do Consumidor possui aplicabilidade plena.

Pode ainda despertar dúvidas o caso dos seguros à conta de quem pertencer, modalidade de seguro à conta de outrem. Um exemplo pode ser um seguro de acidentes pessoais contratado pela administradora de um parque para a proteção daqueles que compram o ingresso para visitação. O seguro é integralmente suportado pela Administradora, embora com recursos dos ingressantes. No caso de a apólice excluir da cobertura menores de 18 anos, aquele menor que pagou o ingresso no mesmo valor dos demais e sofreu um acidente dentro do parque, ficando inválido, poderá arguir a abusividade da exclusão de sua faixa etária e demandar para si a cobertura de Invalidez Permanente por Acidente?

Esta espécie aproxima-se ainda mais da Estipula o em Favor de Terceiro, prevista nos arts. 436 a 438 do Código Civil; daí ensejar a aplica o do parágrafo único do art. 436, o qual determina que Segurado está “sujeito às condi es e normas do contrato, se a ele anuir”. Valem aqui também para o Segurado da cobertura de invalidez, as palavras de Ayrton Pimentel acerca do benefici rio⁵¹: “E, sobre esse contrato, o beneficiário não tem qualquer

⁵¹ *Op. Cit.*, p. 78.

influência, deverá recebê-lo tal qual foi composto pelo Estipulante e Segurador. Cabe-lhe aceitar ou recusar, após a morte do Segurado.”

Com base nestes fundamentos doutrinários, conclui-se que aqui também não há lugar para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Defesa do Consumidor cumpre singular e insubstituível papel social na regulação das relações de consumo. Os valores constitucionais em que se acha fundado e o lauto fim a que se destina, de combate ao arbítrio, à exploração e à desigualdade fazem com que se deva buscar a sua aplicação da forma mais abrangente possível. Devem ser respeitados, todavia, os conceitos fixados no próprio Código acerca da conceituação de fornecedor, consumidor e relação de consumo, bem como o caráter de critério econômico por ele adotado.

Estas limitações fazem com que a norma consumerista não seja automaticamente aplicável a todas as relações securitárias, possuindo especial peculiaridade a espécie contratual ora examinada. Com efeito, o Contrato de Seguro de Vida em Grupo não-contributário constitui espécie contratual de grande complexidade e ampla gama de particularidades, aproximando-se da Estipulação em Favor de Terceiro e do Seguro à Conta de Outrem. Tal riqueza jurídica permitiria o desenvolvimento do tema em obra de grande vulto, que refoge ao modesto objetivo deste artigo.

Dentro da abordagem perfunctória realizada, pôde-se alcançar quatro conclusões, que, certamente, demandam maior debate e suscitam a possibilidade de diversas objeções válidas. Ainda que provisórias, as conclusões foram: a) o Código de Defesa do Consumidor não se aplica ao seguro de vida em grupo não contributário estipulado pelo empregador; b) igualmente, não se aplica no caso de a estipulação se dar por associação, a menos que seja por “falso” Estipulante, cujo único vínculo com o grupo seja o próprio contrato de seguro; c) igualmente, inaplicável será aos seguros a conta de quem corresponder.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *A Constituição Brasileira de 1988: Uma Introdução*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al* (Coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. T. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

- BIGOT, Jean et al. *Traité de Droit des Assurances, t. 4: Les Assurances des Personnes*. Paris: LGDJ, 2007.
- BONNARD, Jérôme. *Droit des Assurances*. Paris : LexisNexis, 2012.
- BRAGA, Francisco de Assis Braga. *Bases Técnicas da Empresa Securitária*. In: AAVV. *Seguros, uma Questão Atual*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- CALMON DE PASSOS, J.J. *O Risco na Sociedade Moderna e seus Reflexos na teoria da responsabilidade Civil e na natureza Jurídica do Contrato de Seguro*. In: AAVV. *I Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- CAMPOY, Adilson. *Contrato de Seguro de Vida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- COPO, Abel Veiga. *Tratado del Contrato de Seguro, T.II*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2019.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al.. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- KEETON, Robert E.; WIDISS, Alan I.. *Insurance Law: A Guide to Fundamental Principles, Legal Doctrines and Commercial Practices*. Saint Paul: West Group, 1988.
- MACLEAN, Joseph B. *Life Insurance*. New York: McGraw-Hil Book Company, 1935.
- MARQUES, Claudia Lima et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74 – Aspectos Materiais*. São Paulo: RT, 2003.
- MIRAGEM, Bruno. *Parecer no REsp 1850961/SC*, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª T, julgado em 15/06/2021, DJe 31/08/2021, e-STJ Fl.616.
- PIMENTEL, Ayrton. *Beneficiários no Seguro de Vida*. São Paulo: IBDS/Roncarati, 2016.
- RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Direito de Seguros*. São Paulo: Atlas, 2006.
- SARLET, Ingo et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TAVARES, André Ramos. *Princípios Constitucionais*. In MARTINS, Ives Gandra da Silva et al (Coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. T. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.
- THEODORO JR., Humberto. *Direitos do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- TZIRULNIK, Ernesto et al. *O Contrato de Seguro de Acordo com o Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Roncarati/IBDS, 2017.

O DEVER COMPARTILHADO DE PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E ELEMENTOS DO CONTRATO DE SEGURO

Marcelo Dias Camargo¹

Resumo: O artigo presente tem como objetivo demonstrar a necessidade de reforço dos institutos basilares do contrato de seguro, por uma perspectiva de prevalência indissociável da mutualidade e do interesse segurável, para efeitos de se evitar a descaracterização do contrato quando interpretado em favor do consumidor. Reafirma a necessária proteção ao consumidor, a partir das formas legislativas eleitas no Brasil e Espanha, e demonstra a existência, mesmo na legislação de proteção, de orientação a permitir uma aplicação simultânea destes institutos como salvaguarda da própria relação de consumo. Ao final, propõe a necessidade de implantação de um sistema de interpretação e aplicação das normas com vistas a exigir um dever de maior envolvimento do indivíduo, como dever próprio colaborativo e compartilhado, de proteção dos institutos do contrato de seguro, no que seria a extrema boa-fé, como forma de mitigar um dano sistêmico, dentro da nova perspectiva do dano.

Palavras-chave: Seguro. Consumidor. Dano. Risco. Interesse.

1 - INTRODUÇÃO

O consumidor evoluiu desde a observância da necessidade de sua proteção, que se deu em arcabouços legislativos de valoração individualista. As normas para sua proteção podem e devem ser aplicadas em consonância com as demais normas existentes e que, tal como no contrato de seguro, expressam a própria natureza jurídica complexa do contrato².

Como equilibrar contrato de seguro e proteção do consumidor, especialmente quanto ao dever de informação, em um mundo cada vez mais dinâmico, em que a contratação de apólices complexas por natureza, se dará por aplicativos móveis em menos de um minuto? O imediatismo do mundo atual e das futuras gerações é condizente com a atual sistemática de interpretação judicial do contrato de seguro em relação ao consumidor? A positivação legislativa é a solução?

¹ Pós-graduado no MBA de Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, pós-graduado e especialista em Direito do Seguro pela Universidade de Salamanca (Espanha). Advogado militante.

² Veiga Copo, Abel. El seguro. Hacia una reconfiguración del contrato. 1ª ed., 2018, pag. 20: “Ponderar riesgos, calibrarlos, mensurarlos responde y debe responder a un implícito principio de proporcionalidad, de equilibrio, de equidad en las relaciones prestacionales entre las partes. Y ello implica además conocimiento, valoración y evaluación de ese conocimiento, como la consciencia de las interferencias que, en suma, generan las informaciones asimétricas. Engarzable esto último sin duda en una realidad constable, la asimetría informativa o ausencia de una perfecta información también en el seguro, e indudablemente, en su nervio axial, el riesgo. Buscar o calibrar incentivos que erradiquen o minimicen esta asimetría no se antoja una tarea cómoda ni fácil tampoco.”

Novas necessidades nascem, no sentido de que devem ser reforçados os mecanismos de valoração dos elementos do contrato e princípios específicos do seguro, como a boa-fé³, o que seria a chamada extrema boa-fé, e dentro desta, o dever coletivo de um novo comportamento do indivíduo, dever de se interessar, de participar, com vistas à proteção colaborativa do sistema, que em última análise, se confunde com o conceito de mutualidade. Prova disso é a nova perspectiva do dano, em que o foco passa a ser a coletividade e não apenas o indivíduo, ou seja, a necessidade de um novo comportamento mais comprometido como forma de proteção coletiva a evitar o dano sistêmico de todo um mercado.

Há, historicamente, uma incompreensão do contrato e sua natureza, de seus elementos preponderantes como o interesse, a mutualidade, e o risco. Se bem compreendida a dinâmica de funcionamento dos elementos que dão sustento à natureza do contrato, mesmo diante de uma eventual falha do dever de informação da Seguradora – um dos problemas atuais de grande impacto nos Tribunais – não poderia acarretar o pagamento da indenização securitária. E, em perspectiva para o futuro, caberia saber se, mesmo diante de uma informação inexata ou falha, procurou o consumidor se inteirar minimamente do contrato, ou seja, adotou ele alguma atitude que demonstre ter exercido o dever de se envolver mais, de participar mais? Ler as regras antes de assinar um contrato faz parte do exercício da cidadania, pois em determinadas circunstâncias o consumidor *é parte vulnerável*, mas em outras, *quis ser* parte vulnerável, operou de forma ativa ou passiva para se manter a margem das informações contratuais.

Nasce então uma nova exigência; a de uma participação maior do indivíduo, em prol da coletividade, em prol de se evitar o dano em sentido amplo. É o novo consumidor e uma necessária obrigação de maior envolvimento e interesse individual, porque só assim a coletividade se fortalece, se protege, e ganha. É o exercício do próprio conceito de mutualismo⁴ que permeia o contrato de seguro. Ao consumidor do século XXI não é mais dado o direito de se abster, de contratar desinteressado, pois se assim fizer, estará invariavelmente prejudicando toda a coletividade, como acontece com a mutualidade de segurados quando um indivíduo que não teria cobertura para aquele sinistro recebe a indenização securitária como consequência da falha do dever de informação da seguradora. Não haveria uma forma mais justa e razoável de reparar o dano pela falta de informação adequada? Quem é a vítima neste contexto, o segurado individual, a mutualidade, ou o mercado consumidor? É neste cenário que surge a necessidade de um maior equilíbrio contratual, em face da natureza própria do seguro – e é daí que parte o presente ensaio.

³ Polido, Walter A. Contrato de Seguro: novos paradigmas, 1ª Ed., 2010, pag 98: “O indivíduo não tem escolha e também não lhe será desculpada a omissão concernente, ainda que alegue desconhecimento de fato ou ignorância.”

⁴ Polido, Walter A. Contrato de Seguro: novos paradigmas, 1ª Ed., 2010, pag 96: “O mutualismo inerente fundamenta até mesmo vários outros tipos de associações humanas, em razão de sua natureza protetiva e do barateamento geral dos custos.”

2 - A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR DE SEGURO SOB A NOVA PERSPECTIVA DO DANO

2.1 – O consumidor – Necessidade de sua proteção no Brasil

A proteção do consumidor surgiu como uma forma de reequilibrar a relação contratual, especialmente a partir de meados do século XX, como resposta ao liberalismo contratual verificado a partir da Revolução Francesa. Segundo Walter Polido, em apanhado histórico, refere que a Revolução Burguesa *“privilegiou o liberalismo e estabeleceu pouco mais tarde, no Código Napoleão (1804), a liberdade contratual. De cunho patrimonialista acentuado, o contratante mais fragilizado na relação ficou a mercê do contratante mais forte, sem muita margem de defesa em caso de conflitos supervenientes. Esse paradigma prevaleceu em todos os ordenamentos da família romano-germânica, notadamente na América Latina, em razão da colonização europeia”*⁵.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, no Art. 48 do ADCT (Ato Das Disposições Constitucionais Transitórias), estabeleceu a determinação da elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, sendo que o art. 5º, inciso XXXII, concedeu a esta proteção o *status* de direito fundamental. Surge então em 1990, a Lei 8.078/90, denominado Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de esforço legislativo de grande sucesso, e que se tornou modelo na América Latina, nas palavras de Claudia Lima Marques, citando relato de doutrinadores como Gabriel Stiglitz, e Jean Michel Arrighi.⁶ Portanto, no Brasil, a proteção ao consumidor encontra amparo na Constituição e na Legislação infraconstitucional.

2.2 – Da Política Nacional das Relações de Consumo conforme o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro – Princípio da harmonização dos interesses dos participantes e de fomento educativo com vistas a melhoria das relações e do mercado de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor nasceu com nítido propósito de proteger individualmente o consumidor⁷, ou seja, concentra-se no sujeito de direitos, visa proteger *este* sujeito, de modo tal que apresenta, como principiologia, o método de assegurar direitos aos consumidores e impor deveres aos fornecedores⁸.

Mas também, e parece pouco perceptível ou demasiadamente relativizado, quis o legislador positivar no código a Política Nacional de Relação de Consumo, que veio a ser positivada expressamente no art. 4º, chegando a estabelecê-la como interesse do Estado Brasileiro em seu inciso III. De nada adianta a aplicação das normas exclusivamente sob a

⁵ Polido, Walter A. Contrato de Seguro: novos paradigmas, 1ª Ed., 2010, pag 67.

⁶ Marques, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 1ª Edição, 2003, pag. 23.

⁷ Marques, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 1ª Edição, 2003, pag. 54.

⁸ Marques, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 1ª Edição, 2003, pag. 112.

ótica do consumidor individual, senão a partir de uma percepção detalhista de qual a violação específica sofreu este ou aquele determinado consumidor, já que norma voltada à proteção do indivíduo. Entender como violado determinado dever de informação, de forma genérica, é sobremaneira temerário, pois para um consumidor de elevado grau intelectual e econômico, certamente a capacidade de compreensão de alguma complexidade clausular é diferente da capacidade de compreensão de outro consumidor efetivamente vulnerável, de baixa escolaridade, as vezes não alfabetizado. A forma pela qual uma cláusula impacta na compreensão individual de cada consumidor é chave para a aplicação da norma protetiva.

Não se está aqui querendo de forma alguma retroceder na proteção do consumidor, pois a necessidade de proteção é legítima, fazendo parte da evolução do bem estar social; o que se está propondo é a verificação de que o sistema jurídico, inclusive o Código de Proteção, estabelece em meio às políticas da relação de consumo, não só o reconhecimento da vulnerabilidade e necessidade de proteção⁹, mas também a necessidade de compatibilização desta proteção com o desenvolvimento econômico e tecnológico, e ainda, a educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo¹⁰.

Se é admitida a melhoria deste mercado, certamente estamos diante de um sistema protetivo que admite a existência de um mercado evolutivo, dinâmico, em transformação constante. Não é diferente quanto ao mercado consumidor de seguros.

2.3 – O consumidor de seguros

O que quer o consumidor de seguro? Seja ele pessoa física ou jurídica, o adquirente de um seguro quer, a rigor, transferir, total ou parcialmente, os efeitos econômicos de um risco caso concretizado. Quer ele, também, garantir o recebimento de uma indenização quando implementado o risco, ou seja, quando ocorrer um dano¹¹.

Entretanto, alerta Stiglitz¹² que, para se chegar a uma definição sobre a operação jurídico-econômica denominada “contrato de seguro”, é necessária, previamente, atenção às questões técnicas, justamente porque a operação de assegurar é altamente complexa, de modo que apenas a técnica jurídica, financeira e atuarial, não é capaz de dar vida e

⁹ Art. 4º, inciso I, da Lei 8.078/90 (CDC): I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

¹⁰ Art. 4º, inciso IV, da Lei 8.078/90 (CDC): IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

¹¹ Veiga Copo, Abel. El seguro. Hacia una reconfiguración del contrato. 1ª ed., 2018, pag. 43..

¹² Stiglitz, Rubén S. Derecho de Seguros, 3ª ed. Vol I, 1998, pag. 27.

desenvolvimento a tal operação. O contrato de seguro só é compreendido se analisado em um contexto mais amplo do que um simples “*intercambio entre una prestación a cargo de una empresa (asegurador), contra el pago de un premio a cargo del um tomador, para el supuesto de la efectiva realización de um riesgo*”. A complexidade exige a observância de uma série de critérios técnicos.

O que ocorre é um descompasso entre a pretensão do consumidor do seguro, aquele que simplesmente quer estar protegido contra sinistros, e a alta complexidade da operação de assegurar um risco. Importa dizer ser, aos olhos do consumidor, inclusive aquele de personalidade jurídica, incompreensível o mecanismo do seguro dada a sua natural complexidade. Do ponto de vista do consumidor, há meramente uma expectativa sobre a concretude dos aspectos puramente econômicos decorrentes de um sinistro, e compreender o contrato a partir desta temática meramente econômica é a porta de entrada para o cometimento dos mais variados equívocos. Se, do ponto de vista do consumidor, o que importa é o recebimento de uma indenização (pela implementação do risco ao bem objeto do interesse segurado), certamente é de seu interesse a preservação da solidez econômica e administrativa da empresa seguradora, ou ainda mais amplo, do mercado segurador em geral.

Para alguns autores, o contrato de seguro estabelece, entre segurador e segurado, relações comunitárias e transindividuais¹³, que transcendem a esfera de interesse de um único sujeito, e são indivisíveis, como bem refere Adalberto Pasqualotto¹⁴, que, em seguida, pontua que, nem por isso, existe um direito individual homogêneo dos segurados; estes são individualmente titulares de direito creditório individual frente à seguradora. Será exatamente assim? Será um direito creditório individual frente à seguradora? Ao que parece, tal posição está amparada na centralização do conceito indenizatório do seguro, tal como fazia o anterior art. 1.432 do Código Civil de 1916: “*Art. 1.432. Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato*”. Não é por menos que a redação do atual código é bastante diferente, e excluiu o caráter indenizatório do conceito de contrato de seguro, conforme a seguir: “*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*”.

¹³ Tzirulnik, Ernesto. Regulação de Sinistro, 3ª Ed. 2001, pag. 57.

¹⁴ Pasqualotto, Adalberto. Contratos nominados, III. 1ª ed, 2008, pag. 63.

Resumir o conceito de seguro à simples ideia de prejuízo e indenização é um equívoco; é como se o contrato pudesse ser destinado a garantir a própria coisa e a própria pessoa. Segundo explica Ernesto Tzirulnik *et al.*, utilizando as palavras de Aguiar Junior, “ao substituir a expressão indenização por garantia, o Código Civil sinalizou para a natureza do contrato comutativo.”¹⁵

A antiga conceituação indenizatória do contrato foi corretamente substituída pela teoria do interesse, de modo que, o conceito de interesse segurado passa a ser o centro do contrato, o que salutarmente foi concebido com precisão cirúrgica no art. 757 do Código Civil, sem que isso enfraqueça o princípio indenizatório – pelo contrário, o fortalece. Entretanto, no Brasil, para a solução de controvérsias entre segurados e seguradora, pouco se utiliza do conceito de interesse segurado. E são vários os autores que reconhecem um obscurecimento do conceito do interesse segurado na prática jurídica brasileira, tal como Ernesto Tzirulnik,¹⁶ e Walter Polido¹⁷, por exemplo.

Este último bem pontua o alcance nefasto desta obscuridade, ressaltando que “*não se mostra de boa técnica, que deve ser compreendida e aplicada, o entendimento de que o interesse é ilimitado no contexto do contrato de seguro, e deve, em consequência, abranger toda e qualquer situação de risco, desmedidamente (...). O Brasil não criaria paradigmas tão inovadores a ponto de se distanciar dos demais países do mundo (...). Continua válida e não poderia ser diferente, a cláusula de riscos excluídos pertinente aos diferentes contratos de seguros (...). O interesse segurado não interfere nesse dispositivo, alargando ou diminuindo a sua abrangência, pois que não é esta a inteligência, a utilidade que se tem sobre a expressão utilizada no CC/2002. Há desconhecimento geral sobre a técnica de seguro no Brasil e, no âmbito do Judiciário, teorias e preleções contrárias ao entendimento da boa técnica aplicável aos contratos de seguro podem encontrar acolhida, o que não é recomendável, tampouco positivo para o desenvolvimento do mercado e do próprio país.*” Então, a análise da relação entre segurado e segurador deve partir da correta compreensão, primeiro, do interesse *segurável*, como aquele que o segurado quer ver garantido antes do contrato ser celebrado, e depois, uma vez aceito o risco, do interesse *efetivamente segurado*, e não da perspectiva indenitória do dano depois de ocorrido o sinistro; a prevalecer a análise

¹⁵ Tzirulnik, Ernesto *et al.* O contrato de seguro. 3ª Ed. 2016, pag. 47.

¹⁶ Tzirulnik, Ernesto. O contrato de seguro. 3ª Ed. 2016, pag. 48

¹⁷ Polido, Walter A. Contrato de Seguro: novos paradigmas, 1ª Ed., 2010, pag 111-113.

sob o prisma da indenização, iniciariamos a dissecação do problema pelo fim, pelo sinistro. Esta não é a análise correta.

O que importa é o interesse segurado; qual era este interesse enquanto segurável, de que forma ele se submetia ao risco, e como foi informado o risco pelo tomador ao segurador? A análise deve partir destes pontos, e não, da expectativa de indenização. Iniciar pelo sinistro, pelo fim, importa em inverter a lógica do contrato de seguro, o que se torna um convite ao erro, pois ao intérprete obcecado pela indenização se apresentará a tentação de, quando finalmente analisado o interesse segurado, relativizar o seu limite, ou o estendendo ou o reduzindo, para melhor atender o mero interesse econômico do consumidor. É justamente por isso que o seguro deixou de ser compreendido como contrato aleatório, pois a contraprestação da seguradora está na prestação da garantia do interesse legítimo, e não, no pagamento da indenização. Não é por menos que, regularmente, nos deparamos com soluções que acabam por justificar uma determinação judicial de pagamento da indenização securitária sob o fundamento de ser abusiva uma cláusula que meramente delimitava um risco, ou ainda, ao fundamento de que houve falha do dever de informação. Assim se faz por puro desconhecimento do interesse segurado, conseqüentemente, de seus limites.

É a clássica confusão do interesse segurado com aquele “interesse” que o segurado sempre teve de se ver, ao final, indenizado, e para isso, tudo passa a ser justificável¹⁸. Este é mero interesse econômico. A síntese de tal ponto vem bem esmiuçada por Walter Polido¹⁹, quando refere que *“O mercado segurador funciona qual um sistema integrado e qualquer anomalia repercute no todo, na comunidade segurada, pois que as discrepâncias não podem ser totalmente mensuradas ou mesmo previstas, podendo prejudicar sim o resultado final da operação de forma sistêmica: se houver a subversão de valores técnicos e jurídicos de tal ordem – em proveito de alguns e em detrimento da massa segurada global -, toda a coletividade será prejudicada”*. Neste panorama, o consumidor de seguro tem uma justa expectativa de ser indenizado, mas para tal, deve compreender o sentido de mutualidade, e neste aspecto, cabe aos operadores do sistema preservarem a natureza do contrato. Interessa para o consumidor esta preservação, inclusive porque, só assim, a sua indenização securitária estará garantida ao final, bem como, a possibilidade futura de novamente adquirir outros seguros.

¹⁸ Copo, Abel Veiga. Tratado del Contrato de Seguro, Tomo I, 6ª Ed. 2019, Pag. 1.745.

¹⁹ Polido, Walter A. Contrato de Seguro: novos paradigmas, 1ª Ed., 2010, pag 113.

2.4 - Danos e sua nova perspectiva – Quem é a vítima?

O sistema de proteção ao consumidor, tanto no Brasil como na Espanha, visa a estabelecer e conceituar o que são práticas danosas ao sujeito, portanto, importa em sistemática para reparar danos. No Brasil, o art. 14 do CDC estabelece o dever de indenizar, independentemente de culpa, danos causados por fornecedores de serviços (no que se incluem os seguradores) aos consumidores, especialmente decorrentes de defeitos desta prestação, como *“por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”*²⁰. Trata-se então, de uma responsabilização por danos, ou seja, responsabilidade civil.

Cumprido então analisar a sistemática do dano em sua nova perspectiva, em que importa muito mais evitar o dano do que indenizar o já ocorrido. A preocupação passa a ser com o momento anterior ao dano, de não só remediar e indenizar a vítima, mas sim, uma forma de desenvolvimento de proteção coletiva, do direito comum a não ser vítima.

Assim, o foco desloca do consumidor individual, para a relação de consumo. É este o objeto desta nova proteção, nesta nova perspectiva de se evitar o dano. E tal análise somente é possível a partir da consolidação das regras de proteção ao consumidor, ou seja, o amadurecimento da legislação, especialmente a aplicação maciça do Código de Defesa do Consumidor ao longo destes últimos 29 anos, torna o ambiente comercial atual muito mais justo. Não se admite há anos a violação destes direitos consagrados tal como à completa informação, à transparência da oferta, à nulidade de cláusulas abusivas e iníquas, à devolução do produto defeituoso, bem como, das regras de equilíbrio processual, tal como a inversão do ônus da prova, e a interpretação mais favorável em caso de dubiedade da cláusula. O dano sofrido por um determinado consumidor certamente vai ser indenizado, pois há maturidade jurídica e um amplo sistema de proteção legislativa, bem como, forte afeição do Judiciário pela aplicação das normas de proteção ao consumidor.

Então, é tempo de avançar. A preocupação agora deve deslocar o foco para o que realmente está em perigo, no âmbito do contrato de seguro. O ambiente possibilita e exige um redimensionamento, como consequência lógica e histórica a partir da valorização exacerbada da proteção individual do consumidor, e a partir da natural dificuldade de aplicação equilibrada destes instrumentos de proteção em face da não total compreensão da técnica que permeia a atividade seguradora: aquele que adere a um seguro, deve saber que

²⁰ Art. 14, da Lei 8.078/90 (CDC).

está entrando para uma mutualidade, e que neste sentido, a proteção da coletividade segurada, daqueles que assim como ele querem transferir o risco, é o que mais importa hoje.

Portanto, a vítima em potencial, na perspectiva atual, é o sistema de seguro, o mercado que consome este produto, e é este ente que precisa ser protegido. Não há um sistema legislativo específico que proteja a mutualidade, senão, os princípios e conceitos do contrato. Não é mais suficiente a proteção individual daquele que se vê efetivamente danificado por uma exclusão de cobertura cuja cláusula foi mal informada, mal redigida, descabida. Somente a intensificação dos conceitos próprios do contrato de seguro, poderão perfeitamente identificar o que é falho, e o que é simplesmente técnica securitária complexa; um não pode ser confundido com o outro. A exemplo, a cláusula de rateio em seguro de danos, e sua incompreensível nulidade de parte da jurisprudência nacional.²¹ Veja, não se tolera a referida cláusula, seja sob qual redação for, ainda que sua prática seja resultante de uma técnica atuarial praticada no mercado mundial. Ela é simplesmente incompreendida, e por isso, taxada de cláusula abusiva.

Então, o consumidor que está em um seguro tem o direito de não ser prejudicado pela usurpação do fundo constituído para garantir eventual indenização em caso de sinistro. Se erros forem cometidos, seja no âmbito da regulação de sinistros, seja na lide judicial, importando em pagamentos de indenizações indevidas, desassociadas dos riscos previstos, certamente este segurado poderá sofrer algum tipo de dano no futuro. E este dano não se verifica apenas no risco de não receber uma indenização futura pelo comprometimento financeiro do fundo mútuo, mas também, pelo aumento do prêmio a ser pago em uma renovação do contrato. A aplicação equivocada dos institutos desequilibra de várias formas o sistema, como já visto antes.

O direito dos danos deslocou a sua perspectiva, tirando do centro a vítima, para se preocupar e proteger aqueles que ainda não foram vítimas, com o objetivo primordial de evitar que eles venham a sofrer um dano; o foco passa a ser aqueles que são vítimas em potencial. E existem meios específicos a se evitar a ocorrência do dano, e um deles é a antecipação e a prevenção. Por isso, sob uma nova perspectiva do dano, é necessário o esforço coletivo para uma melhor compreensão do interesse, da mutualidade, e do risco, enquanto elementos indissociáveis e invioláveis do contrato de seguro.

²¹ Apelação Cível, Nº 70076628486, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em: 24-05-2018). <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>

III – O SEGURO E A IMPOSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DA NATUREZA DO CONTRATO

3.1 – Interesse, risco e mutualidade

A doutrina nacional mais especializada pacificou o entendimento de que o seguro nasce a partir da ideia de garantir um interesse, que após a delimitação e aceitação do risco, passa a ser um interesse segurado. Assim Venosa²², Orlando Gomes²³. Também a doutrina estrangeira admite há mais tempo e de forma tranquila o interesse como elemento basilar do contrato, assim Stiglitz²⁴, e Andrea Signorino Barbat.²⁵ Portanto, interesse e risco formam a espinha dorsal do contrato, conforme Abel Veiga Copo define: *“Hoy más que nunca el talón de Aquiles de este contrato es dual, el riesgo y el interés. No puede entenderse el uno sin el otro, sin su compenetración convergente y paralela a la vez. Esa ecuación es capital. Única. Vertebradora. Y a la vez rica y plural”*²⁶. Por esta razão, serão analisados conjuntamente.

A dificuldade de compreensão do conceito de interesse segurado está na utilização, por muito tempo, da teoria indenitária como concepção do seguro, tal como vigorava no antigo Código Civil de 1916. Esta conclusão advém da necessária observação atual de separação do conceito de reparação, como integrante do contrato. Neste sentido, preconiza Abel²⁷: *“El interés en el seguro radica precisamente en que el riesgo no se materialice, es decir, que el siniestro no se produzca, pero el interés no es la indemnización del daño. No es interés en el contrato de seguro el derecho a la indemnización. Esta es, o debe ser, la consecuencia de un interés quebrado, dañado como consecuencia de la realización del riesgo asegurado y delimitado. Como tampoco es o puede reducirse como hemos señalado, a una dimensión única y estricta patrimonial, sino también afectiva, moral.”*

O objeto imediato do contrato é a garantia, e o interesse, o objeto mediato; ambos compõem o objeto do seguro, que é a garantia de um interesse legítimo. O interesse está atrelado ao que efetivamente é objeto do contrato, e pode estar representado no objeto que carrega este interesse. Em sendo um seguro de veículo, o interesse é patrimonial, ou seja, garantir que, na eventual ocorrência do sinistro, o patrimônio investido naquele bem seja preservado. Em um seguro de responsabilidade civil facultativa veicular, igualmente, o interesse é patrimonial, qual seja, todo o patrimônio do segurado, pois frente a danos causados a terceiros, a responsabilidade patrimonial dele é ilimitada. O seguro nesta modalidade visa proteger parcialmente este patrimônio frente a danos causados a terceiros.

²² Venosa, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Contratos em Espécie, 5ª ed. 2005, pag. 370/377.

²³ Gomes, Orlando. Contratos. 18ª Ed. 1994, pag. 421.

²⁴ Stiglitz, Rubén S. Derecho de Seguros, 3ª ed. Vol I, 1998, pag. 165.

²⁵ Barbat, Andrea Signorino. Los Seguros de Vida. 2008. Pag. 97.

²⁶ El interés en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el interés. 1ª ed., junio 2018, pag. 19.

²⁷ El interés en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el interés. 1ª ed., junio 2018, pag. 44.

A incompreensão deste conceito gera aberrações, como por exemplo, a condenação imposta à seguradora no julgamento da Apelação Cível, Nº 70072043441, pela Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgado em 08-03-2017²⁸. No caso, o veículo em situação de roubo causou danos a terceiros, foi reconhecida a ausência de culpa do proprietário, mas imposto à seguradora o dever de indenizar o terceiro, como se o interesse segurado neste tipo de cobertura de responsabilidade civil a terceiros acompanhasse o veículo, o bem objeto da garantia. Ora, sem culpa do segurado, não há possibilidade de seu patrimônio ser afetado perante terceiros, logo, não havendo risco ao interesse segurado, é descabida a condenação da seguradora. Este é um exemplo de como a incorreta identificação do interesse segurado, por desconhecimento, gera o desvirtuamento do contrato.

E no seguro de pessoas? Haveria interesse? A dificuldade de verificação desta condição advém do conceito indenitário do seguro, muito atrelado aos seguros de danos. Assim pontua Abel Veiga Copo: *“Una imposibilidad –doctrinal en realidad– que excluía –erróneamente– de estos seguros, los de personas, el juego del principio indemnizatorio. El daño en los seguros de personas existe, y como tal se resarce, sin obviar su carácter indemnizatorio que no es sino consecuencia de la realización o verificación de un evento incierto. Cuestión distinta es como conceptualicemos y categoricemos ese daño, de si patrimonial, moral, emergente sobre el cuerpo humano, etc. Como también, cómo calculemos, valoremos y dejemos espacio para la autonomía negocial esas sumas.”*²⁹

Ora, não há incompatibilidade entre interesse e princípio indenitário do contrato de seguro. Ambos ocupam posições e tem funções distintas. O interesse não pode se desligar do princípio indenizatório, mas também não significa subordinação a ele. Por esta razão, Abel define o interesse no seguro de pessoas, como factível, pois interesse é mais do que mero conteúdo patrimonial; não se segura um bem, mas sim, o interesse, que se dá sobre um direito, sobre a vida, a saúde.³⁰

Já a delimitação do risco é inerente ao contrato. Nem todos os riscos estão cobertos, ou seja, é impossível o contrato de seguro que garanta todos os riscos. Aquela máxima de que um consumidor adquire um seguro acreditando estar coberto contra “todos os riscos”,

²⁸ Apelação Cível, Nº 70072043441. ATO PUBLICADO NE 180/2017 EM 20/03/17 DJ ELETRÔNICO 5989-8

²⁹ Copo, Abel Veiga. Tratado del Contrato de Seguro, Tomo I, 6ª Ed. 2019, Pag. 970.

³⁰ Copo, Abel Veiga. Tratado del Contrato de Seguro, Tomo I, 6ª Ed. 2019, Pag. 972.

não pode justificar a efetiva condenação da seguradora a indenizar toda e qualquer situação ocorrida.

O segurado tem uma vaga ideia do risco a que está submetido o seu interesse. Mas é a seguradora quem tem o parâmetro matemático capaz de quantificar e, por isso, delimitar o risco³¹. Neste paralelo com o Código de Defesa do Consumidor, como não ser de adesão o contrato de seguro? Teria o segurado, condições técnicas de debater e negociar a delimitação do risco, ou precificar o risco impossível de ser assumido? E que demérito tem esta circunstância, já que somente a seguradora tem condições técnicas de valorar o risco que está adquirindo, e assim, precificar a contraprestação do segurado? O fato de ser de adesão, não torna abusivo o contrato.

O risco deve ser compreendido em sua essência comutativa. Neste sentido, a interpretação de um contrato de seguro deveria levar em consideração estes elementos. Sobre a índole comunitária do risco, assim menciona Tzirulnik: *“não se tomam em conta a incerteza e a insegurança estritamente individuais e sim a previsão, obtida através de estudos estatísticos e atuariais, de incidência do evento predeterminado capaz de lesar o interesse. (...) Não há seguro individualmente taxado, seguro sob medida. Há seguro para medidas dos grupos ou massas seguradas.”*³²

Neste sentido, não se pode confundir incerteza individual com risco. A incerteza é um sentimento humano imensurável, enquanto o risco é um dado social objetivo. Ainda, afirmam os precitados autores: *“O procedimento matemático (estatístico e atuarial) relega a incerteza para um segundo plano, não focado quando da elaboração das cláusulas, termos e condições do contrato. Esta proposição se evidencia quando lembramos que o contrato de seguro não tem como ser paritário, deve ser operado em massa, com necessária e acentuada padronização, e ter conteúdo predisposto pela seguradora voltado à adesão pelo segurado. Seu conteúdo, sua precificação e até mesmo sua forma são essencialmente pensados e postos bem antes da análise de cada situação individual, sempre com base em uma dimensão social, coletiva ou transindividual.”*³³

Portanto, o risco é medido em sua dimensão coletiva; é justamente esta compreensão transindividual que parece ser pouco observada pela jurisprudência na apreciação do risco, especialmente quando confrontado pela ideia de proteção individual do consumidor.

³¹ Copo, Abel Veiga. Tratado del Contrato de Seguro, Tomo I, 6ª Ed. 2019, Pag. 236..

³² Tzirulnik, Ernesto *et al.* O contrato de seguro. 3ª Ed. 2016, pag. 57.

³³ *Id.*, pag.58/59.

Significa dizer que, se percebido um risco sob o prisma individual de determinada pessoa, à primeira vista poderia ser incompreensível alguma específica delimitação. Entretanto, se percebido o caráter transindividual do risco, por uma dimensão coletiva, certamente se compreenderia melhor a sistemática da delimitação.

Invalidar judicialmente uma delimitação legítima do risco acaba por interferir no conceito de mutualidade. Quem bem define o conceito de mutualidade é Walter Polido³⁴: *“É da essência do contrato de seguro. Sem ele, o fundo de mutualidade, não existe seguro, e qualquer situação semelhante que se pretenda criar certamente estará sendo construída sobre outras bases que não as do seguro. Através de reservas econômicas e matemáticas, riscos são protegidos coletivamente”*. E prossegue: *“O caráter mutual do seguro é preponderante, insista-se, em razão de sua natureza comunitária. Não haveria seguro se, apenas um ou meia dúzia de riscos fossem subscritos, uma vez que as apólices consideradas nesse universo não consubstanciarão a atividade seguradora em toda a sua acepção técnica e jurídica; estariam sim identificando algum outro tipo de relação negocial, tal como a aposta ou o jogo, mas não o seguro, cuja instituição exige volume substancial de riscos homogêneos, tecnicamente calculados e com prêmios representativos do custo real dos riscos assumidos pelo seu tomador. Esse volume de negócios forma o fundo garantidor do pagamento dos sinistros que sucederão.”*

Seguro é, pois, interesse, risco e mutualidade. Elementos indissociáveis que, se não compreendidos e preservados, tornam insustentável a prática seguradora. A não observância e prevalência destes elementos ao se interpretar um contrato de seguro, descaracteriza o contrato e, em última análise, desequilibra o sistema segurador, com prejuízo ao fundo constituído, e potencial prejuízo ao público consumidor de seguro.

3.2 – Da quebra do equilíbrio do contrato ante a aplicação descomedida das regras de defesa do consumidor – Casos práticos

Da análise do interesse, do risco e da mutualidade, extrai-se um elemento comum a todos eles, que é o caráter comutativo. Os interesses são comuns, os riscos formados a partir de anseios também comuns, e em face disso, pessoas se reúnem e aceitam formar um fundo comum, para diluição do risco econômico em caso de eventual dano ao interesse, formando assim, um fundo mútuo garantidor de futura indenização. Esta garantia é prestada por uma seguradora, entidade organizada, estruturada e regulada, que administra e gere o fundo comum. As regras a partir daí, devem ser compreendidas em favor desta mutualidade.

³⁴ Polido, Walter A. Contrato de Seguro: novos paradigmas, 1ª Ed., 2010. Pag 92/94.

Entretanto, a realidade é diversa, e não são poucas as interpretações equivocadas por parte do Judiciário, a respeito das questões controvertidas do contrato de seguro. Dever de informação, transparência, delimitação de riscos, exclusões de coberturas, são exemplos atuais destas controvérsias, de modo que, para bem ilustrar, servimo-nos de um exemplo prático que está em debate no Judiciário brasileiro, tendo chegado ao Superior Tribunal de Justiça: trata-se de estabelecer qual o critério para que seja considerado atendido o dever de informação (próprio do Código de Defesa do Consumidor), a respeito da possibilidade de uma indenização securitária por invalidez decorrente de acidente pessoal ser parcial, conforme o grau de invalidez.

Exemplificando, um Certificado de seguro de vida com cobertura descrita como “Invalidez Permanente Total ou Parcial por Acidentes”, seguida do valor do capital segurado de “R\$ 100.000,00”, cumpre o dever de bem informar o segurado a respeito de a indenização ser parcial, conforme grau de invalidez? Ou tal descrição induz à dúvida, ou à justa expectativa de que a indenização automaticamente será no valor total do capital segurado de R\$ 100.000,00, mesmo se a incapacidade for de um único membro, como a perda da função de um dedo?

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que, constando o termo “até”, logo após a descrição da cobertura, estaria atendido o dever de informação, pois seria compreendido que a indenização seria “até” tal valor. Desta decisão se extrai novamente a falta de tecnicidade, pois o mais relevante aqui seria verificar se foi prestada a informação prévia e é evidente que o momento em que isso se dá é na Proposta de Seguro, e não, quando emitido o Certificado, eis que este serve de prova da contratação (já ocorrida). Então, se o propósito é aferir a informação prestada antes da contratação, caberia verificar o conteúdo da Proposta, e não apenas do Certificado ou da Apólice.

Ademais, considerando que as regras protetivas do consumidor são de cunho individual, não há como padronizar um critério do “dever de informação”, pois para um consumidor seria suficiente a descrição “invalidez total ou parcial” e para outro consumidor, nem mesmo a reprodução da própria tabela de invalidez parcial seria suficiente para que ele compreendesse a possibilidade de indenização parcial.

Então, é de fundamental importância que a percepção da eficiência, ou não, da informação prestada deva ser objeto de prova ainda nas instâncias ordinárias processuais, devendo inclusive ser do interesse do juiz saber se aquele determinado consumidor, dada a sua capacidade intelectual e financeira, teria condições de compreender a informação da

forma como foi passada, ou não. Isto pressupõe que o consumidor alegue, em sua pretensão judicial, não ter compreendido a cobertura contratada, ou seja, que acreditava que receberia a integralidade da cobertura mesmo se parcialmente inválido. Sem a alegação, não se pode presumir o defeito na informação prestada pela seguradora.

Mas a tônica deste trabalho pretende demonstrar de que forma uma proteção exacerbada do consumidor individual pode danificar todo o mutualismo. E isto ocorre justamente na solução que vem sendo empregada quando há reconhecida falha do dever de informação, que é, a determinação do pagamento da indenização securitária. Então, quando é reconhecida a falha do dever de informação, os Tribunais condenam a seguradora a indenizar o sinistro, mesmo diante da evidente falta de cobertura.

Ora, é evidente que esta solução não observa o sentido da mutualidade, pois o risco calculado e que gerou o valor do prêmio certamente não considerava a hipótese de cobrir um sinistro sem cobertura, ou cujo risco estava excluído. Decisões neste sentido trazem desequilíbrio matemático, logo, comprometem o fundo mútuo.

Outra deveria ser a solução, se bem compreendido e preservado o conceito de mutualidade. Isto porque, havendo uma falha do dever de informação, aplicável o art. 14 do CDC: *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.***

Veja que, a falta de informação adequada é um dano, e quando há dano, é devida uma indenização. Mas qual a natureza desta indenização? Seria a indenização securitária da apólice? Ou outra?

O começo das respostas a tais perguntas advém da verificação do que preconiza o art. 4º, do mesmo CDC, pois a Política Nacional das Relações de Consumo estabelece a proteção do consumidor sob uma ótica de harmonia das relações de consumo, observado, dentre outros, o princípio do inciso III, de “**harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;**”.

Então, determinar o pagamento da indenização securitária não se coaduna com o princípio do inciso III descrito acima, pois é decisão contrária à **harmonização de interesses**

dos participantes da relação de consumo, *incompatível* com a necessidade de desenvolvimento econômico do mercado segurador saudável, e fator de *desequilíbrio* do contrato.

3.3 – Solucionando conflitos da falha do dever de informação – Dano pela reversão da justa expectativa do consumidor

A solução mais adequada, e que aqui se propõe, é aquela que preservaria a mutualidade, ou seja, a fixação de uma indenização que não tenha relação com o fundo mútuo constituído, que não implique no pagamento da importância segurada, pois esta deve fazer frente exclusivamente às obrigações decorrentes dos riscos como eles foram calculados.

A indenização a que faria jus o segurado, na qualidade de consumidor lesado, é oriundo do sistema de responsabilização civil, ou seja, de natureza reparatória por ato ilícito praticado. A falha do dever de informação nada mais é do que um ilícito passível de reparação. Nada na legislação consumerista vincula eventual falha na prestação do serviço com o pagamento da cobertura securitária que o segurado acreditava fazer jus. O dano do segurado está atrelado a uma reversão de expectativa³⁵; acreditava ele fazer jus a uma indenização securitária em face de um determinado evento que se mostrou fora de cobertura. O evento ocorrido não integrava o cálculo atuarial, não era interesse segurado, mas mera expectativa do consumidor. Então, se expectativa era justa, e frustrada restou por falha do dever de informação, caberia indenização. Houve um dano, ainda que na esfera extrapatrimonial, e como tal, pode ser indenizado sem que se lance mão sobre o fundo mútuo constituído pelos prêmios pagos pela coletividade de segurados a partir de cálculos que evidentemente não abarcavam aquela situação.

Esta solução se aplica em qualquer situação de cobertura negada ante eventual falha do dever de informação. Pode inclusive ocorrer em uma apólice de seguro de danos, por exemplo, residencial, em que uma garantia adicional de desmoroamento não foi contratada. Eventualmente, verificado o sinistro de desmoroamento, e concluído pela falha do dever de informação quando ofertado o seguro, ao invés de condenar a seguradora a prestar a garantia pela qual não foi pago o prêmio, que condenasse a reparar o dano ante a

³⁵ Polido, Walter A. Contrato de Seguro: novos paradigmas, 1ª Ed., 2010. Pag. 227: “*Sendo assim, a função social do contrato, alinhada ao princípio da boa-fé objetiva, pode circunscrever, tudo indica, a tutela da expectativa frustrada de um contrato de seguro, dependendo de cada caso concreto analisado*”.

reversão de expectativa, pela frustração do segurado descobrir que a referida cobertura adicional não fora contratada.

A falha no dever de informação seria o gatilho para a confirmação do conceito de *justa* expectativa, de modo que, a contrário senso, sem falha do dever de informação, não se poderia considerar *justa* a expectativa do consumidor. Esta modalidade meramente sugerida, além de atender o dever de indenização pela perspectiva do consumidor lesado, preservaria a mutualidade do seguro. E veja que não se está aqui tratando de cobertura securitária. Por isso, não se trata de debater o princípio indenitário, pois este decorre de um evento para o qual há cobertura e se debate apenas a extensão da reparação, que deve ser a suficiente para repor o *status quo*. Estamos em outro terreno aqui, em uma hipótese de evento para o qual sabidamente não há cobertura.

Nesta hipótese, utilizando o exemplo do sinistro de desmoroamento anterior, não foi contratada a referida cobertura (geralmente oferecida como cobertura adicional, portanto facultativa), é ponto pacífico não haver cobertura. Seria factível determinar o pagamento do sinistro, ou seja, dos danos decorrentes do desabamento, como se coberto estivessem, apenas em consequência de falha do dever de informação? É esta a questão. Como resolver?

A única solução admitida é o não pagamento da cobertura securitária em hipótese alguma, mas sim, conforme a demonstração, de uma indenização reparatória por falha do dever de informação, caso demonstrada que essa falha gerou a justa expectativa no consumidor de que aquele dano estaria coberto. É o exercício da nova perspectiva de se evitar o dano sistêmico ao seguro, mas ao mesmo tempo, garantindo a reparação ao consumidor pelo dano individual sofrido, a ser indenizado no exato tamanho de sua frustração. E esta frustração é fator suficiente a gerar o dano, não sendo necessário um enquadramento específico como dano material ou moral, por ilícito contratual ou extracontratual; seria um dano de natureza mista, o que se define como uma terceira via da responsabilidade civil, tal como Walter Polido defende, ao citar Manuel Frada³⁶.

A responsabilidade civil contemporânea tem como um dos objetos a dignidade humana, e neste caminho, descortina-se a sua abrangência social e política de maneira peremptória, tangendo todas as áreas do direito como um mecanismo fundamental do

³⁶ Polido, Walter A. Contrato de Seguro: novos paradigmas, 1ª Ed., 2010. Pag. 224: “Importante ressaltar tese que tem sido defendida para um conjunto de hipóteses – culpa *in contrahendo*, culpa *post factum finitum*, *responsabilidade pela confiança* – nas quais a responsabilidade pertinente se situa entre a aquiliana e a contratual, numa espécie de terceira via (*tertium genus*) da responsabilidade civil.”

sistema jurídico.³⁷ Portanto, a falha do dever de informação gera, no máximo, a reversão de uma justa expectativa, o que justifica o acionamento da moderna concepção da responsabilidade civil, cabendo ao consumidor uma reparação que não se confunde com a cobertura securitária que acreditava fazer jus, pois esta serve a outros princípios de nobre relevância, basilares e condicionantes do contrato de seguro, em prol da mutualidade.

4 – PERSPECTIVAS FUTURAS

4.1 – Proteção compartilhada do sistema de seguro como forma a evitar um dano sistêmico

Até aqui vimos uma problemática atual recorrente em qualquer mercado consumidor no mundo ocidental; o sentido de proteção do consumidor pode vir a gerar a descaracterização do contrato de seguro, ante a sua natural complexidade estrutural. Não é simples de se compreender o seguro.

Mas qual a solução para os embates futuros? Nos países latinos, considerando o lento, mas gradual avanço econômico, aliado às novas tecnologias para comercialização de seguros, à inclusão de uma massa de indivíduos que nunca tiveram acesso aos produtos do seguro, o imediatismo das novas gerações, como se desenvolveriam as relações entre consumidores de seguro e seguradora? A resposta parece relativamente ousada, mas está na criação de mecanismos de consciência coletiva, que indiquem um dever de maior envolvimento do indivíduo, do consumidor, no sentido de buscar efetivamente melhor conhecer o que adquire, melhor se envolver com o hábito de consumir, que se traduz em um consumir mais consciente, com vistas a preservação do bem comum.

O consumidor dos próximos anos não é aquele de 30 anos atrás, para os quais foram pensadas as regras protetivas atuais em vigor. A tecnologia e a informação, atualmente disponível em tempo integral - literalmente na palma da mão, em um smartphone – não permitem mais que o consumidor se mantenha alheio, desinteressado. Cabe a ele assumir um papel de maior engajamento, inclusive no que se refere à obtenção de informação a respeito das regras de um eventual seguro que esteja adquirindo. Deste novo consumidor, especialmente se considerada a nova geração – millennials – pode e deve-se exigir uma diferente postura, menos conivente, de maior responsabilidade, pois é da característica comportamental deste novo adquirente um maior engajamento pelo bem coletivo. As redes sociais são prova de que, apesar das distâncias físicas, as pessoas estão e se sentem conectadas em tempo integral, agrupam-se em comunidades virtuais que refletem padrões de comportamentos semelhantes. Se manifestam perante um grupo, e se comportam aos

³⁷ Idem. Pag. 215.

olhos do grupo, gerando engajamento social de uma forma muito maior e mais intensa do que há mais de 30 anos atrás.

Isto deve refletir nos hábitos de consumo, de modo que, há espaço para uma mudança; se o consumidor do novo milênio quer o “benefício” da agilidade, de uma gama infinita de produtos e acesso rápido a serviços, deve assumir o “ônus” de melhor se envolver, e melhor participar neste processo, pena de inviabilizar a evolução que tanto procura. Este novo comportamento é muito mais do que simplesmente boa-fé; é a prática da extrema boa-fé. A título de exemplo, por mais que seja razoavelmente pouco usual a leitura de tudo que consta em uma proposta de seguro impressa de apenas três folhas, imaginemos esta proposta, em formato digital, em uma tela pequena de um smartphone. Adianta dar destaque às letras que identificam uma restrição de cobertura, se o consumidor tende (não por falha da seguradora, mas por hábito) a passar para o fim da tela e clicar no botão “aceito”? E pior: o faz o mais rápido possível, e concomitante a alguma outra tarefa. Pergunta-se: este sujeito leu ou entendeu o que ali constava?

Entretanto a pergunta que se exige nestes novos tempos é: o sujeito procurou se informar? Procurou entender? Quanto tempo e em quais circunstâncias acessou aquele produto e efetuou a contratação? As novas tecnologias vão permitir a contratação em um minuto, se assim quiser o consumidor. Entretanto, deve ser ele o único responsável pela eventual não compreensão da informação que estava ao seu alcance, caso opte por este imediatismo, há que se exigir responsabilidade por esta opção. Como diz o ditado, tudo que é importante, demora.

4.2 – Transformação social – Millennials

Este dever de engajamento, de melhor se informar antes de efetuar uma contratação, se coaduna com uma noção de consumo consciente. E este compromisso deve partir também do Governo, através de políticas públicas de incentivo ao consumo consciente. Também deve partir do setor privado, especialmente das seguradoras e dos órgãos de controle, no sentido de buscar incessantemente uma simplificação da linguagem, uma comunicação mais amistosa, em ambientes digitais cada vez mais intuitivos e sensitivos, investindo em marketing e estudos nesta direção. Por fim, deve haver alguma sinalização por parte do Judiciário, na interpretação das lides atuais e futuras, considerando a rápida transformação da sociedade, a evolução do consumidor, e a possível ausência de resposta adequada na literal legislação. Há que se atentar para uma tendência de maior aplicação dos princípios, pois estes independem da lei, que nasce obsoleta.

Quanto à nova geração, não há como deixar de mencionar o sucesso, ao menos comercial, da empresa Lemonade³⁸. Seu principal atrativo é a agilidade na contratação de garantias e clareza de informações. Ponto importante a destacar é o número bastante baixo de reclamações, ou seja, seu cliente é satisfeito com o que é oferecido, e de tão inovador, atinge os anseios do hábito de consumo do novo milênio³⁹. Não se sabe ao certo se este baixo índice de reclamações advém da efetiva e eficiente linguagem de comunicação daquela empresa, ou se já é fruto do comportamento mais comprometido e engajado do consumidor do novo milênio⁴⁰. Fato é que, paradoxalmente, as contratações em velocidade incompatível com o sentido de total compreensão das regras do contrato, não estão gerando conflitos, o que deve servir de exemplo para a indústria tradicional do seguro, como modelo de eficiência em termos de experiência de consumo.

4.3 – A extrema boa-fé – Dever de comportamento interessado e responsabilidade compartilhada no seguro

A mudança do perfil do consumidor, em especial da nova geração, permite seja exigido um maior envolvimento seu no sentido de obter mais informação sobre o contrato que está adquirindo. Este pensamento advém de uma consciência coletiva, do sentido de proteção da coletividade. Se o consumidor identifica esta coletividade no fundo mútuo que garante o seu risco, e percebe que este mesmo fundo garante o risco dos demais integrantes, forma a partir daí uma consciência comunitária, e exige comportamento proativo dos demais integrantes.

Estes movimentos já foram vistos, por exemplo, em relação ao meio ambiente, em que se adquire uma consciência coletiva de proteção. Se uma determinada empresa é taxada de não amigável ou não engajada na proteção do meio ambiente, rapidamente se forma uma corrente de boicote de consumo. São valores praticados pelas novas gerações, que a rigor, são e serão ainda mais consumidores de seguro.

Transportando esta consciência para o contrato de seguro, deve ser esclarecido o seu funcionamento, trazendo a ideia de que a mutualidade deve ser preservada, e que, aquele consumidor que não procurar compreender as informações sobre as delimitações do risco -

³⁸ <https://econsultancy.com/how-lemonade-disrupted-the-insurance-industry-and-built-a-multi-billion-dollar-business/>

³⁹ Artigo: How Artificial Intelligence Is Changing the Insurance Industry. Revista: CIPR - Center for Insurance Policy and Research, julho de 2017. Autor: Shanique (Nikki) Hall. Pág. 6. https://protectingthefuture.naic.org/cipr_newsletter_archive/vol22.pdf.

⁴⁰ Idem. Pág. 5.

que devem estar disponível por parte da empresa seguradora – até poderá reclamar em juízo a indenização, mas estará acima de tudo prejudicando a mutualidade, ou seja, os demais integrantes daquele grupo que colaboraram para compor o fundo comum. Este comportamento poderá inclusive ser reprovado socialmente em algum futuro.

Fato é, a extrema boa-fé do consumidor deve ser exigida, estando dentre os atos correspondentes a tal princípio, aquele dever de obter a informação da forma mais completa possível, a fim de evitar risco à mutualidade. Na medida em que tal exigência for amplificada, como uma função de controle coletivo, e de efetividade da função social do contrato de seguro, se terá uma estabilização do contrato a permitir um equilíbrio duradouro e facilitará a implementação de novos produtos e maior acesso ao grande público, e em última análise, um maior desenvolvimento econômico.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, ressaltamos a maturidade dos sistemas legislativos da proteção do consumidor e a necessidade de manutenção dos direitos materiais e processuais daí decorrentes.

Entretanto, a aplicação descuidada destas regras no âmbito do contrato de seguro, especialmente em demandas judiciais, pode descaracterizar o contrato a partir da incompreensão do funcionamento de seus elementos essenciais, como o interesse segurado, o risco e o mutualismo. Neste cenário, defendemos a preservação do mutualismo, mesmo na hipótese de falha do dever de informação da seguradora, demonstrando haver arcabouço legal a permitir a aplicação da nova teoria do dano, com vistas a preservação da vítima em potencial, no caso, a coletividade formadora do fundo comum. Neste contexto, a falha do dever de informação importaria, conforme demonstração, em uma reversão da justa expectativa do segurado, portanto, um ilícito, suscitando uma indenização própria da função social do instituto da responsabilidade civil, mas nunca a própria indenização securitária. Esta serve a um único fim, e deve estar atrelada ao risco calculado e delimitado pela seguradora, pelo qual foi formado o fundo mútuo.

Não se pode admitir que o pagamento da importância segurada seja a consequência automática de um eventual ilícito do âmbito da relação de consumo. Isto descaracteriza o contrato de seguro, e não repara adequadamente o consumidor lesado, além de causar desequilíbrio do fundo mútuo. E este desequilíbrio tende a inviabilizar a operação futura do seguro, considerado o dinamismo cada vez maior do mercado de consumo, de modo que, o

dever de informação deve passar a ser considerado sob uma nova perspectiva: a de um maior envolvimento do consumidor, uma exigência de comportamento mais interessado a fim de desenvolver o sentido de proteção coletiva do sistema.

Ensaisticamente, concluímos que esta exigência já é possível em face do comportamento e padrão de consumo da nova geração, por essência mais consciente do caráter participativo, cooperativo, e comunitário das relações sociais, dentre as quais, o seguro se enquadra, enquanto fenômeno decorrente de interesses que refletem também caráter coletivo e comunitário. Somente esta readequação, a efetiva colocação em prática do exercício de extrema boa fé e dever de participação do segurado, corporificado no dever de buscar a compreensão e informação do funcionamento e limites do contrato, poderia dar respostas positivas aos desafios futuros decorrentes de uma maior dinamização, massificação e abrangência do seguro, como instrumento de desenvolvimento econômico.

REFERÊNCIAS BLIOGRÁFICAS

BARBAT, Andrea Signorino. *Los Seguros de Vida*. 1ª Ed. 2008.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª Ed. 1994.

HALL, Shanique. *How Artificial Intelligence Is Changing the Insurance Industry*. Revista CIPR - Center for Insurance Policy and Research, julho de 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 1ª Ed. 2003.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados*, III. 1ª Ed. 2008.

POLIDO, Walter A. *Contrato de Seguro: novos paradigmas*, 1ª Ed. 2010.

STIGLITZ, Rubén S. *Derecho de Seguros*, 3ª Ed. Vol. I. 1998.

TZIRULNIK, Ernesto. *Regulação de Sinistro*, 3ª Ed. 2001.

TZIRULNIK, Ernesto, *O contrato de seguro*. 3ª Ed. 2016

VEIGA COPO, Abel. *Tratado del Contrato de Seguro*, Tomo I, 6ª Ed. 2019.

VEIGA COPO, Abel. *El seguro. Hacia una reconfiguración del contrato*. 1ª Ed, 2018.

VEIGA COPO, Abel. *El interés en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el interés*. 1ª Ed. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em Espécie*, 5ª Ed. 2005.

INTERPRETAÇÃO NO CONTRATO DE SEGURO

Maurício Salomoni Gravina¹

Resumo: Este texto cuida da interpretação no contrato de seguros, com base no Código Civil brasileiro e leis da Espanha, Portugal, Itália, França, entre outras nações. Analisa o *background* deste contrato segundo suas fontes: lei, princípios, usos, jurisprudência e doutrina, além da equidade e a analogia na aplicação e integração do Direito.

Palavras-chave: Seguro. Contrato. Interpretação. Direito do Seguro.

A interpretação no contrato de seguro deve considerar seus valores e normas no contexto da boa-fé, dos usos e do lugar da celebração³.

Nesses cânones hermenêuticos encontram-se leis e princípios jurídicos, ao lado de outras fontes e condições contratuais.

A lei é fonte primária do contrato de seguro, linha divisória entre o direito e a realidade fática⁴. Como produto da atividade legislativa constitui norma jurídica⁵ para a atividade seguradora, a supervisão de seguros e a disciplina do contrato de seguro.

Nas leis de seguro destaca-se o caráter imperativo ou semi-imperativo de suas normas⁶. Cuida-se da tutela compensatória e mais benéfica ao tomador, segurado ou beneficiário, com exceção aos grandes riscos, quando se supõe equivalência e paridade entre as partes.

¹ Obras do Autor: GRAVINA, Maurício Salomoni. *Direito dos seguros*. São Paulo: Almedina, 2020.; S. GRAVINA, Maurício. *Princípios jurídicos del contrato de seguro*. 1ª ed. Buenos Aires – Madrid - Mexico: Ciudad Argentina-Hispania Libros, 2015.; GRAVINA, Maurício Salomoni. *Princípios Jurídicos do Contrato de Seguro*. Rio de Janeiro: Fundação Escola Nacional de Seguros - Funenseg, 2015.; GRAVINA, Maurício Salomoni. *Princípios Jurídicos do Contrato de Seguro*. 2ª Edição Revista e atualizada, Rio de Janeiro: Fundação Escola Nacional de Seguros - Funenseg, 2018.

³ Brasil: C.C. “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” Sendo que o sentido hermenêutico deve “II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)”.

⁴ Sobre o dualismo entre norma e fato: MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique. Traduit de L'allmand par Olivier Jouanjan. Presses Universitaires de France, Paris, 1996. Traction française de Juristische Methodik, Berlin, 1993, p. 309.*

⁵ SAVIGNY, Friedrich Karl Von, 1779-1861. *Metodologia jurídica. Trad. J.J.Santa-Pinter e Hebe A.M. Caletti Marengo*; Campinas – São Paulo, Editora Edicamp, 2001. Segundo Savigny, “Toda a lei deve expressar um pensamento de maneira tal que seja válido como norma.” p. 9.

⁶ Na expressão do mestre alemão, a norma é o sentido da lei, com seu conteúdo e vigência jurídica. In. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Op. cit. p. 156.

Em sua sistemática, as leis de seguro diferenciam vários tipos de contratos: seguro de incêndio, roubo, responsabilidade civil, transporte, vida, acidentes pessoais etc., e a *substância* desses negócios é determinante para sua interpretação, segundo a lei aplicável⁷.

Dentre os princípios do direito do seguro merece destaque a autonomia privada, a boa-fé, a confiança e a mutualidade, entre outros⁸, sendo a lealdade um dos eixos deste sistema. No princípio da boa-fé está o imperativo de vedação da má-fé, e sua intolerância sujeita à nulidade⁹.

Na boa-fé afirma-se a concepção naturalista de que a ordem jurídica não é referencial de si mesma, e sua estrutura está vinculada à justiça e à verdade¹⁰.

A confiança é igualmente relevante, não só no sentido da força obrigatória, mas como diretriz de segurança jurídica. Na Jurisprudência portuguesa, J.J. Gomes Canotilho comenta ser comum articular-se ao lado do Estado democrático, de modo a garantir um mínimo de estabilidade aos direitos das pessoas e certeza na tutela jurídica¹¹. No mesmo sentido, o

⁷ Portugal: C.C. “Art. 35, 1. *A perfeição, interpretação e integração da declaração negocial são reguladas pela lei aplicável à substância do negócio, a qual é igualmente aplicável à falta e vícios da vontade.*” Itália: C.C. “Art. 1369 *Espressioni con più sensi: Le espressioni che possono avere più sensi devono, nel dubbio, essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto.*”

⁸ Veja-se Princípios Jurídicos do Contrato de Seguro: GRAVINA, Maurício Salomoni. *Direito dos seguros*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 68-155 ; GRAVINA, Maurício Salomoni. *Princípios jurídicos del contrato de seguro*. 1ª ed. Buenos Aires – Madrid - Mexico: Ciudad Argentina-Hispania Libros, 2015; *Princípios Jurídicos do Contrato de Seguro*. 2ª Edição Revista e atualizada, Rio de Janeiro: Fundação Escola Nacional de Seguros - Funenseg, 2018.

⁹ Intolerância com relação à má-fé: Brasil: C.C. “Art. 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.*” Espanha: LCS 50/1980 “Artículo 19. *El asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado.*” Portugal: C.Com. “Art.º 429.º - *Nulidade do seguro por inexactidões ou omissões. Toda a declaração inexacta, assim como toda a reticência de factos ou circunstâncias conhecidas pelo segurado ou por quem fez o seguro, e que teriam podido influir sobre a existência ou condições do contrato tomam o seguro nulo. § único. Se da parte de quem fez as declarações tiver havido má fé o segurador terá direito ao prémio.*” Argentina: LS, arts. 5, 7 e 8. México: C.C. “Artículo 1816. *El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiendolo aquella, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto juridico.*” LS, “Artículo 77.- *En ningún caso quedará obligada la empresa, si probase que el siniestro se causó por dolo o mala fe del asegurado, del beneficiario o de sus respectivos causahabientes.*” Veja-se, arts. 60, 88, 95, 102 e 168. Chile: C.c. “Art. 1546. *Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.*” C.Com. “Art. 539. *Otras causales de ineficacia del contrato. El contrato de seguro es nulo si el asegurado, a sabiendas, proporciona al asegurador información sustancialmente falsa al prestar la declaración a que se refiere el número 1º del artículo 524 y se resuelve si incurre en esa conducta al reclamar la indemnización de un siniestro. En dichos casos, pronunciada la nulidad o la resolución del seguro, el asegurador podrá retener la prima o demandar su pago y cobrar los gastos que le haya demandado acreditarlo, aunque no haya corrido riesgo alguno, sin perjuicio de la acción criminal.*”

¹⁰ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Título Original: *a theory of justice*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, São Paulo, Martins Fontes, 1997: “*A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é para os sistemas de pensamento.*” p. 3.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 376-377.

Código Civil e Comercial Argentino, segundo o qual a interpretação contratual deve proteger a confiança e lealdade que as partes se devem reciprocamente¹².

Na jurisprudência do STJ o *princípio da confiança no contrato de seguros* teve destaque no Recurso Especial Nº 1.368.766 - RS (2012/0251038-0), segundo o relatório do Ministro Luiz Felipe Salomão:

Também não se pode olvidar que o artigo em comento busca garantir o equilíbrio contratual, reconhecendo o princípio da proteção da confiança. Ao comentar sobre o assunto, Maurício Salomoni Gravina ensina que "este princípio se expressa em diferentes momentos, desde sua gênese, passando pela formação até a resolução contratual, amparado pela ordem jurídica, a moral e a confiança na atuação correta dos sujeitos do contrato (GRAVINA, Maurício Salomoni. Princípios jurídicos do contrato de seguro. Rio de Janeiro: Funenseg, 2015, p. 106).

Na análise do seguro é igualmente relevante o princípio da mutualidade¹³ e o respeito aos interesses da coletividade de segurados. Não se trata de consumidores ou tomadores isolados, mas de interesses homogêneos e aderentes a serem tutelados.

O outro eixo diz respeito aos usos. Quando se praticam de maneira constante e duradoura forma-se o costume, e seu reconhecimento social e jurídico, conforme o "princípio da eficácia dos usos e costumes"¹⁴.

O costume é fonte de Direito. Além de referencial ético¹⁵, produz norma jurídica de forma direta¹⁶, e sua aprovação social resume em um sentido bem traduzido das Institutas do Imperador Justiniano:

Não-escrito é o direito que o uso aprovou, porque os costumes repetidos, diuturnamente, e aprovados pelo consenso dos que os usam, equivalem à lei.¹⁷

¹² Argentina: C.Com. "Art. 1067.- *Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibile la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto.*"

¹³ GRAVINA, Maurício Salomoni. *Direito do Seguro*. Op. cit. p. 155-162.

¹⁴ Nesse sentido: COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54.

¹⁵ Sobre o valor deontológico do costume: BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico. Traducción y concordancia con el derecho español por A. Martins Perez*. 2ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959. Ed. original de 1943. p. 85.

¹⁶ Nesse sentido: Manuel Albaladejo e a referência a "Sentencia de 18 abril 1951, que define o costume como «norma jurídica elaborada por la conciencia social mediante la repetición de actos realizada com intención jurídica». O autor cita, a *Sentencia de 24 febrero, 1962*. ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil. Introducción y parte general. Volumen primero. Decimocuarta edición*. Jose Maria Bosch Editor, S.A. – Barcelona, 1996, p. 96.

¹⁷ Veja-se: *Institutas do Imperador Justiniano: manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d.C.* Tradução: José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, § 9º do Título II – do Direito Natural das Gentes e Civil.

Segundo Miguel Reale o costume como fonte do direito se fortaleceu na combinação das correntes formalistas¹⁸, do «*legalismo*», e as «*concepções conjunturais*» relacionadas à sociedade, a política, economia e ao mercado.

Na medida em que o Direito expressa os valores do seu povo, há uma transposição do costume para a lei com viés consequencialista e de racionalidade prática. Nesse movimento, a “*opinio iuris*” adquire força de norma jurídica¹⁹, e os valores se confirmam em preceitos e soluções ao caso concreto, produzindo-se o fenômeno jurídico.

Assim, a experiência humana e seu conteúdo existencial estão presentes desde a formação até a interpretação e integração do direito, com referenciais perceptivos e racionais na compreensão jurídica.

A inovação é por conta da inteligência artificial, pela qual é preciso confirmar o homem como o destinatário do direito, para quem se formam os sistemas democráticos de direito²⁰. Esse é um metacrítério de análise jurídica.

Ao lado da lei e demais fontes do direito dos seguros, as condições da contratação possuem função normativa entre as partes “*lex contractus*”. São efeitos no campo da autonomia privada, razão pela qual devem ser extraídos de maneira coerente com o contrato e sua função social.

O poder de autorregulação²¹ é relativo e sujeito às limitações dos negócios jurídicos, pela transposição do direito civil e sua vinculação à ordem pública e aos bons costumes²², além da regulação e controles estatais.

¹⁸ Sobre o reconhecimento do costume na dogmática jurídica: REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 430.

¹⁹ Nesse sentido: BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Traducción por A. Martins Perez. 2ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959. Edição original 1943, p. 81.

²⁰ Brasil: CF Art. 1º, § único.

²¹ Na lição de Emilio Betti, dentre as liberdades públicas, a autonomia privada significa o poder de “*autoregulação*” pelos próprios interessados: “*específicamente, una regulación directa, individual, concreta, de determinados intereses propios, por obra de los mismos interesados*”. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Traducción y concordancia con el derecho español por A. Martins Perez. 2ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959. Edição original 1943. p. 48.

²² Brasil: C.C. Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes. Espanha: C.C. “*Art. 1.116 Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa.*” “*Art.1.271 ...Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.*” Itália: C.C. “*Art. 1343 Causa illecita La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume (prel. 1, 1418, 1972).*” Argentina: C.c. “*Art.21.- Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.*” México: C.C. “*Artículo 1830. Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.*”

Desde o final do século passado é perceptível o *declínio da autonomia da vontade*²³. Reivindicações de consumidores, contratos-tipo e a problemática das cláusulas abusivas, estreitaram os limites da contratação.

O outro ponto a ser preservado diz respeito às bitolas do direito dos seguros e seus elementos pessoais, econômicos e formais. No sentido de que não há livre espaço de criação hermenêutica, e a interpretação deve apoiar-se nas fontes desse direito e na documentação contratual.

Embora o relativismo dos movimentos lógicos, é preciso observar a moldura do direito e do contrato, e evitar contradições ou transcendências, sob pena de insegurança jurídica.

Com relação ao texto, a interpretação reflete-se em dois planos: o do «*sentido das palavras*»; e o da «*intenção das partes*»²⁴.

Se a compreensão pelas palavras é precisa, vale limitar-se ao sentido delas, desde que não contrarie a função do contrato²⁵, os bons costumes e a ordem pública²⁶.

Havendo termos suscetíveis de dois ou mais sentidos, deve-se entender no mais conveniente à matéria do negócio, e que possa produzir efeitos²⁷, considerando o interesse, a garantia contratada e a tutela do tomador, ou segurado-consumidor.

Se não é fluente a compreensão pelas palavras, supre-se a obscuridade por associações de cláusulas que permitam identificar o *consenso contratual*, segundo a lei, com primazia da *vontade* sobre o *escrito*, o que não significa criar novos direitos, para fora das condições da contratação.

Nesse contexto, as condições particulares devem prevalecer sobre as gerais, especialmente as cláusulas adicionadas à mão ou condições gerais modificadas, porque “*las*

²³ “*Le Déclin de L’Autonomie de la Volonté*”. GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil - Le obligation – Le contrat. Principes et caractères essentiels. Ordre public – Consentement, Objet, Cause, Théorie générale des nullités*. Paris. L.G.D.J, 1980, p. 32-51.

²⁴ Brasil: C.C. “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.” Itália: “*Art. 1362 Intenzione dei contraenti: Nell’interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto.*”

²⁵ Brasil: C.C. “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

²⁶ Itália: C.C. “*Art. 1343. Causa illicita. La causa è illicita quando è contraria a norme imperative, all’ordine pubblico o al buon costume (prel. 1, 1418, 1972).*”

²⁷ Itália: C.C. “*Art. 1367 Conservazione del contratto: Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno (1424).*”

*cláusulas convenidas mediante relación singular significan una declaración de voluntad concreta de derogar las condiciones generales.*²⁸

Para reconstituir a vontade contratual, leva-se em conta a formação do negócio e sua execução. Recorre-se às comunicações²⁹ e ao comportamento das partes: antes, durante, e após a conclusão do contrato, considerando publicidade, cartas, e-mails, serviços, entre outros atos ou documentos que constituem meios de prova³⁰.

Isso vale para o documento eletrônico, ao qual se supõe um suporte tecnológico duradouro para documentos e assinaturas digitais, e recursos que indicam autoria, data, modificação e subscrição³¹.

O uso da tecnologia impõe cuidados nos contratos à distância, como o direito de arrependimento; equivalência probatória e funcional do documento eletrônico; e suporte acessível ao segurado-consumidor³²; além dos cuidados de proteção e tratamento de dados pessoais e empresariais.

Mensagens publicitárias de produtos e serviços obrigam o fornecedor e integram o contrato³³. Em sentido semelhante, as leis de seguro³⁴ cuidam da interpretação mais favorável ao tomador, segurado, beneficiário.

Nos *contratos consensuais*, que não exigem forma escrita, a comunicação a eles direcionada pode gerar obrigações³⁵, valendo o silêncio como expressão preceptiva, sendo que as leis de seguro distinguem algumas hipóteses de silêncio do segurador ou tomador³⁶.

²⁸ Cf. DONATI, Antígono. Op. cit. p. 35.

²⁹ Portugal: C.C. “Art. 35, 2. *O valor de um comportamento como declaração negocial é determinado pela lei da residência habitual comum do declarante e do destinatário e, na falta desta, pela lei do lugar onde o comportamento de verificou.*”

³⁰ Itália: C.C. Art. 1.362.

³¹ Brasil: Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei n 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet)

³² Espanha: *Ley 22/2007, de 11 de julio sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, art. 9 e, Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, art. 5º, 1.*

³³ Brasil: CDC art. 30.

³⁴ Brasil: PL 29/2017, “Art. 58. Se da interpretação de quaisquer documentos elaborados pela seguradora, tais como peças publicitárias, impressos, instrumentos contratuais ou pré-contratuais, resultarem dúvidas, contradições, obscuridades ou equivocidades, elas serão resolvidas no sentido mais favorável ao segurado, ao beneficiário ou ao terceiro prejudicado.”

³⁵ Brasil: C.C. artigos 107 e 108.

³⁶ Sobre o silêncio, veja-se: Portugal – DL 176/95, art. 17º e art. 27º da LCS portuguesa. Espanha: LCS, art. 12 – silêncio do tomador.

O silêncio é considerado manifestação de vontade em diferentes ordenamentos jurídicos. Tem o valor de uma declaração calada, cotejada caso a caso, conforme o direito aplicável. A priori, seu emprego deve atender aos costumes locais³⁷.

Nos *negócios formais*, cuja lei requer instrumento escrito, este é condição de validade. E seus anexos e rescisão seguem a mesma lógica da documentação escrita³⁸. Importantes autores sustentam o caráter formal da contratação³⁹. A lição é relevante no sentido da «*função normativa*»⁴⁰ da apólice, especialmente frente ao objeto da contratação, riscos cobertos e excluídos. Todavia, não se trata de exigência “*ad solemnitatem*”, como na antiguidade, mas de meio de prova e dever de informar do segurador, com exigências de conteúdo mínimo⁴¹.

O equilíbrio e comutatividade são igualmente relevantes, a fim de evitar externalidades negativas. Há um racional econômico a ser valorizado do ponto de vista da equidade e das expectativas das partes quando da contratação⁴².

Por essas e outras razões, inclusive de ordem pública, cláusulas abusivas são nulas ou sujeitas à nulidade nas leis de diversas nações⁴³; enquanto as cláusulas limitativas devem

³⁷ Brasil: C.C. “Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. Portugal: C.C. “Art. 35, 3. O valor do silêncio como meio declaratório é igualmente determinado pela lei da residência habitual comum e, na falta desta, pela lei do lugar onde a proposta foi recebida.”

³⁸ Brasil: C.C. Art. 109. No negócio jurídico celebrado com cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato. “Exemplo: C.C. “Art. 819. A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva.” Itália C.C. Art. 1.350.

³⁹ Sobre o caráter formal do contrato de seguro: BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clóvis Bevilacqua*. Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1919, p. 185. SANTOS, Amilcar. *Seguro – doutrina, legislação, jurisprudência*. Rio de Janeiro, Record Editora, 1959, páginas 34, 37, 61. p. 521. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10ª ed., Vol III. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2001, p. 303. GARRIGUES, Joaquin. *Contrato de Seguro Terrestre*. Madrid, 1973, p. X (preliminar). O mestre espanhol, a seu tempo, fez importantes comentários sobre o código de comércio e o caráter formal do pacto. VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. Volume IV. 3ª ed. Milano. Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi. 1954. Op. cit. p. 426/428.

⁴⁰ Função normativa da apólice: SÁNCHEZ CALERO, Fernando (Director), Francisco Javier Tirado Suárez, Alberto Javier Tapia Hermida y José Carlos Fernández Rozas. *Ley de contrato de seguro*. Pamplona, Editora Aranzadi, 1999. p. 166. GARRIGUES, op. cit., p. 10.

⁴¹ Conteúdo mínimo da apólice: Brasil: C.C. art. 759-761. Espanha: LCS 50/1980, art. 8º. Portugal: DL 72/2008, art. 5º, 37º, 151º, 154º, 158º, 170º, 171º, 179º, 185º, 187º, 208º. França: CA, art. 112-1, 112-4. Argentina, LS 17. 418, art. 11. Chile: C.Com, art. 514, 518, 567. México: LS, art. 20, 24, 25, 26, 141, 153 e 164.

⁴² Brasil: C.C. “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.”

⁴³ Brasil: CDC art. 6º, V e 51; Portugal: LDC, art. 16. Espanha: LCS, art. 3º; LGDCU art. 10bis e 10 ter. art. 62 e Real Decreto 1/2007, artigos 8º “d”; 20, 49, “h”, 60, 62. França: CDC, Art. L.132-1 e segs. México: CDC, art. 1, VII, 24, XX e 90. Argentina: LDC art. 37-39.

ser redigidas com destaque⁴⁴, atribuindo-se ao segurador o ônus da prova do que possa ensejar a exclusão de riscos⁴⁵.

Quanto à prescrição, também é matéria de ordem pública⁴⁶, cujos prazos não podem ser alterados pelas partes⁴⁷. A regra hermenêutica é de interpretação restritiva, uma vez que diz respeito a restrições de direitos, sendo essa a orientação que se confirma na Jurisprudência do STJ⁴⁸.

No plano do «*sentido das palavras*», a tarefa do intérprete busca compreender o conteúdo das disposições pela combinação de cláusulas⁴⁹, impressos e leis de fundo, de forma que uns complementem os outros, atribuindo às expressões duvidosas o sentido resultante deste conjunto.

Qualquer que seja a generalidade de seus termos, não deve compreender coisa distinta daquelas a que as partes se propuseram contratar. Vale referir o “*princípio da especialidade do risco*”⁵⁰, e as limitações do objeto ao conteúdo contratual, observando-se riscos cobertos e excluídos.

Nos negócios *gratuitos* ou *benéficos*, como doações, cessão de direitos, mútuas, havendo dúvida deve prevalecer o sentido menos gravoso e em favor da menor transmissão de direitos⁵¹.

⁴⁴ Brasil: CDC, art. 54, § 4º; Espanha: LCS, artigos 3º e 8º; LGDCU, art. 10. Portugal: DL, art. 18 a 34. México: LS, art. 20, bis e 24. Sobre a admissibilidade de cláusulas limitativas: Brasil: STJ Recurso Especial nº 319.707 - SP (2001/0047428-4) Rel.: Ministra Nancy Andrighi. Ementa: “Código de Defesa do Consumidor. Plano de Saúde. Limitação de Direitos. Admissibilidade.

⁴⁵ Veja-se: PL 29/2017. “Art. 61. As cláusulas referentes à exclusão de riscos e prejuízos ou que impliquem restrição ou perda de direitos e garantias são de interpretação restritiva quanto à sua incidência e abrangência, cabendo à seguradora a prova do seu suporte fático.”

⁴⁶ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis Bevilacqua*. Op. cit. p. 438. KULLMANN, Jérôme. “... *le recurs à las notion d'ordre public es ici essentiel.*” *La prescription. Traité de droit de assurances. Tome 3. Sous la Direction de Jean Bigot*. Op. cit. p. 1313 e 1316.

⁴⁷ Brasil: C.C. Art. 192. Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes.

⁴⁸ Brasil: STJ “Ação de conhecimento. Seguro Prescrição. Suspensão. Súmula 229 do STJ. Interpretação extensiva. Impossibilidade. Regra de hermenêutica. Se a Súmula nº 229 do STJ dispõe que a prescrição fica suspensa até que o segurado tenha ciência da decisão, sobre a recusa do pagamento do valor do seguro, não se pode extrair daí que a cientificação do estipulante seja equivalente à ciência do segurado. A cientificação do estipulante sobre a decisão da seguradora em não efetuar o pagamento do valor do seguro não tem o condão de fazer fluir o prazo prescricional da pretensão de cobrança da indenização. Segundo a regra básica de hermenêutica jurídica, não se pode dar interpretação extensiva em matéria de prescrição, visto significar perda do direito de ação por decurso de prazo, ou seja, restrição do direito de quem o tem. As disposições alusivas à perda de direito pela prescrição ou decadência devem ser interpretadas restritivamente, não comportando interpretação extensiva, nem analogia. Recurso especial não conhecido”. REsp. nº 799.744/DF Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma. j. em 25.09.2006, DJ 09.10.2006. p. 300.

⁴⁹ Itália: C.C. “Art. 1363 *Interpretazione complessiva delle clausole: Le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto.*”

⁵⁰ GRAVINA, Maurício Salomoni. *Direito dos Seguros*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 87.

⁵¹ Brasil: C.C. “Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.”

Outra fórmula conhecida, desde o Código de Napoleão, diz que a cláusula obscura inserida por um dos contratantes não deve favorecer quem ocasionou a obscuridade. É a *interpretação contra o predisponente*⁵², prevista nas leis do Direito moderno e na orientação dos Tribunais⁵³.

Nos negócios *onerosos*, como na generalidade dos seguros privados, em que há uma variada gama de operações econômicas, a dúvida merece ser resolvida em favor da maior reciprocidade⁵⁴.

Com relação à cláusula arbitral, deve ser redigida por escrito, com relação a contrato certo e determinado. Nela se confere ao árbitro poderes para decidir sobre a validade da convenção, a instauração da arbitragem e julgamento⁵⁵. Cumpre observar o rito estabelecido pelas partes ou pelo órgão arbitral na «*cláusula compromissória*» ou «*compromisso arbitral*»⁵⁶, que especificam o procedimento a ser observado, inclusive o julgamento por equidade⁵⁷. A sentença arbitral equivale às decisões judiciais e, quando condenatória, constitui título executivo, razão pela qual deve estar revestida de requisitos formais⁵⁸.

No que respeita ao conteúdo contratual, não se espera mobilidade de interpretação e integração ao ponto de valer circunstâncias não contempladas em lei ou nas cláusulas

⁵² Brasil: C.C. “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, deverá adotar a interpretação mais favorável ao aderente.” Itália: “Art. 1370 *Interpretazione contro l'autore della clausola. Le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto (1341) o in moduli o formulari (1342) predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro.*” Espanha: art. 1288 “*La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.*”

⁵³ A interpretação contra o predisponente é Princípio dos Contratos do Comércio Internacional – UNIDROIT, cujo artigo 4.6: cuida da “Interpretação “contra proferentem”, com definições no art. 113 do Código Civil Brasileiro e art. 47, do Código de Defesa do Consumidor. Sobre interpretação contra o predisponente: STJ. Precedentes: Recurso Especial Nº 311.509 - SP (2001/0031812-6), Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira; Recurso Especial Nº 1.133.338 - SP (2009/0065099-4) Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; e, Recurso Especial Nº 1.106.827 - SP (2008/0284799-4) Relator: Ministro Marco Buzzi.

⁵⁴ Itália: C.C. “Art. 1371 *Regole finali: Qualora, nonostante l'applicazione delle norme contenute in questo capo (1362 e seguenti), il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso.*”

⁵⁵ Brasil: Lei 9.307/96, art. 8º.

⁵⁶ Brasil: Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, art. 3º-12. Espanha: Ley 36/1988, Título II, art. 5º a 11. França: CPC, “art. 1442–1449. Portugal: LAV, art. 1º-7º. Argentina: CPCCom. art. 739 e 741. México: C.com. art. 1423 e segs. Chile: Art. 7º e segs.

⁵⁷ Sobre a equidade na arbitragem em diferentes países: GRAVINA, Maurício Salomoni. Direito dos seguros. Op. cit. p. 178-184.

⁵⁸ Brasil: Lei 9.307/96 - “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”

contratuais. Cumpre respeitar o objeto contratual segundo as garantias contratadas e a especialidade dos riscos predispostos⁵⁹.

O intérprete deve cingir-se aos limites do contrato, e a documentação é referencial de unidade interpretativa segundo o objeto de cada tipo de seguro, considerando a regulação, controles e a tutela compensatória⁶⁰. A limitação é traço distintivo da especialidade do risco, que pressupõe a descrição das garantias contratadas e do prêmio, com clareza e previsibilidade⁶¹.

Outro contexto é o da jurisprudência. A eficácia sugestiva ou vinculante dos precedentes judiciais é cada vez mais presente no direito dos seguros, o que torna necessário conhecê-los⁶². Quanto à força dos precedentes cabe destacar a norma espanhola segundo a qual, quando o Tribunal Supremo declara a nulidade de uma cláusula a Administração Pública obrigará os seguradores a modificar cláusulas idênticas⁶³.

Ainda na interpretação e aplicação do direito observa-se a equidade como fator de adequação das normas jurídicas; ou como poder criador de direito⁶⁴. Como «fator de adequação» atua diante da *ordem* existente para compensá-la, interpretá-la, corrigi-la, ou para quantificar algo ou dar-lhe modelação; como «equidade estrita», nos casos de previsão legal⁶⁵, permite-se um espaço de criação do direito aos destinatários da ordem jurídica, como

⁵⁹ GRAVINA, Maurício Salomoni. *Princípios Jurídicos do Contrato de Seguro*. 2ª Edição Revista e atualizada, Rio de Janeiro: Fundação Escola Nacional de Seguros - Funenseg, 2018, p.p. 45-53. GRAVINA, Maurício Salomoni. *Principles of retrospective risk and speciality risk*. Revista Brasileira de Risco e Seguro: http://www.rbrs.com.br/arquivos/rbrs_18_3.pdf. Acesso em 11 de mar/2021.

⁶⁰ Sobre o princípio compensatório: GRAVINA, Maurício Salomoni. *Direito dos seguros*. Op. cit. p. 138.

⁶¹ "...la presupposizione è quindi tecnica fondamentale per la ripartizione del rischio contrattuale" ROSSELLO, Carlo. *"l'interpretazione del contratto, I orientamenti e tecniche della giurisprudenza."* A cura di Gido Alpa. Dott. A. Giufreè Editore – Milano -1983, p. 434.

⁶² Brasil: Na recente reforma do Código de Processo Civil brasileiro reforçou-se o sentido de uniformizar e manter estável, coerente e íntegra a jurisprudência (art. 926, do CPC), sendo que juízes e tribunais devem observar precedentes obrigatórios (art. 927 do CPC).

⁶³ Espanha: LCS 50/1980, art. 3º. Brasil: há competência do STF, em matéria constitucional, e do STJ, para as demais violações de tratado ou lei federal (art.105, III, "a"). Podem ser editadas súmulas por ambas as cortes, com poderes ao STF para editar «*súmulas vinculantes*». Para uma matéria ser sumulada no STF (BR) é necessário o requisito da decisão reiterada, de votação por 2/3 dos membros, e publicação na imprensa oficial, conforme art. 103-A e parágrafos da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004. Há exigência de reiteradas decisões e quórum qualificado na Corte, antes de ordenar à Administração Pública que determine ao mercado a alteração de cláusulas das seguradoras.

⁶⁴ Veja-se: GRAVINA, Maurício Salomoni. *Direito do Seguro*. Op. cit. p. 172.

⁶⁵ Brasil: CPC: "Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei"; Espanha: C.C. "Art. 3º, "1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. 2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita."; Portugal: C.C.: "Art. 4º. Os tribunais só podem resolver segundo a equidade: a) Quando haja disposição legal que o permita; b) Quando haja acordo das partes e a relação jurídica não seja indisponível; c) Quando as partes tenham previamente convencionado o recurso à equidade, nos termos

o *poder* atribuído ao juiz, ao árbitro, à administração pública, ou aos particulares, em exceção à *reserva legal*, para empreender atos criadores de direito autorizados pela *ordem existente*⁶⁶. Em todos os casos a equidade encontra limites legais e processuais.

Como contrato regulado, deve-se observar o princípio da intervenção mínima⁶⁷ na mitigação do impacto de regulação, com base no “*equilíbrio das equações públicas*”⁶⁸; assim como frente aos atos judiciais, de preservação do negócio jurídico e dos interesses tutelados pelas partes⁶⁹. Nesse sentido, foram importantes os avanços no Brasil, trazidos pela Lei de Liberdade Econômica, no sentido de respeitar a alocação de riscos pelas partes.

Dentre os instrumentos de integração também se destaca a analogia. No sentido pelo qual o direito completa-se a si mesmo por *círculos de semelhanças*⁷⁰, quando o sentido é um equivalente ético de utilidade reconhecida pela ordem existente.

Ainda vale referir a interpretação conforme a Constituição, standard sempre presente no contexto das nações, que leva em conta a unidade e supremacia da constituição, com destaque para o rol de direitos e garantias fundamentais, funções organizativas de órgãos estatais e de controle, e suas diretrizes de segurança jurídica e confiança.

aplicáveis à cláusula compromissória.” México: C.C. “Artículo 19. Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la Ley o a su interpretación jurídica. A falta de Ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho.” Argentina: C.C. “Art.1.- Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes.” Chile: C.C. “Art. 24. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.”

⁶⁶ Sobre a equidade como espaço de criação do Direito pelo destinatário da ordem jurídica, vale citar a teoria de Hans Kelsen sobre “o sistema dinâmico de normas”, que contempla um espaço de produção do direito por “indivíduos que foram autorizados a criar normas a partir de uma norma superior”. KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1992, p. 117.

⁶⁷ Brasil: C.C. “art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.”

⁶⁸ DROMI, Roberto. *Sistema y valores administrativos*. 1ª ed. Buenos Aires- Madrid: Editorial Ciudad Argentina, 2003, pp. 204 a 210.

⁶⁹ Brasil: C.C. “Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.”

⁷⁰ A expressão «*círculo de semelhança*», bastante apropriada ao estudo da analogia foi extraída de CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 36.

Por fim, na medida suficiente para estas breves reflexões, são lançados esses tópicos sobre a hermenêutica no contrato de seguro, a fim de que possam servir na interpretação deste contrato, sem perder de vista os valores locais e universais dos direitos do homem⁷¹.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLEN, Francis T. *Principios generales de seguros*. Traducción de Teodoro Ortiz. 1ª ed. en español, México, Editora Fondo de Cultura Económica, 1949. 1ª ed. en inglés, 1936.

ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1999. 1ª ed. 1983.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios*. 2ª Edição: São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 215.

BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Traducción y concordancia con el derecho español por A. Martins Perez. 2ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959. Edição original 1943.

BIGOT, Jean. (direcion) *Traité de droit des assurances, Tome 3, Le contrat d'assurance*. Avec la collaboration de Jean Beauchard, Vincent Heuzé, Jérôme Kullmann, Luc Mayaux e Véronique Nicolas.L.D.G.J – Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, EJA, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 9ª Edição. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos Seguros* 2ª ed. rev. e atualizada – Coimbra, Edições Almedina S.A., 2016.

_____. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra, Editora Almedina, 2001.

DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Vol. 1º Introducción Teoría del Contrato*. Quinta edición. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

⁷¹ Por fim vale a lição de Thoreau; “Acho que devemos em primeiro lugar ser homens, e só depois súditos. Não é desejável que se cultive o respeito à lei igual ao que se cultiva pelo que é correto.” In. *A desobediência civil*. THOREAU, Henry David, *Walden, ou A vida nos bosques e A desobediência civil*. Tradução, Astrid Cabral – São Paulo: Global, 1984, p. 309.

DONATI, Antigono. *Los seguros privados*. Manual de derecho. Traducción por Arturo Vidal Solá. Barcelona, Librería Bosch, 1960. La edición original de esta obra ha sido publicada en italiano por “Dott. A. Giuffrè – Editore” de Milan con el título de *Manuale Di Diritto Delle Assicurazioni Private*, 1956.

DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 10ª edición, Buenos Aires – Madrid: Editorial Ciudad Argentina, 2004.

EMERSON, Ralph Waldo. *A conduta da vida*. 1ª ed. 2019. Título original: *The Conduct of Life*. Tradução Juliana Amato. Campinas – SP, Ed. Auster, 2019.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3ª Edição revista e ampliada com preceitos de interpretação constitucional. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

GARRIGUES, Joaquin. *Contrato de seguro terrestre*. Imprenta Aguirre, Madrid, 1973.
 _____. *Contrato de seguro terrestre*. 2ª.ed. Imprenta Aguirre, Madrid,1977.

GATES, Bill. *The road ahead*. With Nathan Myhrvold and Peter Rinearson. Pearson Educatin Limited, Edimburgh Gate, Harlow, England and Associated Companies throughout the world. Third Impression, 1999. First Published in Great Britain by Viking, 1995.

GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil - Le obligation – Le contrat. Principes et caractères essentiels. Ordre public – Consentement, Objet, Cause, Théorie générale des nullités*. Paris. L.G.D.J, 1980.

GRAVINA, Maurício Salomoni. *Princípios Jurídicos do Contrato de Seguro*. Rio de Janeiro: Fundação Escola Nacional de Seguros - Funenseg, 2015.

_____. S. GRAVINA, Maurício. *Princípios jurídicos del contrato de seguro*. 1ª ed. Buenos Aires – Madrid - Mexico: Ciudad Argentina-Hispania Libros, 2015.

GRAVINA, Maurício Salomoni. *Princípios Jurídicos do Contrato de Seguro*. 2ª Edição Revista e atualizada, Rio de Janeiro: Fundação Escola Nacional de Seguros - Funenseg, 2018.

_____. *Principles of retrospective risk and speciality risk*. Revista Brasileira de Risco e Seguro: http://www.rbrs.com.br/arquivos/rbrs_18_3.pdf.

_____. *A proteção da confiança no contrato de seguro*. Cadernos de seguro. Escola Nacional de Seguros. Ano XXXVI, Nº 187, janeiro-março de 2016, ISSN 0101-5818, p.p. 25-27.

_____. *Ensuring trustworthiness in the insurance contract*. Cadernos de seguro. Escola Nacional de Seguros. Ano XXXVI, Nº 187, janeiro-março de 2016, ISSN 0101-5818, p.p. 65-67.

_____. *Princípio do interesse no contrato de seguro*. Cadernos de Seguro. Escola Nacional de Seguros. Ano XXXIV, nº 179, janeiro-março de 2014. ISSN 0101-5818, p.p. 35-37.

____. *Principle of interest in the insurance contract*. Cadernos de Seguro. Escola Nacional de Seguros. Ano XXXIV, nº 179, janeiro-março de 2014. ISSN 0101-5818, p. 97-99.

____. *A boa fé no contrato de seguro*. Cadernos de Seguro. Escola Nacional de Seguros. Ano XXXVI, nº 189, julho/setembro de 2016. ISSN 0101-5818, p.33-35.

____. *Good faith in the insurance contract*. Cadernos de Seguro. Escola Nacional de Seguros. Ano XXXVI, nº 189, julho/setembro de 2016. ISSN 0101-5818, p. 73-75.

____. *Noções de interpretação nos contratos*. Cadernos de seguro. Escola Nacional de Seguros. Ano XXXVII, Nº 192, abril/junho de 2017, p.p. 39–42.

____. *Notions on the interpretation of contracts*. Cadernos de seguro. Escola Nacional de Seguros. Ano XXXVII, Nº 192, abril/junho de 2017, p.p. 73-75.

HALPERIN, Isaac. *Seguros. Exposición crítica de las Leyes 17418, 20091 y 22400*. 3ª Ed. Actualizada y ampliada por Nicolás H. Barbato. Buenos Aires, Depalma, 2001, 1ª ed. 1970.

IBDS – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. *Contrato de Seguro: Uma Lei para todos* – São Paulo: Quartier Latin, 2013.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael. *El comercio electrónico y su proyección en el seguro y en el reaseguro: visión internacional*. Madrid, Revista Española de Seguros, n. 111, 1997, p. 385/408.

INSTITUTAS DO IMPERADOR JUSTINIANO. *Manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d.C.* Tradução: José Cretella Jr. e Agnes Cretella. Tradução diretamente do original latino, de V.Arangio-Ruiz e Antonio Guarino, Milano, 1943. Dott. A Giuffrè Editore. 2ª edição ampliada e revista. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Batista Machado. 6ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998. 1ª ed. 1960.

____. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1992.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed., Tradução: José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPEZ, Javier Pagador. *Regimen juridico de las condiciones generales y particulares del contrato de seguro*. Madrid, Revista Española de Seguros, n. 87, 1996, p. 82/130.

LOPES SAAVEDRA, Domingo H. *Ley de seguro n. 17.418 comentada y anotada. – 1ª ed.* Buenos Aires: La Ley, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1980.

MACKELDEY, F. *Elementos del Derecho Romano que contienen La Teoria de la Instituta precedida de una Introducción al estudio del mismo Derecho*. Obra escrita em alemán. Cuarta Edición Corregida. Madrid: Libreria Leocadio López, Cármen 13, 1886.

MANES, Alfredo. *Tratado de seguros. Teoria general del seguro* - 4ª ed. Tradução Fermín Soto. Madrid, Editorial Logos Ltda.,1930.

MARENSI, Voltaire. *O seguro no direito brasileiro*. 9ª ed. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009.

_____. *O seguro a vida e sua modernidade*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2011.

MARTÍNEZ ESCOBAR, Manuel. *Los seguros*. La Habana, Editora Cultural, 1945.

MARTÍNEZ MÍGUEZ, Manuel Maria. *Notas sobre el seguro de responsabilidad civil, de suscripcion obligatoria en la circulacion de vehiculos a motor*. La Ley, Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Madrid. Año XVII, número 4126, jueves, 19 de septiembre de 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000.

MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Traduit de L'allmand par Olivier Jouanjan. Presses Universitaires de France, Paris, 1996. Traduction française de *Juristische Methodik*, Berlin, 1993.

NICOLAS, Veronique, *Essai d'une nouvelle alalyse du contrat d'assurance*. Bibliothèque de Droit Privé, Tome 267, Dirigée por Jaques Ghestin, pp. 21 – 102.

PICARD, Maurice et André Besson. *Traité général des assurances terrestres en droit français*. Paris. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1938.

PLANIOL, Marcelo. RIPERT, Jorge. *Derecho civil frances*. Traducción Española Dr, Mario Diaz Cruz con la colaboración del Dr. Eduardo le Riverend Brusone. Tomo XII, Los contratos civiles. Segunda Parte, con el concurso de ANDRES ROUAST, RENE SAVATIER y JEAN LEPARGNEUR. Editorial Cultural, Habana, 1946.

POLIDO, Walter Antonio. *Resseguro – cláusulas contratuais e particularidades sobre responsabilidade civil*. 2ª ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Funenseg, 2011.

_____. *Contrato de seguro: novos paradigmas*. São Paulo: Editora Roncarati, 2010.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução Prof. Cabral de Moncada, Coimbra, Editor Sucessor, 1997, 1ª edição 1932.

RAÓ, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5ª ed. Anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Título Original: *a theory of justice*. Tradução Alminro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, São Paulo, Martins Fontes, 1997.

RECÀSENS SICHERS, Luis. *Tratado general de filosofia del Derecho*. 12 ed. México: Editorial Porrúa, 1997. 1ª ed. 1959.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. Título Original: “*Il Contratto*” 1977 – Bologna.

SAINRAPT, Christian. *Dictionnaire général de l'assurance*. Éditions Arcature, 1996, 85bis, route de Grigny 91130 Ris-Orangis.

SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de seguro no cotidiano: coletânea de ensaios jurídicos*. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

_____. *Interesse segurado e o princípio da predeterminação do risco*. In. Estudos de Direito do Seguro em Homenagem a Pedro Alvim/ Angélica L. Carlini e Ricardo Bechara Santos/org/. Rio de Janeiro: Funenseg, 2011.

SANZ PARRILLA, Milagros. *Ensayo bibliográfico sobre derecho de seguros en españa (1980-1992)*. Madrid, Revista Española de Seguros, n. Extraordinario, 1993.

SARAIVA, Oscar. *Cláusulas de seguro*. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Coord. J. M. Carvalho Santos e José de Aguiar Dias, Vol. IX, Rio de Janeiro, Editor Borsoi.

SAVIGNY, Friedrich Karl von, 1779-1861. *Metodologia jurídica*. Trad. J.J.Santa-Pinter e Hebe A.M. Caletti Marengo; Campinas – SP: Edicamp, 2001.

URIA, Rodrigo. *Derecho mercantil*. 25ª ed. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998.

A CLÁUSULA DE IMPOSIÇÃO DE FORO ESTRANGEIRO OU DE ARBITRAGEM NO TRANSPORTE INTERNACIONAL MARÍTIMO DE CARGA: NULIDADE PLENA E A NÃO SUBMISSÃO DO SEGURADOR SUB-ROGADO

Paulo Henrique Cremonese¹

Resumo: O presente estudo trata da defesa do contratante débil no contrato internacional de transporte marítimo de carga, expondo suas hipossuficiência e o dirigismo contratual do armador. Referido contrato – que é de adesão – contém muitas cláusulas abusivas, como as que dispõem sobre a limitação tarifada de responsabilidade e imposição de foro. O objetivo será discutir a de imposição de foro, defendendo o foro do lugar de cumprimento da obrigação de transporte ou o que melhor convém ao credor insatisfeito, vítima do dano contratual (ou, ainda, o segurador sub-rogado).

Palavras-chave: Seguro de Transporte Internacional. Jurisdição. Sub-rogação.

I. INTRODUÇÃO

Não é a primeira vez que escrevemos sobre este assunto. É algo de nosso especial interesse porque enfrentado quase que diariamente nos litígios de ressarcimento em regresso do segurador de carga contra o transportador marítimo. Dele tratamos, acadêmica e profissionalmente, no Brasil e no exterior. Abordagens diferentes, mas o mesmo núcleo de detida atenção.

Por mais que o Direito seja essencialmente dialético, não compreendemos tanta polêmica a respeito, já que nos parece muito claro que o Direito Processual Civil respeita a eleição de foro estrangeiro e o compromisso arbitral desde que efetivamente negociados entre as partes de um contrato.

Se, porém, um e outro forem impostos (especialmente em contrato de adesão), não há que se falar nas regras processuais que os autorizam. As regras processuais servem para dar vida prática às materiais, quando não respeitadas de plano, não para validar o que é injusto, fundamentalmente errado.

Por isso, ousamos dizer que a polêmica, avolumada a partir de interpretação enviesada do Código de Processo Civil de 2015, não se justifica, sequer é veraz. Todavia, existe e por isso tem que ser enfrentada com rigor.

¹ Advogado com atuação em Direito do Seguro e Direito dos Transportes. Mestre em Direito Internacional Privado pela Universidade Católica de Santos. Especialista em Direito do Seguro pela Universidade de Salamanca (Espanha). Membro da ANSP – Academia Nacional de Seguros e Previdência.

Este modesto trabalho foi originalmente publicado, antes, no prestigioso Portal Jurídico ConJur (Consultor Jurídico) com o título: *A ilegalidade e a nulidade da cláusula abusiva de imposição de foro no contrato internacional de transporte marítimo de carga: a proteção do contratante débil, da vítima do dano ou do segurador sub-rogado.*² e se ancorou em muito estudo prévio e em casos concretos.

Repetimo-lo, neste momento, não por desamor ao novo ou falta de motivação em escrever mais a respeito. A repetição é necessária porque seu conteúdo expõe ao fim a posição de um dos mais importantes juristas do Brasil, Ives Gandra da Silva Martins, cujo teor merece e deve ser conhecido por todos que se dedicam ao estudo do Direito Processual Civil, sobretudo quando ligado ao Direito de Seguros.

Escrever algo diferente talvez fosse querer reinventar a roda (e que esta afirmação não seja, imploramos, tomada por prepotente) ou dizer a mesma coisa com outras palavras, algo talvez ofensivo à inteligência daqueles que nos honram com sua gentil leitura.

Por isso, nesta afamada revista, onde estreamos com invulgar alegria, repetimos o que antes publicado, com algumas adaptações e a esperança de contribuir, de algo modo, para o fomento do Direito Processual Civil, do Direito de Seguros e do Direito Marítimo, quando unidos pela prática jurídica e pelo sincero desejo de ver aplicada a máxima romana de Justiça: dar a cada um o que é seu.

Que assim seja e que o artigo possa realmente contribuir para o bem da revista, para justificar a confiança da Associação Internacional de Direito de Seguros e, ainda mais, para o cotidiano acadêmico-profissional de cada amigo leitor.

Neste artigo nosso objetivo é tratar das cláusulas abusivas do contrato internacional de transporte marítimo de carga, notadamente a de imposição de foro. O assunto faz parte do cotidiano profissional. É um dos mais polêmicos nos litígios judiciais de Direito Marítimo, especialmente naquilo que diz respeito ao Direito das Obrigações e ao Direito do Seguro.

O tema nos é caro. E não só por sua relação com o nosso exercício profissional da advocacia, mas por seu fundo moral. A ordem moral integra o Direito, e em muitos sistemas constitucionais, como o do Reino da Espanha, tem natureza constitucional. Estamos convictos de que no mundo atual não há mais espaço para o dirigismo contratual,

² <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-paulo-henrique-cremoneze.pdf> - Data de acesso 16 de junho de 2021

especialmente do modo com que se apresenta em contratos de adesão, feito o contrato de transporte internacional marítimo de carga.

Neste trabalho, o foco repousará no transporte marítimo e, dentro dele, alcançará a chamada cláusula de eleição de foro, imposta pelos dedos unilaterais do armador.

Quando do trabalho de conclusão da *Especialização em Direito do Seguro*, por ocasião do 45º. *Curso de pós-graduação em Direito*, dessa mesma Universidade de Salamanca, sob orientação do Professor Eugenio Llamas Pombo, tratamos da cláusula de limitação de responsabilidade, demonstrando sua natureza abusiva e sua ilegalidade diante do princípio da reparação civil integral.

Neste momento atacaremos as cláusulas de imposição de foro, ou de arbitragem (esta meramente a reboque), enfatizando sua nocividade, o veneno que destila no Direito Contratual, a incompatibilidade que guarda com a dinâmica atual e com os princípios que informam o Direito das Obrigações, auxiliares do Direito de Danos, ordenador da Responsabilidade Civil.

No Brasil, assim como no México e no Panamá, tais cláusulas são, por exemplo, nulas de pleno de Direito. Na Inglaterra (Reino Unido), aceitas e defendidas. No sul da Europa, parcialmente respeitadas por causa das Convenções Internacionais de Direito Marítimo, descompassadas porém com outras fontes normativas presentes nos ordenamentos jurídicos nacionais e da União Europeia, como as que tratam do Direito do Consumidor, da defesa do contratante débil e da responsabilidade civil dos que manejam riscos.

Se não for excesso de pretensão de nossa parte, instigados pela flama do ideal, pretendemos ao menos a inspirar discussões em torno de possíveis ajustes nos ordenamentos jurídicos europeus. As cláusulas abusivas em contratos marítimos internacionais, sobretudo os de transportes de cargas, não podem ser mais aceitas; e caso o sejam, devem buscar um alinhamento melhor com as novas perspectivas do Direito.

O repúdio ao dirigismo contratual se põe às portas da necessidade. E o auxílio porque muitos no mundo esperem talvez venha do lugar menos esperado: a experiência brasileira, positiva e harmônica com o que há de melhor em termos de construção doutrinária contemporânea, especialmente na comunidade europeia.

Pela cláusula de imposição de foro do armador fere-se a própria garantia constitucional fundamental de acesso à jurisdição da vítima do dano, do credor insatisfeito e/ou do segurador sub-rogado.

Em muitos litígios de Direito Marítimo, os ataques à ordem pública chegam também ao campo do Direito do Seguro. Com isso muito sofrem os princípios da sub-rogação e do mutualismo, essencialmente social, pois o segurador sub-rogado, que age em nome do mútuo, tem seu direito de regresso devastado por imposição contratual com que jamais anuiu formal e expressamente. A injustiça da hipótese nos parece bastante clara.

Tempos há em que o homem se deixa verdadeiramente levar pelo esquecimento, e algumas noções tão claras a épocas de outrora, a justiça é um exemplo, se vão deformando pela vulgarização do uso, se obscurecendo pela referência imprecisa; e então, envelhecidos, caducos, amarelecidos pelo tempo, passam a exigir um novo sopro de vida, uma nova fôrma expressiva, o chamado inaudito e ao mesmo tempo nostálgico da eternidade ideal.

E considerando ainda o tema de nosso trabalho anterior, de Direito do Seguro, e o fato de compor nosso cotidiano profissional há muito tempo, remetemo-nos ao lema da Universidade de Salamanca, já incorporados ao pensamento e ao coração: *“decíamos ayer, diremos mañana”*.

II. O CONTRATO INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE CARGAS E AS CLÁUSULAS ABUSIVAS: A ILEGALIDADE DA CLÁUSULA DE IMPOSIÇÃO DE FORO DO ARMADOR

Cláusulas abusivas é tema dos mais debatidos do Direito Contratual. Seguiu-se às grandes mudanças sociais depois da Segunda Guerra Mundial, vibrando um tanto mais ao advento do Direito do Consumidor. Assim é na Espanha, na Europa, no Brasil e nas Américas. Sua amplitude permite uma riqueza de abordagens notável. Certamente, um rio de tintas já correu sobre sua superfície, preenchendo-lhe as formas e, não raro, descolorindo-lhe os contornos. Sobre ele discutiram com notável ardor acadêmico alguns dos melhores doutrinadores do mundo.

E não temos dúvidas que assim continuará a ocorrer por muito tempo.

São cláusulas que oprimem uma das partes contratantes, porque impõem ônus excessivos, assimétricos e, portanto, são muito vexatórias ao Direito, já que ferem seu espírito fundamental: *a busca incessante de dar a cada um o que é seu, a constante e perpétua vontade que se confunde com a Justiça*.

Vamos além, já que não nos limitamos aos contratos com o selo de consumo e lembramos dos contratos em geral, a ponto de falarmos não apenas na hipossuficiência

inerente ao consumidor, mas no conceito de debilidade, na figura do contratante débil, presente em muitos negócios de Direito Civil.

Reconhecemos. Nosso objetivo, porém, é mais modesto, talvez até confortável. Com a abusividade clausular no contrato de transporte marítimo internacional de carga, mantivemos uma saudável proximidade com os hábitos da profissão. O que evita duas consequências terríveis para o estudioso: o abstracionismo alheio à prática do direito vivente e o desinteresse mortal que por vezes dedicamos a assuntos chatíssimos dos quais somos obrigados a falar.

Sim, o objetivo é o de tornar mais particular o discurso, mas enfatizar em que base fundamental se assenta, isto é, o mal das cláusulas abusivas em geral.

Tornar particular o estudo é tratar do assunto, por si só grave, sob a perspectiva do contrato internacional de transporte marítimo de carga. E, em tal específico contexto, ainda lembrar da situação do segurador sub-rogado que litiga em busca do ressarcimento em regresso contra o armador.

O contrato de transporte marítimo de cargas é um contrato diferenciado. Envolve um contratante, o embarcador, e um contratado, a parte forte dessa mesma relação, o transportador (normalmente, o armador do navio), e ainda outro participante, o consignatário da carga transportada, em favor de quem a obrigação de transporte se estipula, o contratante débil por excelência, o maior credor. Um contrato de adesão, com cláusulas impressas, unilaterais, dispostas exclusivamente pelo armador, segundo sua autocentrada vontade.

As demais partes, embarcador e consignatário, não externam sua vontade. Aderem ao pacote contratual, recebendo de pronto cláusulas manifestamente abusivas aos olhos do Direito Contratual no Brasil e de outros ordenamentos jurídicos.

Uma das cláusulas cuja abusividade se mostra de modo mais imperioso é aquela por meio da qual o armador impõe seu foro (ou procedimento arbitral) em detrimento daqueles de escolha das outras partes. Dito de outro modo: é a cláusula com que as obriga a renunciar a suas próprias jurisdições.

Tanto no Brasil como em outros países existe a possibilidade de as partes optarem, em contrato internacional, por um determinado foro ou pelo procedimento arbitral. Isso, aliás, não se põe em dúvida. Para tanto, porém, há que se observar o princípio da autonomia da vontade e o conceito de voluntariedade.

Isso não ocorre no contrato internacional de transporte marítimo de carga. O foro não é eleito por dois iguais, olhando-se frente a frente, os braços cruzados numa mesa negocial. Na prática e na teoria, ele é simplesmente imposto de cima a baixo.

A cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro no contrato internacional, porém só será efetivamente reconhecida e aplicada se o seu conteúdo corresponder perfeitamente aos pressupostos de validade do negócio jurídico, autorizada pela voluntariedade inequívoca.

Qualquer ofensa ou mitigação do princípio da autonomia da vontade tornará a referida cláusula inaplicável perante a nova ordem jurídico-processual.

Dentro desse contexto, portanto, nenhuma cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro no contrato internacional imposta unilateralmente em contrato de adesão será objeto de convalidação.

Considerando que todo contrato internacional de transporte marítimo de carga é um contrato de adesão, formatado exclusivamente pelo transportador, sem qualquer espécie de anuência do consignatário da carga, muito menos do seu segurador, não há que se falar no reconhecimento da cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro nele presente, e há muito a jurisprudência rotulou esse tipo de disposição contratual como manifestamente abusiva e ilegal.

Outra coisa que não pode ser ignorada: a primazia da Justiça sempre que reclamada sua participação, conforme garantia fundamental constitucional expressa.

Logo, mesmo uma cláusula eventualmente válida, plenamente voluntária, poderá ser deixada de lado quando houver concreta lesão ou ameaça de lesão com o afastamento do acesso à jurisdição.

No caso específico do Brasil, o art. 25, *caput*, do novo Código de Processo Civil, em vigor desde 18 de março de 2016, ao tratar dos limites da jurisdição nacional, dispõe: “*Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação*”.

Essa regra não se deixa alcançar pelo contrato internacional de transporte marítimo de carga, porque de adesão, nem é oponível ao segurador sub-rogado, porque este não é parte na relação contratual em destaque.

A aplicação da regra legal brasileira em destaque, ou de suas correspondentes pelo mundo afora, só tem cabimento quando no contrato internacional a voluntariedade for

fielmente observada, até porque condição *sine qua non* para que a eleição de foro exclusivo estrangeiro seja efetivamente válida e eficaz.

Tal questão, pois, não existe no contrato internacional de transporte marítimo de carga, informado por cláusulas impressas, unilaterais, consideradas manifestamente abusivas pelo ordenamento jurídico brasileiro e de outros países.

Importando da Física a ideia do dos vasos comunicantes, o que se infere dessa condição é que, sem a voluntariedade plena, não há possibilidade de eleger a exclusividade do foro estrangeiro. A vontade autônoma é imprescindível para o aperfeiçoamento do negócio jurídico. Isso porque a validade e a eficácia da norma legal não são passíveis de discussão, mas as da cláusula que forma sua hipótese de incidência, sim. Para que a regra do art. 25, *caput*, possa se subsumir a um dado negócio jurídico, sobre este deve pairar a mais absoluta legalidade.

Assim, a cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro somente será alvo de pleno alcance da regra do artigo 25 se a sua forma e o seu conteúdo se ajustarem perfeitamente ao ordenamento jurídico brasileiro, sem qualquer vício ou abusividade.

Isso é especialmente relevante para o caso específico do Direito Marítimo, ramo que guarda muitos pontos de contato com o Direito Internacional e que é preponderantemente informado por relações jurídicas negociais instrumentalizadas por contratos de adesão.

Por isso enfatizamos, com base em convicções jusfilosóficas e na jurisprudência brasileira, anterior e posterior ao novo Código, que o instrumento contratual internacional de transporte marítimo de carga, o *Bill of Lading*, especialmente sua cláusula de imposição do foro de escolha exclusiva do armador, não se ajusta às regras que permitem eleição de foro e ao espírito do Direito Contratual atual.

E não se ajusta porque é contrato: 1) de adesão; 2) com vício da plena autonomia da vontade de uma das partes da relação jurídica; 3) baseado em normas e convenções internacionais não reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro; 4) com cláusulas manifestamente abusivas; e 5) sem simetria entre as partes.

No conhecimento marítimo de transporte, o instrumento do contrato internacional de transporte marítimo de carga, a cláusula de eleição de foro não é aquela que merece a chancela da cabeça do artigo 25 do novo Código de Processo Civil, mas a que abraça, e o aperta com carinho familiar, o conceito de cláusula *hardship*.

Exatamente por isso a jurisprudência jamais as reconheceu. Neste sentido, os transportadores marítimos amargam uma derrota contínua, quase tradicional. Os tribunais

brasileiros sempre enxergaram nessas cláusulas formas abusivas e incompatíveis com o Direito brasileiro, afrontosas à soberania da jurisdição nacional.

Em síntese, é possível afirmar que uma cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro somente será válida e eficaz se: 1) respeitar o princípio da autonomia da vontade; 2) não se inserir em contrato de adesão; 3) respeitar todos os pressupostos essenciais do negócio jurídico perfeito; 4) não tiver abusividade de qualquer tipo; e 5) carecer de qualquer ilicitude, ainda que apenas segundo a ordem moral.

Certo é, pois, que o contrato internacional de transporte marítimo de carga não pode ver como válida e eficaz sua cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro. Ela está tomada, da cabeça aos pés, pelo desdém à vontade alheia, pela patologia do abuso jurídico, pelo véu da nulidade perfeita.

A cláusula de imposição de foro pelo armador, talvez por ironia chamada de eleição, é considerada abusiva e ilegal em relação ao credor insatisfeito, ao dono da carga, respeitando-se aí o conceito de contratante débil.

Conceito que pode e deve ser empregado em favor de quem, mesmo não sendo o contratante, exerce o direito de regresso por força do contrato de seguro de transporte de carga. Se há abuso e injustiça em relação ao dono da carga, muito mais haverá em relação ao segurador sub-rogado.

De fato, a situação se torna ainda mais complexa quando se leva em consideração a realidade prática do Direito Marítimo no âmbito judicial.

A maior parte das ações envolvendo os contratos internacionais de transportes marítimos de cargas é demandada por seguradoras, e não pelos consignatários de cargas, segurados.

A dinâmica é mais ou menos esta: o consignatário de carga (às vezes, o embarcador e exportador) contrata seguro do ramo de transporte internacional para cobrir os riscos de uma viagem marítimo. Diante de um sinistro, falta ou avaria, parcial ou total da carga, o segurador indeniza o segurado, proprietário da carga sinistrada, e sub-roga-se então na pretensão original deste contra o transportador marítimo, que não cumpriu fielmente a obrigação contratual de resultado. Por conta da sub-rogação e o direito de regresso, o segurador veste-se com o manto da legitimidade ativa *ad causam* e, mediante em provocação ao Estado-juiz, deflagra a disputa judicial.

A cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro no corpo do conhecimento marítimo é considerada abusiva, portanto, nula, relativamente ao segurado, embarcador e/ou

consignatário da carga; e em sendo assim, é igualmente nula relativamente ao segurador. Se é nula para o mais próximo da relação negocial, também o será para aquele que dela guarda uma distância considerável.

Não pode o segurador legalmente sub-rogado na pretensão do segurado ser obrigado a obedecer à disposição de um negócio jurídico do qual não foi parte, em sentido estrito, e com o qual nunca anuiu. A ilegalidade, abusividade flagrante em relação ao aderente do contrato, revela-se ainda mais perniciosa e indevida ao segurador.

E nem se diga que a sub-rogação seja via de dupla mão. Ledo engano. A sub-rogação transmite legal e legitimamente direitos, mas não todos os deveres, sobretudo aqueles chancelados com os signos do vício, do defeito jurídico e da ilicitude.

Sobre a não oponibilidade ao segurador sub-rogado, também é antigo e tradicional o posicionamento jurisprudencial brasileiro: *“A cláusula de eleição de foro constante de contrato de transporte ou do conhecimento de embarque é ineficaz quanto à seguradora sub-rogada no crédito da remetente, pois não está a seguradora na posição contratual da remetente segurada, detendo apenas o crédito desta.”*³

Num dado litígio forense, na ação em cuja autoria esteja seguradora legalmente sub-rogada na pretensão do segurado (embarcador ou consignatário da carga), a eventual aplicação da cláusula, em prejuízo a seu ressarcimento, é tão apenas errada, daí a precisa e justa resposta jurisprudência, uniforme e muito consistente.

A sub-rogação altera a situação fático-jurídica, exige tratamento diferenciado. Assim, ainda que tal cláusula contratual não fosse abusiva e, portanto, ilegal, jamais poderia projetar efeitos jurídicos contra o segurador sub-rogado, sob pena de ofensa do próprio negócio de seguro.

Em respeito ao contrato de seguro de carga, a seguradora indeniza ao dono da carga a integralidade dos danos que nela surgiram durante o transporte. Por sua vez, com a sub-rogação, ela passa a ter direito à busca por ressarcimento em regresso contra o transportador desidioso, exigindo dele não outra coisa senão o valor que pagou ao segurado.

Quando uma seguradora busca o ressarcimento em regresso contra o causador do dano, defende não apenas o seu direito, mas a legitimidade dos interesses do colégio de segurados. Tendo-se em conta a função social que informa o negócio de seguro, defende também, ainda que reflexamente, os interesses de toda a sociedade, já que o êxito do

³ UJ 356.311 – TP – j. 7.5.87 – rel. Juiz Araújo Cintra

ressarcimento impacta positivamente na saúde do seguro, e esta impacta positivamente na saúde dos negócios que nele se amparam.

Embora não seja a função principal do ressarcimento em regresso, nem mesmo a da própria responsabilidade civil, é possível dizer que a luta da seguradora alimenta a teoria do desestímulo. Induz possível boas práticas negociais, já que, punido o danador, o protagonista do prejuízo, não haverá para ele um meio de se beneficiar às custas da previdência alheia.

A eliminação dos benefícios injustamente obtidos pela atividade danosa também passa pelo não reconhecimento de cláusulas contratuais que objetivem diminuir a responsabilidade do danador ou inibir, por parte da vítima, o acesso à jurisdição conveniente.

Por isso é que o ressarcimento em regresso, antes de ser um direito, é talvez mais um dever do segurador, seu gesto de lealdade para com os segurados em geral, por força do princípio do mutualismo, e para com a sociedade, haja vista a função social da atividade de seguro, junto da necessidade de se punir o danador.

Diante disso, a cláusula em estudo, abusiva em relação ao dono da carga, se mostra ainda mais ao segurador, não lhe sendo oponível de maneira alguma.

É possível então afirmar os seis pontos seguintes:

- 1) A regra do artigo 25, *caput*, do novo Código de Processo Civil só atinge a cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro que constar de contrato harmônico com o sistema legal brasileiro, isento de vício ou abusividade;
- 2) Nula de pleno direito, ou no mínimo sem validade e eficácia, é a cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro disposta em contrato de adesão, sobretudo em relação à parte obrigada a lhe aderir;
- 3) No caso do conhecimento marítimo (instrumento do contrato internacional de transporte marítimo de carga), corpo de um contrato de adesão, formado por cláusulas impressas e dispostas unilateralmente pelo transportador marítimo (armador), a cláusula de eleição exclusiva de foro estrangeiro é abusiva, praticamente pacífico entendimento jurisprudencial que o reconhece, não sendo de se cogitar qualquer mudança de orientação por terem passado a vigorar o novo Código de Processo Civil e seu artigo 25 em especial.
- 4) Além da inteligência sistêmica do Direito brasileiro, o próprio artigo 25, no seu § 2º, faz remissão a poderoso antídoto contra a abusividade, ou seja, o § 3º, do artigo 63; embora orientado ao réu, esse artigo pode e deve ser também aplicado ao

autor de ação envolvendo questão relativa ao descumprimento do contrato internacional de transporte marítimo de carga.

5) De qualquer modo, válida ou não, eficaz ou não, abusiva ou não, a cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional de transporte marítimo de carga não atinge o segurador que se sub-rogou na pretensão original do embarcador ou do consignatário de carga (segurado), uma vez que não é parte da relação negocial.

Diante de tudo isso é que se defende a inutilidade da cláusula de eleição de foro no contrato internacional de transporte marítimo de carga, desde há muito tida como abusiva, e, portanto, ausente da hipótese do artigo 25, *caput* do novo Código de Processo Civil brasileiro, de uma forma ou de outra repetido em muitos outros sistemas legais, como os da Espanha, da Itália, de Portugal e da Alemanha, considerados alicerces dos sistemas dos países latino-americanos.

Nada deve mudar na parte que trata da jurisdição nacional, primaz e aplicável, sob pena de ofensa à garantia constitucional de acesso à Justiça e de eventual prejuízo à própria economia nacional. Isso em relação ao Brasil e aos países em geral. A maior parte dos ordenamentos jurídicos do mundo prevê o acesso à jurisdição como garantia fundamental constitucional; um foro que não seja o de preferência da vítima do dano só pode ser validado por cláusula contratual se verdadeiramente eleito, se nascido da vontade desimpedida das partes contratantes.

Tudo o que se disse sobre o transporte marítimo cabe perfeitamente ao transporte aéreo. Seus arquétipos são muito similares.

Ademais, o que vale para a cláusula de eleição de foro, vale até com mais razão para a cláusula compromissória de arbitragem, cuja imposição se opera de maneira particularmente incômoda ao aderente. A arbitragem prevê como condição necessária a voluntariedade plena. Sem aquiescência formal da parte, não há senão uma deformação arbitral. Ao segurador sub-rogado, principalmente, por não lhe ser oponível a arbitragem de tal forma instituída. Não pode ele cumprir o que não prometeu. Mesmo se não disposta em cláusula adesiva, e formalmente aceita pelo segurado, impossível projetar-lhe os efeitos jurídicos ao segurador. Impedem-no razões de lógica jurídica, ordenança moral, e, no caso específico do Brasil, o §2º, do art. 786 do Código Civil.

O artigo 25 inovou, trouxe coisas boas ao Direito brasileiro, é verdade. Todavia, deixou intocadas as lides de Direito Marítimo, informadas em sua intimidade por relações contratuais de âmbito internacional. O que é ótimo. A jurisprudência já supriu muito bem as lacunas que a lei deixara, e com isso promoveu a Justiça, o melhor Direito, o bem comum. A manutenção do que há de melhor é, precisamente, o que sustenta a segurança jurídica e, sob ela, permite à Justiça consagrar-se.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegamos ao desfecho deste escrito, e há que se pôr ao papel algumas palavras que a ocasião exige.

Terminamos; ainda que o tema siga em aberto, como quase tudo. Estamos certos de que ele ainda trará bastante discussão doutrinária e jurisprudencial, em que pese, a nossos olhos, quando voltados com atenção ao Conhecimento Marítimo, denunciem a abusividade que tão claramente ostenta.

A exposição sobre os foros sem eleição adapta-se muito bem à discussão sobre a sua irmã, a arbitragem sem compromisso. Ambos os temas materializados por cláusulas em contrato de adesão, e, em especial, neste em estudo. Igualmente, o procedimento arbitral tem por pressuposto de validade a voluntariedade. Nenhum deles pode ser realizado sem a expressa, prévia e formal aquiescência da parte interessada. Arbitragem não se impõe: escolhe-se, sem forçá-la contra a parte relutante, num gesto de violência contratual. O dono da carga, contratante débil, não pode ser obrigado a participar de arbitragem, se não a houver escolhido antes. Nem o segurador sub-rogado, contra quem não cabe a arbitragem, mesmo se fosse querida pelo segurado em sua relação jurídica com um outro.

Não precisamos nos alongar muito. A condução do trabalho ao menos fez crer que é perfeitamente razoável e justo o repúdio às cláusulas de imposição de foro (e de arbitragem) em contratos internacionais de transporte marítimo de carga, a partir da experiência brasileira. A realidade mundial é outra. A proteção dos donos de cargas e seus seguradores se mostra então importantíssima, senão imprescindível.

Se a vítima do dano (o credor insatisfeito, o contratante débil ou o segurador sub-rogado) não puder acessar sua jurisdição, exercendo nela a garantia constitucional que merece, como não ver nisso o cintilante triunfo do erro, a investida contra sua dignidade em benefício do ilícito?

Para nossa incomensurável alegria, o entendimento que aqui defendemos ganhou força quando reverberado pelo renomado jurista Ives Gandra da Silva Martins, *um dos maiores constitucionalistas do Brasil de todos os tempos*, que em opinião legal solicitada por nós, elaborada para usos acadêmico e profissional, fez as seguintes afirmações, ora dispostas na forma de tópicos:

1) *“O segurador subrogado não integra o contrato de transporte, desconhece a cláusula de eleição de foro, que só lhe será comunicada, se e quando houver o sinistro por si reparado, gerando, daí, seu direito de regresso. Não lhe pode ser imposta cláusula de eleição de foro que não contou com sua anuência, sob pena de ofensa do direito individual fundamental de acesso à jurisdição.” (fl. 27)*

2) *“A cláusula de eleição de foro é inválida também com relação ao segurado (tomador do serviço de transporte marítimo internacional de carga) pelos fundamentos supra aduzidos; O segurador sub-roga-se no crédito do segurado, mas não na sua posição jurídica no contrato firmado com o prestado do serviço internacional de transporte marítimo, especialmente no que toca a restrições processuais.” (fl. 27)*

3) *“Sim, a cláusula de eleição de foro, nos contratos internacionais de transporte marítimo de carga, é abusiva porque imposta pela parte que detém posição comercialmente privilegiada em relação ao tomador do serviço, o hipossuficiente nessa relação. São poucos os armadores no mundo e atuam em mercado no qual não se pode falar em liberdade de escolha pelo dono da carga. Ademais, impor ao dono da carga foro alienígena é onerar, desproporcionalmente, o direito fundamental de acesso à jurisdição, prejudicando a prestação jurisdicional.” (fl.51)*

4) *“Todas as considerações do presente trabalho relativas à cláusula de eleição de foro são ainda mais agudas, quando a hipótese versar sobre de compromisso arbitral. A doutrina ressalta “que a filosofia da arbitragem se relaciona exclusivamente com a questão da autonomia da vontade, sendo correto dizer-se que a Lei da Arbitragem teve apenas o propósito de regular uma forma de manifestação da vontade, ...”. Pretender impor procedimento arbitral sem formal, prévia e expressa aceitação é violar o direito fundamental de acesso ao Judiciário e a soberania nacionais.” (fl. 52)*

E a conclusão do famoso jurista é uma espécie de resumo qualificado do nosso presente trabalho e um diadema a ser usado doravante em todas as nossas peças forenses em defesa do mercado segurador:

“Clara está, pois, a invalidade da cláusula de eleição de foro, nos contratos internacionais de transporte marítimo de cargas em face das seguradoras subrogadas, uma vez que:

1. *Trata-se de contrato de adesão, sem liberdade na pactuação da cláusula;*
2. *O foro adotado nos conhecimentos internacionais de transporte implica não só inconveniente para aquele que precisar demandar judicialmente o armador, mas em verdadeiro impeditivo à jurisdição, afetando esse direito fundamental e, também, a soberania nacional;*
3. *O segurador não é parte no contrato de transporte, não anuiu com a cláusula de eleição de foro;*
4. *A sub-rogação da seguradora se limita aos aspectos materiais do crédito e não, aos aspectos procedimentais do contrato firmado entre o transportador e o tomador do serviço.” (fl. 36)*

Terminamos este artigo exatamente como o começamos: lembrando já termos tratado em parte deste assunto em oportunidade anterior, por ser algo que nos acompanha profissionalmente, aproveitando deste dístico da Universidade de Salamanca: *decíamos ayer, diremos mañana*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MARTINS, Ives Gandra da Silva, Opinião Legal solicitada por Machado, Cremonese, Lima e Gotas – Advogados Associados, de junho de 2020.

FUNENSEG – Escola Nacional de Seguros, Dicionário de Seguros, 2ª. Edição, Rio de Janeiro: 2000.

FERNANDEZ, Marco Obando e outros, Las Cláusulas Abusivas, Derecho & Sociedad, edición 34, Asociación Civil, p. 151-164

NERY JUNIOR, Nelson, Código de Processo Civil Comentado, São Paulo: RT, 2015; Endereços eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (consultas jurisprudenciais).

SEGURO INTERNACIONAL DE TRANSPORTE DE CARGA: O SEGURADOR SUB-ROGADO, O RESSARCIMENTO E A INSUBMISSÃO AO CONTRATO DE TRANSPORTE

Paulo Henrique Cremonese¹

Ao pagar a indenização de seguro, o segurador se sub-roga nos direitos e ações do segurado e passa a ter o direito de buscar o ressarcimento em regresso contra o causador do dano. Esse direito, que é também um dever², está fundamentado no art. 786 do Código Civil: *Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano.*

Antes mesmo do atual fundamento legal, a sub-rogação habitava o ordenamento jurídico brasileiro; sua adaptação ao campo do seguro permitiu a edição da Súmula 188 do Supremo Tribunal Federal: *O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro.*

O enunciado foi aprovado durante a Sessão Plenária de 13-12-1963, e levava em consideração o art. 989 do então Código Civil, de 1916, com a seguinte dicção: *Na sub-rogação legal o sub-rogado não poderá exercer os direitos e as ações do credor, senão até à soma, que tiver desembolsado para desobrigar o devedor.*

O atual Código Civil foi além: especificou bem a sub-rogação derivada do contrato de seguro, do pagamento da indenização pelo segurador ao segurado ou beneficiário.

São notáveis a importância que o legislador deu ao instituto e o desejo que teve de protegê-lo ainda mais. E não o fez à toa. A sub-rogação é importantíssima para a saúde do negócio de seguro exatamente por abrir espaço para o ressarcimento em regresso, que é imprescindível para conservar parte da ordem social.

Exagero afirmá-lo?

Nem um pouco. O ressarcimento em regresso impacta direta e positivamente na sociedade, porque seu êxito repercute na precificação dos seguros, e assim os torna mais

¹ Advogado com atuação em Direito do Seguro e Direito dos Transportes. Mestre em Direito Internacional Privado pela Universidade Católica de Santos. Especialista em Direito do Seguro pela Universidade de Salamanca (Espanha). Membro da ANSP – Academia Nacional de Seguros e Previdência.

² Fala-se em dever porque o segurador não defende apenas os seus direitos e interesses ao buscar o ressarcimento em regresso, mas os do colégio de segurados, por força do princípio do mutualismo, e, indiretamente, os da sociedade em geral, considerando a natureza social do negócio de seguro. O segurador não apenas pode, mas tem que buscar o reembolso dos prejuízos indenizados. Trata-se, em primeira e última análise, de ato de lealdade ao mútuo.

interessante ao olhar dos segurados. Além do que, por questões de justiça e harmonia social, e para que da previdência dos outros não surja a folga de um benefício indevido, é sempre necessário que o causador do dano repare os prejuízos integralmente a quem de direito.

Há, portanto, inegável função social no ressarcimento, de tal modo que não é devida qualquer interpretação do Direito que diminua de algum modo sua efetividade.

Proteger o ressarcimento em regresso não é proteger apenas o interesse dos seguradores, mas também e principalmente os dos segurados. Por força do princípio do mutualismo, o colégio de segurados é o verdadeiro beneficiário do ressarcido, o que amplia ainda mais sua importância.

E quando se protegem os segurados, protegem-se a integralidade do negócio de seguro e, pelas razões já expostas, toda a sociedade, ainda que indiretamente. E é exatamente essa proteção invulgar, amparada em princípios fundamentais do Direito, que aqui se advoga, de modo muito específico, considerando a amplitude do negócio e do Direito do Seguro. Por isso escolhi falar do ramo do seguro de transporte internacional e da dinâmica do ressarcimento que lhe é peculiar.

Pelo contrato de transporte, diz o art. 730 do Código Civil, alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas. A definição legal é de uma clareza que dispensa maiores comentários.

Interessa, aqui, o transporte de coisas.

Considerando os riscos implícitos ao ato de transportar, existe um seguro específico para a proteção dos legítimos interesses dos donos de cargas³. Trata-se do seguro de transportador, também conhecido – nem sempre da maneira mais apropriada⁴ – como seguro do embarcador.

O seguro de transporte, explica a SUSEP – Superintendência de Seguros Privados, é aquele que *garante ao segurado uma indenização pelos prejuízos causados aos bens segurados durante o seu transporte em viagens aquaviárias, terrestres e aéreas, em percursos nacionais e internacionais. A cobertura pode ser estendida durante a permanência das mercadorias em armazéns.*⁵

Todo modo de transporte se ajusta ao seguro. Contudo, para os fins deste estudo, ganha especial atenção o transporte marítimo. Pois é o que gera maior quantidade de

³ Carga é a coisa embarcada a bordo de um veículo transportador.

⁴ A crítica é justificável: nem sempre é o embarcador o estipulante, contratante, segurado e/ou beneficiário do seguro. Não raro, o consignatário da carga é um destes. De modo geral, porém, a expressão se alinha aos fatos.

⁵ <http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/seguros/seguro-de-transportes>

polêmicas judiciais. É bem verdade que o transporte aéreo internacional se vê no palco de recentes discussões acaloradas — mas dele, sem prejuízo do que se disser à frente, trato com maior detalhamento em outra ocasião.

Evidentemente que, ao se tratar do seguro de transporte marítimo internacional, trata-se da responsabilidade civil do transportador. Caracteriza-se o transporte marítimo internacional de cargas pela locomoção de coisas em embarcações por mares e oceanos, a chamada navegação de longo curso.

Embarcada, a coisa é transportada de um ponto a outro. (ou, mais especificamente, de um porto a outro, independentemente da modalidade de contratação de venda e compra internacional, *Incoterms*). Compete ao transportador anotar qualquer problema com os bens antes do embarque. Se não o faz, contra ele surge uma presunção de responsabilidade em caso de sobrevir falta ou avaria de carga.

Essa presunção data da época do Império; regulava-a o Código Comercial de 1850, ainda parcialmente em vigor.

A parte que tratava da obrigação de transporte foi revogada pelo Código Civil atual, mas durante muito tempo viveu sob o título “Dos Condutores de Gêneros e Comissários de Transportes” (Capítulo VI, artigos 99 a 118).

Essas regras se alinhavam a outras, ainda em vigor: o Decreto 2.681, de 7-12-1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro e que, por ampliação jurisprudencial, incide sobre os transportadores em geral; o Decreto-lei 116, de 25-1-1967, que dispõe sobre as operações inerentes ao transporte de mercadorias por via d'água nos portos brasileiros, delimitando suas responsabilidades e tratando das faltas e avarias.

Essas regras convivem bem com a Parte Especial do Código Civil, que, em sua Seção III, disciplina o contrato de transporte de coisas (do art. 743 ao art. 756). Amolda-se essa convivência ao conceito de diálogo das fontes⁶, impondo ao transportador um regime jurídico bastante rigoroso.

⁶ Segundo **Sergio Malta Prado**: “A teoria do diálogo das fontes foi idealizada na Alemanha pelo jurista Erik Jayme, professor da Universidade de Helderberg e trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. (...) A teoria surge para fomentar a ideia de que o Direito deve ser interpretado como um todo de forma sistemática e coordenada. Segundo a teoria, uma norma jurídica não excluiria a aplicação da outra, como acontece com a adoção dos critérios clássicos para solução dos conflitos de normas (antinomias jurídicas) idealizados por Norberto Bobbio. Pela teoria, as normas não se excluíam, mas se complementariam. Nas palavras do professor Flávio Tartuce, “a teoria do diálogo das fontes surge para substituir e superar os critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas (hierárquico, especialidade e cronológico). Realmente, esse será o seu papel no futuro” (<https://migalhas.uol.com.br/depeso/171735/da-teoria-do-dialogo-das-fontes>)

Diante do caráter internacional do transporte de carga em exame, é mais do que legítimo indagar sobre as convenções internacionais.

Elas vigem e projetam efeitos no Brasil?

Depende.

No modo aéreo, sim. A Convenção de Montreal, que praticamente bisou a de Varsóvia, se põe como fonte normativa das disputas envolvendo problemas com transportes internacionais⁷.

Já no modo marítimo, um simples e retumbante — não. Nenhuma convenção internacional de Direito Marítimo se incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro. O que, curiosamente, faz com que o país tenha um dos melhores sistemas jurídicos do mundo para tratar o assunto. Talvez o melhor.

Como qualquer outro transportador de carga, o marítimo, também nos contratos internacionais, se submete ao inteiro teor do art. 749 do Código Civil⁸, a enunciar o dever geral de cautela, componente do rol de deveres e protocolos que o transportador deve sempre observar e adotar. Há, entre esse dever e o que se entende por cláusula de incolumidade, uma intimidade profunda. E tanto um como outra integram a *Lex Ars* dos transportadores.

Por *Lex Ars* (ou *Lex Artis*) entende-se o conjunto de normas, atos, procedimentos informadores e imprescindíveis para o desenvolvimento eficaz de uma dada atividade. Quanto mais alguém se distancia da que no exercício de sua atividade se dispôs a cumprir, mais se afunda no terreno da responsabilidade civil.

Do transportador se exigem todas as cautelas necessárias para manter a coisa confiada em bom estado, cabendo-lhe entregá-la ileso no lugar de destino e a quem de direito. Eis o parâmetro central do dever geral de cautela e da cláusula de incolumidade. Ignorá-lo faz do transportador civilmente responsável. E independentemente de culpa: sua responsabilidade é objetiva.

O transportador marítimo, como todo transportador, é devedor de obrigação contratual de resultado. Sendo assim, o mero descumprimento da obrigação lhe impõe a presunção legal de responsabilidade.

⁷ No transporte nacional, além do próprio Código Civil, aplica-se o CBA – Código Brasileiro de Aeronáutica.

⁸ Art. 749. O transportador conduzirá a coisa ao seu destino, tomando todas as cautelas necessárias para mantê-la em bom estado e entregá-la no prazo ajustado ou previsto.

O Decreto 2.681/12, o Decreto-lei 116/67 e o Código Civil, no art. 750⁹, tratam da responsabilidade objetiva do transportador marítimo de carga, respeitando longa tradição jurídica brasileira, inaugurada formalmente com o Código Comercial, cuja parte revogada ainda influencia a compreensão do tema.

Tradição reverberada pela doutrina e pela jurisprudência. Praticamente nenhuma voz importante da doutrina coloca em dúvida que o contrato de transporte encerra obrigação de resultado, ao tempo em que a jurisprudência, em uníssono, reconhece do descumprimento imotivado dessa obrigação a mais objetiva responsabilidade.

Quis o legislador impor ao transportador um regime jurídico de tão acentuado e correto rigor que não hesitou em equipará-lo ao depositário. Equiparação que consiste em exigir do transportador os deveres objetivos de guarda, conservação e restituição.

Isso data de longe, mas ganhou um vigor novo com o Código Civil de 2002, cujo art. 751 expõe: *A coisa, depositada ou guardada nos armazéns do transportador, em virtude de contrato de transporte, rege-se, no que couber, pelas disposições relativas a depósito.*

A *ratio legis* enfatiza a gravidade da responsabilidade do transportador, a natureza objetiva da sua responsabilidade e a inafastabilidade do dever de reparação integral em caso de dano.

Tanto o objetivo foi o de agravamento que, ao dizer que em caso de dano da coisa guardada no armazém do transportador aplicam-se, no que couber, as regras relativas ao depósito, o legislador sugere que seu objetivo é proteger e beneficiar a vítima, não o lesador. Por isso que nem se cogita a incidência do prazo trimestral prescricional que favorece os depositários — e mesmo assim sob muita controvérsia, tendo em vista a teoria tridimensional do Direito¹⁰ —, pois a expressão “no que couber” exclui de pronto essa disposição, dado o manifesto prejuízo aos legítimos interesses do dono da carga ou do segurador sub-rogado.

Somente as disposições que, próprias ao depositário, endureçam a situação do transportador cabem e importam para a ampla defesa da vítima, o credor insatisfeito da obrigação de transporte. Eis a responsabilização objetiva do transportador que não cumpre o que contratualmente assumiu.

⁹ Art. 750. A responsabilidade do transportador, limitada ao valor constante do conhecimento, começa quando ele, ou seus prepostos, recebem a coisa; termina quando é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado.

¹⁰ A teoria tridimensional do Direito, criada pelo famoso jurista brasileiro Miguel Reale, diz, como sabemos, que o Direito é norma, fato e valor. E quando o fato muda, o valor dado à norma há de também mudar, mantendo seus vigor e dinamismo para a melhor promoção da Justiça.

Interessante dizer que, mesmo que não houvesse um sistema legal rigoroso como o que há, a responsabilidade objetiva subsistiria, porque todo transportador, especialmente o marítimo, se vê na condição de manejador de fonte de risco. Desde a Segunda Guerra Mundial, a ideia de manejo de fonte de risco tem desenvolvido o Direito, no sentido de imputar ao protagonista a força da responsabilidade objetiva.

Então, o transportador não responderá objetivamente pelos danos causados apenas por ser devedor de obrigação de resultado ou alguém comparado em quase tudo ao depositário, mas também por operar riscos. Novamente invocando a teoria do diálogo das fontes e o sistema legal brasileiro, chama-se à cena o art. 927, parágrafo único, do Código Civil¹¹, que expressamente, determina a todo aquele que atua imerso em riscos a responsabilidade independente de culpa.

A presunção legal somente será afastada se houver, pelo implicado, mediante inversão de ônus, prova cabal da ocorrência de alguma das causas legais excludentes: força maior, caso fortuito, vício de embalagem ou da coisa.

Em outras palavras: o acervo legal brasileiro dispõe, com formidável transparência, que em caso de descumprimento da obrigação de transporte, será o transportador imediatamente responsável; e para deixar de sê-lo, compete-lhe provar a existência de alguma causa que legalmente exclua dele esse dever de reparar.

Diante desses argumentos, agasalhados pela jurisprudência, há que se ter especial cuidado com a interpretação de cláusulas do contrato internacional de transporte marítimo de carga.

Esse contrato é evidenciado pelo Conhecimento Marítimo, conhecido pela expressão, em inglês, *Bill of Lading (B/L)*.

O conhecimento marítimo é emitido unilateralmente pelo transportador marítimo, o devedor da obrigação contratual, sem que haja a livre manifestação de vontade do embarcador ou do consignatário da carga. Dois atores da relação contratual que não externam sua vontade, apenas aderem ao clausulado que o transportador lhes impôs. Daí dizer que, além de obrigação de resultado, o contrato de transporte é tipicamente de adesão.

E como todo contrato de adesão, a leitura do clausulado há de ser calibrada, atenciosa e feita à luz do ordenamento jurídico como um todo. As cláusulas típicas de dirigismo

¹¹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

contratual, assimétricas, que concedem benefícios excessivos a uma das partes e ônus pesados à outra, ou às outras, não podem ser tidas como válidas e eficazes.

Fala-se, aqui, de cláusulas abusivas que não raro, mais do que inválidas e ineficazes, são nulas de pleno direito.

Mesmo sem se remeter à legislação consumerista, tradicionalmente o Direito no Brasil se opõe ao abuso contratual e coíbe com firmeza as normas incompatíveis com seu sistema. O famoso brocardo “*o contrato faz lei entre as partes*” é verdadeiro, sem dúvida. Mas contém uma sentença importante que se segue aos dois pontos: (...) *desde que não fira a própria lei*.

Inadmissível é, por exemplo, a norma contratual que determina a limitação de responsabilidade em favor do transportador marítimo, pouco importando a existência ou não, no caso concreto, da declaração de valor da carga no instrumento contratual¹².

Quem causa o dano tem que o reparar integralmente. A reparação integral do dano é um princípio jurídico e moral. No Brasil, encontra-se isso previsto no art. 944, *caput*, do Código Civil (*Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.*) e, ousa-se, aqui defender, no rol exemplificativo do art. 5º da Constituição Federal, incisos V e X.

O inciso V determina “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”. Esta garantia fundamental não se limita ao direito de resposta, mas se espalha aos direitos em geral.

O mesmo se diga em relação ao inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”;

Assim, pode-se afirmar que a reparação civil ampla e integral é garantia constitucional fundamental também imposta ao transportador que, descumpridor do próprio dever, desrespeita a obrigação de resultado assumida, causando danos ao dono da carga ou ao segurador sub-rogado.

A cláusula contratual que ele mesmo determina, unilateralmente, de forma abusiva, é ilegal, sem dúvida alguma, mas também é inconstitucional. A vítima do dano não pode ver seu direito – de índole constitucional – substancialmente esvaziado, apequenado, por uma

¹² Trata-se do famoso frete ad valorem. Irrelevante a declaração de valor – que feita, autoriza o transportador a cobrar abusivamente um frete muito maior apenas para cumprir seu dever básico de reparação integral do dano – porque este é previamente conhecido ou passível de conhecimento por meio de muitos instrumentos idôneos, comerciais ou, mesmo, oficiais, tais como: fatura comercial ou declaração de importação. Não é exagero dizer que essa modalidade de frete configura, ainda que às avessas, espécie de chantagem econômico-comercial, mais um ato abusivo e, mesmo, antijurídico.

disposição contratual adesiva que nada contra a maré da hodierna visão do Direito. A situação se torna ainda mais ilegal e inconstitucional quando aquele que busca a reparação (o ressarcimento) não é a vítima do dano diretamente, mas o segurador sub-rogado.

Pelos motivos já expostos, logo no início deste artigo, a sub-rogação e o ressarcimento têm que ser preservados, especialmente protegidos.

Não é justo, nem moralmente ordenado, portanto, que o segurador sub-rogado não obtenha o ressarcimento integral do prejuízo indenizado ao dono da carga por causa de disposição de um contrato do qual não foi e é parte.

Para lá da natureza abusiva da cláusula de limitação de responsabilidade, tem-se que o segurador sub-rogado não deve se submeter ao seu conteúdo simplesmente por não integrar polo algum da relação contratual de transporte.

O direito do segurador não deriva do inadimplemento da obrigação de transporte, mas do adimplemento da obrigação de seguro.

Direito que nasce com o ato previsto no art. 786 do Código Civil (*Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano.*) e que, convém repetir, tem duplo interesse social: por parte do mútuo, o conjunto dos segurados, e por toda a sociedade, ainda que indiretamente.

A partir do momento que indeniza o dono da carga, o segurador, sub-rogando-se, passa a ter o direito-dever de buscar o ressarcimento em regresso, integral aliás, segundo os ditames do negócio de seguro, não os do contrato de transporte.

Repita-se por necessário, ao estilo de jaculatória: ao pretender o ressarcimento em regresso do que pagou ao dono da carga, o segurador sub-rogado não o faz amparado no Direito de Transportes, mas no Direito de Seguro, de tal forma que não se submete a qualquer disposição contratual que lhe fuja à alçada.

Ainda que a cláusula de limitação de responsabilidade fosse válida e eficaz em relação do dono da carga – e sabido e ressabido que não é – o segurador não se curvaria ao seu conteúdo por não ser parte do contrato de transporte. O que, além de ter o apoio da lógica, é fundamentalmente legal.

O §2º do art. 786 é taxativo em dispor: *É ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo.* Diante da redação legal não cabe qualquer afirmação diferente desta: a limitação de responsabilidade fere de morte a dignidade do ressarcimento integral previsto em lei e

imprescindível à saúde do negócio de seguro, razão pela qual não é oponível ao segurador sub-rogado.

Tudo isso se afirma, porém, como argumento de reforço, haja vista que a cláusula não é um ato voluntariamente praticado pelo segurado, mas imposto unilateral e abusivamente pelo transportador. E o que não é válido ao dono da carga, muito menos o é ao segurador sub-rogado.

Em recente decisão, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo disse: “(...) a apelante veio a juízo pleitear direito próprio decorrente do contrato de seguro (fls. 48/63) e não de contrato de transporte marítimo que possui cláusula de compromisso arbitral” e que “A sub-rogação da seguradora não é do mesmo direito material que emerge do contrato de transporte marítimo, mas sim do contrato de seguro”.¹³

É evidente que a cláusula de limitação de responsabilidade imposta pelo transportador marítimo não se aplica ao segurador sub-rogado, como, aliás, sequer se aplica ao próprio dono da carga.

A mesma força de argumentação que se empregou ao caso da limitação de responsabilidade se emprega a cláusulas que impõem “eleição de foro estrangeiro” ou “compromisso arbitral”.

As expressões não foram postas entre aspas à toa. As aspas, essas agressoras da estética do texto, às vezes convêm para uma ironia carregada de catequese.

Verdadeiro absurdo falar em eleição ou em compromisso em cláusulas unilateralmente impostas pelo transportador, completamente despidas de exteriorização de vontade livre pelo embarcador ou pelo consignatário.

A voluntariedade é condição inafastável para a escolha de foro estrangeiro ou de arbitragem. Sem aquela, estas não podem subsistir, sob pena de ofensa à garantia fundamental constitucional de acesso à jurisdição. É violência jurídica gravíssima validar uma cláusula que simplesmente força, sem anuência prévia, expressa e formal, foro estrangeiro ou arbitragem.

Violência jurídica porque não existe renúncia tácita de jurisdição. Sim, é possível – em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis e de obrigações contratuais – alguém renunciar a sua jurisdição em favor do foro estrangeiro e/ou da arbitragem, porém há que se ter a voluntariedade como condição informadora.

¹³ Apelação Cível nº 1011256-26.2019.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, 23ª. Câmara de Direito Privado, Acórdão (v.u.) de 9-12-2020, Relator J.B. Franco de Godoi.

Sem a voluntariedade, o vício resulta insanável; e fica impossível apreciar as cláusulas respectivas. Daí se falar em abusividade, invalidade e ineficácia, enfim, ilegalidade. Ou até mesmo: nulidade e inconstitucionalidade. A cláusula que impõe arbitragem (ou foro estrangeiro) sem anuência desimpedida do dono da carga é absolutamente antijurídica.

Então, o que se tem é a certeza que a cláusula é abusiva em relação ao contratante ou ao beneficiário do serviço de transporte. E que se diga bem claramente que sequer é necessário o apoio das regras consumeristas para afirmá-lo. Não! Bastam as de Direito Processual Civil, as de Direito Civil e, sim, também as de Direito Constitucional.

A elas se adicionem ainda as de Direito do Seguro, junto de mais uma afirmação, convicta e jurisprudencialmente amparada: o segurador sub-rogado não se submete ao clausulado do *Bill of Lading* (muito menos do contrato de afretamento) que impõe unilateralmente a arbitragem (ou o foro estrangeiro).

As mesmas razões expostas para o caso da cláusula limitativa de responsabilidade são apresentadas para a de arbitragem ou de foro estrangeiro.

Razões que melhor se compreendem por meio de uma pergunta que em si mesma apresenta a resposta: pode quem não é parte do contrato ser obrigado a cumprir disposições especialmente onerosas que constam dele?

Ora, se a cláusula é abusiva ao contratante, ao dono da carga, ao credor da obrigação de transporte, tanto mais será ao segurador sub-rogado que, nunca é demais repetir, não é parte no contrato de transporte.

Também não é ocioso insistir o direito do segurador nasce com o pagamento da indenização de seguro, não com o descumprimento do contrato de transporte. Os fundamentos legais do direito do transportador são o art. 786 do Código Civil¹⁴ e a Súmula 188 do Supremo Tribunal¹⁵ Federal, nada além, nada aquém.

De tal maneira que poderá o segurador invocar as regras do Código Civil que dispõem sobre o contrato de transporte e a responsabilidade civil do transportador, bem como aquelas mais gerais sobre atos ilícitos e responsabilidades, como as dos artigos 186,

¹⁴ Art. 786. Paga a indenização, o segurador sub-rogado, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano.

¹⁵ Súmula 188. O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro.

187 e 927 do Código Civil¹⁶, mas será nas de Direito do Seguro que amparará sua pretensão contra o causador do dano, o autor do ato ilícito que gerou o pagamento de indenização.

Também por isso que se mostra errada a interpretação do Direito com o fim de obrigar o segurador a se submeter aos termos do contrato do qual não foi ou é parte, e que nunca, jamais se transmite pela sub-rogação.

Duas coisas sobre o artigo 786 têm que ser expostas com muita firmeza: a primeira diz respeito ao fato de a sub-rogação só alcançar direitos e ações, jamais deveres e ônus; apenas aspectos materiais do crédito, jamais pactos procedimentais ou condições personalíssimas. E a segunda, a ineficácia de qualquer ato praticado pelo segurado que de algum modo prejudique o pleno exercício do direito de regresso.

O texto do art. 786 é o melhor argumento em favor da primazia absoluta do ressarcimento e da proteção à substancialidade do negócio de seguro. A transferência apenas de direitos materiais, do valor da indenização isento de escolhas derivadas da vontade do segurado, é modo eficaz de garantir que nenhum sobressalto formal inibirá a saúde da sub-rogação do segurador. A ineficácia de qualquer ato praticado pelo segurado eventualmente prejudicial ao ressarcimento é a apoteose mesma do instituto.

Se nem mesmo um ato legalmente praticado pelo segurado é o bastante para prejudicar a efetividade do ressarcimento, quiçá um ato que o segurado não praticou, mas foi forçado por terceiro a praticar, ao arrepio da sua mais livre vontade e eivado de mais clara antijuridicidade.

A proteção ao ressarcimento interessa a toda a sociedade, e muito tem a ver com a fluidez do direito contemporâneo, a perpétua busca por justiça e o respeito ao assoalho moral. Proteção ao ressarcimento é proteção à vítima do dano.

Não pode o segurador se submeter às disposições de um contrato do qual não foi parte, especialmente quando em prejuízo da dignidade da sub-rogação, ou aproveitando-se de uma visão deste instituto que não é a da tradição brasileira, por fim vem opor-se aos legítimos interesses do mútuo, isto é, da sociedade.

¹⁶ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COPO, Abel B. Veiga, “*Tratado del Contrato de Seguro*”, 5ª. Edição, Tomo I, Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2017.

CREMONEZE, Paulo Henrique, *Prática de Direito Marítimo*, 3ª Edição, Revisada e Ampliada, São Paulo, Aduaneiras, 2015

DIAS, José Aguiar, *Cláusula de Não Indenizar*, São Paulo: Edição Forense, 1980.

FERNANDES, Wanderley, *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*, Saraiva, São Paulo: 2013

FUNENSEG – Escola Nacional de Seguros, *Dicionário de Seguros*, 2ª. Edição, Rio de Janeiro: 2000.

GOMES, Orlando, *Contratos*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense.

GUTIÉRREZ, Norman A. Martinez, “La limitación de la responsabilidad por reclamaciones marítimas y su función en el mundo marítimo de hoy” in “*El Derecho Marítimo de los Nuevos Tiempos*, José Luis Garcia-Pita y Lastres y Otros, Cizur Menor (Navarra): Civitas (Thomson Reuters, 2018)

LORENZETTI, Ricardo Luis, “*Fundamentos do Direito Privado*”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MIRANDA, Pontes, *Tratado de Direito Privado, Tomo XLV, Ed. Borsoi: Rio de Janeiro, 1972.*

POMBO, Eugenio Llamas, “*Reflexiones sobre Derecho de Daños: casos y opiniones*”, Madrid: La Ley.

PRATA, Ana, “*Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*”, Coimbra: Almedina Edições, 2005.

SIMAS, Hugo, *Compendio de Direito Marítimo Brasileiro*, São Paulo: editora Saraiva, 1938.

CONTRATO DE RESSEGURO: ESTRUTURA, FUNÇÃO E AUTONOMIA

Paulo Luiz de Toledo Piza¹

Resumo: O exame das bases técnicas das operações de seguro e resseguro evidencia o resseguro como um contrato que se estrutura de maneira própria, permitindo ao ressegurador reduzir o risco de ruína do segurador. As diferentes formas operacionais de resseguro (tratado de resseguro e resseguro facultativo) e as diferentes modalidades técnicas de resseguro proporcional (cota-parte e excesso de responsabilidade) e não proporcional (excesso de danos e excesso de sinistralidade) articulam-se para conferir solvabilidade e ampliar a capacidade operacional do segurador. O resseguro revela-se como tipo contratual social único e, por não estar disciplinado em lei em todos os seus contornos, como contrato legalmente atípico, ao qual se aplica a disciplina legal do contrato de seguro, mas apenas à medida da analogia entre os dois tipos contratuais. Estes contratos conservam, um em relação ao outro, independência e autonomia, têm objeto e conteúdo distintos.

Palavras-chave: resseguro, resseguro proporcional, resseguro não proporcional, tratado de resseguro, resseguro facultativo

1. RESSEGURO E REPARTIÇÃO DE RISCO

A boa compreensão do contrato de resseguro, como negócio jurídico, requer o exame das bases técnicas sobre as quais repousa a operação econômica. Antes, no entanto, vale chamar a atenção para o que *não é* resseguro.

Resseguro *não é* um segundo seguro do risco segurado. Este entendimento talvez pudesse ser inferido do art. 687 do Código Comercial,² redigido, entretanto, numa época em que ainda não se havia consolidada a ideia de gestão profissional da mutualidade, por meio das sociedades de seguro a prêmio fixo.³ O resseguro, então, ainda não havia adquirido as características que o distinguiriam como operação econômica e *fattispecie* contratual. Isto

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Vice-Presidente do IBDS – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro.

² Segundo o dispositivo, “o segurador pode ressegurar por outros seguradores os mesmos objetos que ele tiver segurado, com as mesmas ou diferentes condições, e por igual, maior ou menor prêmio”.

³ Vivante desenvolveu sua Teoria da Empresa partir dos estudos que dedicou ao chamado seguro a prêmio fixo. Já notava, em fins do século XIX, que “o seguro não pode ser considerado, hoje em dia, como um negócio isolado, tal como acontecia nos séculos passados, quando os mercadores assumiam qualquer risco, desafiando a sorte, sem exercer um comércio sistemático de seguro. O comércio de seguro é, hoje em dia, exercido exclusiva e sistematicamente por grandes empresas comerciais, realizando uma série contínua de negócios homogêneos. Elas buscam obter, mediante uma extensão sempre crescente de riscos, o equilíbrio entre ressarcimentos e prêmios, superada a especulação. Esta exigência econômica influi sobre a construção jurídica da empresa e do contrato de seguro”. Cf. *Il Contratto di Assicurazione*, Milão, I, 1885, p. 76.

só começou a se evidenciar a partir da segunda metade do século XIX, expressando-se com clareza apenas depois do grande terremoto de São Francisco de 1906, quando se confirmou a função do resseguro de estabilização do mercado segurador. O Código Comercial, portanto, incorporou uma concepção ainda incipiente de resseguro. Waldemar Ferreira atribuiu este posicionamento como enraizado no *Guidon de la Mer*, de 1671, onde se dizia que o arrendimento ensejava o resseguro, “de tal arte que o segurador se fazia substituir, na responsabilidade, pelo que lhe tomava o lugar no contrato”, dando-se “a cessão deste”, para em seguida assinalar que tal ideia “desvaneceu-se com o tempo”.⁴

A primeira concepção moderna de resseguro pautou-se na ideia de que o segurador cederia ao ressegurador parte do próprio risco ou dos riscos por ele assegurados. Era a opinião de Vivante, que conceituou o resseguro como “um novo seguro contratado pelo segurador sobre o risco ou sobre parte do risco já coberto e pelo qual continua a ser responsável perante o segurado.”⁵ Essa concepção, contudo, resultou de uma apreciação limitada à consideração de apenas algumas características do resseguro individual e proporcional, mostrando-se de pouco ou nenhuma operacionalidade.⁶ Logo se percebeu que o risco que recai sobre o interesse do segurador que se ressegura é um risco diverso dos diferentes tipos riscos que ameaçam os interesses dos seus segurados.

Embora partindo da teoria indenitária do contrato de seguro, Tullio Ascarelli já destacava, a esse respeito, que “o segurador se assegura por sua vez do risco de ter de pagar a indenização prevista no contrato de seguro”, constituindo o contrato de resseguro uma relação jurídica distinta do contrato de seguro a que eventualmente fizer referência.⁷ Foi, todavia, a moderna doutrina alemã, atenta às múltiplas manifestações práticas do fenômeno ressecuritário, quem melhor demarcou a distinção entre os contratos de seguro e resseguro. Deixou-se claro que, por meio do resseguro, o segurador transfere ao ressegurador *o risco ao qual está sujeito como segurador*. A causa do contrato, em outros termos, passou definitivamente a ser vista como a assunção, pelo ressegurador, do risco que pende sobre um interesse que é próprio e característico da empresa de seguros. Gerathewohl, por exemplo, não tardou em reconhecer que o resseguro *reduz* o risco que pesa sobre o interesse do segurador de responder pelas

⁴ *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1963, v. 11, pp. 570-571

⁵ Op. cit., p. 70:

⁶ Ver, a respeito, Piza, op. cit., p. 173 e ss.

⁷ Verbetes “Riassicurazione”, disponível em <http://www.treccani.it/enciclopedia/riassicurazione>, acesso em 20.10.2013. O verbete foi publicado originalmente em 1936, na Enciclopedia Italiana.

deficiências inerentes à repartição mutualística dos riscos a que se volta a empresa de seguros.⁸

Neste sentido, aliás, é que se deve compreender o disposto no art. 2º, § 1º, n. III, da Lei Complementar 126/2007, ao conceituar resseguro como a “operação de transferência de riscos de uma cedente para um ressegurador”. Ou seja, ao aludir à transferência de riscos, a Lei Complementar 126 está se referindo à cessão ou transferência, para o ressegurador, dos riscos que pesam sobre a empresa de seguros, os quais não se confundem com os riscos que pesam sobre os interesses de seus segurados. Nessa ordem de ideais, seu art. 14 estabelece a independência entre os contratos de resseguro e os contratos de seguro celebrados pelo segurador-ressegurado, ao passo que o art. 73 do Decreto-lei 73/1966, que se aplica à matéria ressecuritária por força do art. 5º da referida Lei Complementar, impede que resseguradores atuem como seguradores, realizando operações de seguros ou desempenhando obrigações que são próprias dos seguradores.

A Lei Complementar 126/2007 repercute, portanto, a compreensão atual acerca da chamada “repartição de riscos”. Como salienta Angulo Rodriguez, a função do negócio ressecuritário é “diminuir ou redistribuir em maior escala os riscos das seguradoras-resseguradas, mediante a divisão e dispersão de ditos riscos, o que lhes permite homogeneizá-los, para melhor aproveitamento da lei dos grandes números, e aumentar a capacidade de cobertura com um adequado equilíbrio técnico-financeiro”.⁹ Os resseguradores, atuando sobre vastas massas de riscos de diversas empresas de seguro, realizam, num plano mais alto e mais amplo, quase sempre internacional, a redução dessa sujeição, reforçando e complementando o funcionamento técnico e econômico da atividade securitária. Daí a metáfora de Donati, para quem o resseguro é “o sistema vascular e o tecido conjuntivo da indústria securitária”,¹⁰ ou a percepção de Ehremberg, há mais de século, no sentido de que o resseguro é a “coluna vertebral do seguro”.¹¹

A análise jurídica, portanto, não pode ser conduzida tendo-se em vista um único contrato de resseguro, ou tendo-se como foco o estudo de apenas uma de suas modalidades técnicas ou formas operacionais. Deve-se ter em conta a atuação de toda a massa de relações ressecuritárias existentes entre uma empresa de seguro e seus resseguradores. Apenas através

⁸ *Reinsurance: Principles and Practice*. Karlsruhe: Versicherungswirtschaft, 1982, t. I, p. 2 e ss.

⁹ Rodríguez, Luiz de Angulo Rodríguez. Consideraciones preliminares sobre el reaseguro in VV.AA. Estudios Sobre el Contrato de Reaseguro, Madri, ESS, 1997, P. 23.

¹⁰ Donati, A. *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*. Milão: Giuffrè, t. I, 1952, p. 15.

¹¹ Apud Dirube, *Manual de Reaseguros*. Buenos Aires, General Re, 1993, p. 29.

da estruturação e administração dessa pluralidade de relações é que a empresa de seguros consegue homogeneizar os riscos de suas carteiras de negócios, potencializando suas operações e melhor aproveitando a mutualidade que lhe cabe promover, dentro da chamada capacidade de assunção de riscos, isto é, sem prejuízo dos limites de retenção de responsabilidades que está restrita a observar.

As empresas de resseguro, por sua vez, valem lembrar, buscam conferir homogeneidade aos riscos por elas ressegurados através de sucessivas retrocessões de resseguro a outras empresas,¹² assim promovendo, como se costuma dizer, a pulverização técnica e econômica desses riscos, sua repartição junto a uma pluralidade de empresas, frequentemente em nível mundial. Para o segurador, assim, o resseguro é um instrumento de desenvolvimento da empresa, que poderá ser tanto mais aproveitado quanto mais adequado for o programa de resseguro que adote. Para os segurados, por sua vez, o resseguro representa fundamentalmente um aporte de maior segurança, não obstante a autonomia entre os contratos de seguro e de resseguro. Conforme assinalam Prosperetti e Apicella, talvez na melhor síntese já feita sobre o tema, o contrato de resseguro tem objeto diverso do contrato de seguro, constituindo "um verdadeiro diafragma entre o risco assegurado e o risco ressegurado". Segundo eles, é a "posição patrimonial" do segurador, sujeita aos riscos que para ele próprio decorrem do desenvolvimento de sua específica sua atividade empresarial, que se garante por meio do resseguro.¹³

2. BASES TÉCNICAS, FORMAS OPERACIONAIS E MODALIDADES TÉCNICAS DE RESSEGURO

Fundada na aplicação da Lei dos Grandes Números, a empresa de seguros pode estimar, dentro de um universo delimitado, composto por interessados sujeitos a uma mesma espécie de acidente, quantos dentre eles, num período determinado, sofrerão as consequências desse acidente e quais serão as perdas patrimoniais. Com base nessa projeção,

¹² A retrocessão é a operação de resseguro celebrada por um ressegurador, denominado retrocedente, com outro ressegurador, denominado retrocessionários. Pontes de Miranda criticou violentamente o vocábulo, preferindo falar em retro-resseguro. Cf. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: RT, 1984, v. 46, p. 125.

¹³ *La Riassicurazione*. Milão: Giuffrè, 1994, p. 131. Nesses termos, pode-se com tranquilidade emprestar a definição de resseguro do art. 68 do Projeto de Lei 3555/2004, de autoria do então Deputado Federal José Eduardo Cardoso, segundo a qual "resseguro é a relação obrigacional pela qual a resseguradora, mediante o recebimento do prêmio, garante o interesse da seguradora contra os riscos próprios de sua atividade, decorrentes da celebração e execução de negócios de seguro".

estabelece qual deve ser a contribuição de cada um deles, a fim de que os segurados que, efetivamente, se defrontarem com o sinistro possam a ser indenizados das perdas incorridas. Mediante o agrupamento técnico do interesse individual ameaçado, ela organiza a mutualidade, ou seja, a solidariedade implícita ao conjunto desses segurados capaz de proporcionar os recursos necessários para o financiamento eficiente do sistema de reparações. As predições probabilísticas com que trabalha, no entanto, nunca valem para cada indivíduo, isoladamente considerado. A validade dessas predições diz respeito ao comportamento médio de um universo – ou, como gostam de dizer os atuários, uma “população” – que possa ser encarada como homogênea, qualitativa e quantitativamente, durante um período de tempo mínimo. Em outros termos, apenas mediante um levantamento estatístico suficientemente amplo, no espaço e no tempo, é que se mostra possível determinar, por exemplo, que no período de um ano, em certa região geográfica, irão incendiar-se três de cada mil edifícios de determinadas características.

Aponta-se, tecnicamente, que, para se viabilizar o funcionamento solvente desse sistema, algumas condições devem ser satisfeitas. Tais condições, fundamentalmente, são as seguintes: a congregação de um grande número de segurados, ou seja, uma população suficientemente grande; um prazo para o seguro suficientemente longo (em geral de um ano); a possibilidade de obtenção de valores em risco homogêneos; a identificação de uma homogeneidade também no tocante à qualidade dos bens passíveis de sofrerem danos em consequência da verificação do risco e, por fim, a identificação de um risco específico, que possa ser objeto de dispersão física. Se o segurador satisfizer todas essas condições técnicas – que, ademais, devem coincidir com o agrupamento de dados recolhidos pela experiência estatística histórica – poderá então presumir que dispõe de uma carteira homogênea e compensada, que atende às bases probabilísticas do sistema.

Ocorre, porém, que quase nenhuma das condições citadas, necessárias para o funcionamento solvável do sistema, pode um segurador manejar isoladamente. Apenas em tese pode ser alcançado esse universo de condições pressuposto pela Estatística. É impossível para o segurador a captação de uma massa de segurados suficientemente ampla, que lhe permita o exercício solvente de sua atividade empresarial. Mesmo que, por hipótese, ele pudesse atender todas as condições probabilísticas do sistema, ela ainda assim não conseguiria operar uma carteira homogênea e compensada, pois ela jamais lograria afastar a influência de duas ordens de fatores sobre sua operação isolada: os referidos desvios e os desequilíbrios estatísticos e atuariais, denominando-se desvios, normalmente, os fatores que alteram

invariavelmente o comportamento previsto para cada conjunto de riscos, e desequilíbrios os fatores que produzem o desnivelamento das bases probabilísticas, como são os problemas relacionados à distribuição temporal de sinistros e à sua acumulação no espaço.

O exercício e o desenvolvimento da atividade securitária requerem, além da mobilização de capitais mínimos para operar em elevada proporção, bem como da observância dos critérios técnicos, econômicos e financeiros com base nos quais se identifica a sua capacidade ou limite de retenção, que o segurador se lance à celebração de operações de cosseguro e, fundamentalmente, à celebração de operações de resseguro. Graças a estas operações é que ele pode aproveitar-se adequadamente do sistema probabilístico. Protegendo-se desse modo da influência dos desvios e desequilíbrios técnicos a que está invariavelmente sujeito, enfim, é que ele consegue operar dentro de sua capacidade de retenção de responsabilidades, sem colocar em risco sua solvabilidade.

Por meio do cosseguro, dois ou mais seguradores conseguem diluir, até certo ponto, a assunção de responsabilidades frente a determinado risco, que asseguram em conjunto. Mas é por meio do resseguro que conseguem aparar desequilíbrios, distribuindo no tempo desembolsos extraordinários, e limitar suas perdas a valores preestabelecidos, preservando sua capacidade de retenção, tornando possível a realização de novas operações de seguro e o incremento da sua atividade, sem prejuízo do seu equilíbrio técnico-operacional. Para isso, no entanto, devem ser manejadas adequadamente as suas modalidades técnicas e as diferentes formas operacionais de resseguro.

São fundamentalmente duas as formas operacionais ressecuritárias: o *resseguro facultativo*, ou contrato individual de resseguro, ou seja, a cobertura individual, relativa a riscos individuais, pela qual garante-se o segurador em relação a uma determinada operação securitária, e o chamado *tratado de resseguro*, ou contrato geral de resseguro, ou seja, a cobertura global ou cobertura de averbação, pela qual se garante, por um período de tempo pelo menos anual, o segurador em relação a uma parte das suas operações, ou a parte dos sinistros concernentes a determinado ramo de sua carteira de negócios securitários.

Quanto às *modalidades técnicas*, o resseguro pode ser classificado em dois grandes grupos: os *resseguros proporcionais* e os *resseguros não proporcionais*. Os *resseguros proporcionais* caracterizam-se, antes de tudo, pelo fato de o ressegurador seguir *pari passu* a sorte do segurador, porquanto “participa” proporcionalmente dos resultados e das perdas deste, no tocante às operações nele alocadas. Por esta razão, aliás, é que são também chamados de *resseguros de risco*. As principais modalidades técnicas de resseguro

proporcional compreendem o *resseguro em quota-parte* (*quota share reinsurance*) e o *resseguro de excedente* (*surplus reinsurance*).

Em breve síntese, os *resseguros em quota* são instrumentos que determinam a transferência, em sentido figurado, pelo segurador ao ressegurador, de um percentual fixo e uniforme, relativamente a todas e a cada uma das apólices emitidas no ramo a que diz respeito. No *resseguro de excedentes*, ou *resseguro de importâncias*, o segurador também transfere ao ressegurador parte das responsabilidades assumidas, mas não relativamente a todas as suas apólices, e sim no que toca apenas a determinadas apólices, que implicarem exposição acima de determinado limite, denominado *pleno de retenção*.

Os *resseguros não proporcionais*, por sua vez, caracterizam-se, antes de tudo, pelo fato de o ressegurador, explicitamente, garantir o ressegurado de um “dano patrimonial”, tomada esta expressão em sentido estrito. Daí serem, muitas vezes, conforme adiantado, chamados de *resseguros de sinistro*, podendo-se dizer, segundo Capotosti, que, nestes casos, em vez de uma “repartição de riscos”, tem-se uma “repartição de danos”.¹⁴ O ressegurador, por assim dizer, não participa de cada risco assumido pelo ressegurado, mas garante que irá ampará-lo quando o seu desembolso líquido superar determinada importância. Os *resseguros não proporcionais* compreendem, basicamente, o *resseguro por excesso de danos* (*excess of loss reinsurance*), por risco, por acontecimento ou por catástrofe, e o *resseguro de limitação de sinistralidade* (*stop loss reinsurance*), por ramo ou por exercício. O *resseguro de excesso de danos por risco*, segundo alguns autores, constituiria uma forma acobertada de resseguro de excedentes, ao garantir os sinistros pagos à medida que superarem determinada importância, denominada *prioridade*. No entanto, no *resseguro de excesso de danos por acontecimento*, requer-se de modo geral a verificação de dois ou mais riscos isolados, a fim de que possa funcionar a proteção, e no *resseguro de excesso de danos por catástrofe* o requisito da acumulação tem caráter contratual expresso, e a prioridade é estabelecida em valor tal que, necessariamente, muitos sinistros derivados de um mesmo fato deverão ocorrer, para que se manifeste financeiramente a proteção ressecutária.

No que tange ao resseguro de *limitação de sinistralidade por ramo*, cobrem-se os resultados anuais, relativamente à constatação de uma sinistralidade por ramo que supera determinado percentual dos prêmios recolhidos pelo segurador, limitando-a um valor prefixado. Já no que toca ao *resseguro de limitação global de sinistralidade por exercício*, trata-se de uma

¹⁴ V. *La Riassicurazione: Il Contratto e L'Impresa*. Turim: UTET, 1991, p. 110 e s.

cobertura similar, mas, em vez de amparar o resultado da sinistralidade de um ramo, toma-se a sinistralidade total consolidada da empresa de seguros em seu conjunto.

Apesar dessa multiplicidade de técnicas, no entanto, o resseguro, como manifestação jurídica da autonomia privada, corresponde a uma unidade de categoria. Seu núcleo estrutural é um só e ele cumprirá sempre uma mesma função, qual seja, a proteção do nível de atividade do segurador, preservando-se sua posição patrimonial. O que determinará a concepção técnica e a modalidade da operação é a sua adequação às circunstâncias próprias de cada empresa de seguros, a sua adaptação às necessidades específicas desta, a fim de que se garanta frente aos fatores de desvios e desequilíbrios que podem afetar a sua atividade.

Do ponto de vista do ressegurador, com efeito, esses fatores de *desequilíbrio e desvio atuarial* permitem que se descrevam os riscos que corre a empresa de seguro como sendo de quatro espécies: risco de flutuação aleatória, risco de catástrofe, risco de erro e risco de mudança.¹⁵ A *flutuação aleatória* corresponde, basicamente, à possibilidade de o segurador se defrontar com mais sinistros ou reclamações em média mais elevadas do que esperado. Eventos, descritos como riscos de seguro, projetados para acontecerem ao longo de anos, podem concentrar-se num número de anos inferior ao estimado. Esse risco decresce se aumentar a probabilidade média dos sinistros de cada classe garantidos pela empresa de seguros e se decrescer a variação dos valores de sinistros a serem pagos. Por isso, é inversamente proporcional ao tamanho da carteira sob consideração.

Por sua vez, fala-se em risco de *catástrofe*, tecnicamente, quando a ocorrência de um só evento tiver o condão de “acionar” (*trigger*) várias apólices ao mesmo tempo, levando à cumulação dos valores reclamados decorrentes de um mesmo evento. A tendência atual é a de ocorrerem cada vez mais eventos deste tipo, tendo-se em vista não apenas o aumento do número de acidentes no trânsito, de incêndios em fábricas, explosões e acidentes durante eventos de massa, mas também de terremotos, tempestades, enchentes, epidemias etc.

O *risco de erro*, a seu turno, corresponde à utilização de premissas ou conclusões erradas no processo do desenvolvimento dos negócios de seguros com os quais irá operar o segurador, como são os equívocos na interpretação das estatísticas pelo segurador, sendo deste modo proporcional ao tamanho da carteira de negócios sob consideração. O risco de *mudança*, finalmente, também é proporcional ao tamanho da carteira, envolvendo mudanças não determinísticas na estrutura do risco, capazes de levar à insuficiência no recolhimento

¹⁵ Cf. Pfeiffer. *Introduction to Reinsurance*. Colônia: Gabler, 1994, p. 9.

de prêmios devidos, como a mudança do entendimento jurisprudencial acerca do alcance e extensão de determinada cobertura de seguro.

É justamente para se proteger da ocorrência desses riscos, em síntese, que as empresas de seguro celebram contratos de resseguro. O segurador deve lançar mão da celebração de contratos de resseguro que articulem diversamente as diferentes modalidades técnicas, considerando cuidadosamente, ainda, a oportunidade de manejar as distintas formas operacionais à sua disposição. Assim é que irá proteger o fundo de prêmios que lhe cabe administrar e o seu patrimônio próprio contra a influência dos desvios e desequilíbrios técnicos, os quais atuam de variado modo, conforme as características de sua operação.

O resseguro, portanto, permite que sua atividade não seja prejudicada ou tenha de ser paralisada, constituindo, sobretudo, a principal ferramenta à disposição do segurador para potencializar sua atividade. Daí a justeza da definição de resseguro antecipada acima, que destaca este negócio de garantia como voltado à proteção de um interesse que é próprio do segurador, distinto do interesse de seus segurados, sujeito a riscos que também lhe são próprios, os quais, portanto, não se confundem com os riscos que pesam sobre o interesse de seus segurados, ainda que se possa falar em resseguro incêndio, responsabilidade civil automóvel etc. Estas são apenas maneiras de referir o programa de resseguro aplicado a cada classe ou ramo de negócios de seguro.

3. NATUREZA JURÍDICA E DISCIPLINA LEGAL DO CONTRATO DE RESSEGURO

A exposição das bases técnicas da indústria securitária, à medida que assenta a função do resseguro na redução do risco da empresa de seguros e evidencia o esquema contratual, indica que, não obstante as distintas modalidades técnicas referidas, se está diante um negócio com unicidade de estrutura, permitindo que se eliminem muitas das *petitio principii* que frequentemente encontram-se submersas ao exame da natureza jurídica do contrato.

Ao longo do amadurecimento da prática ressecuritária, foram sucessivamente formuladas diversas teses a respeito de natureza jurídica do contrato de resseguro, que a doutrina normalmente divide em “teses securitárias” e “teses extra-securitárias”. As teses extra-securitárias compreendem, basicamente, a tentativa de dizer que resseguro envolveria a cessão de contrato ou posição contratual do segurador para o ressegurador, perante o

segurado, assim como a de compreender o resseguro como mandato, como fiança ou como sociedade.¹⁶

Acima já se demonstrou, entretanto, que, quando se fala em transferência do risco, no âmbito do resseguro, não se quer com isso dizer nem que o risco ressegurado se identificaria com o risco segurado, nem que o risco do segurador passaria para o ressegurador, nem que ocorreria a transferência de um ou vários contratos de seguro, em bloco, do segurador para o ressegurador. Era esse o terreno revolvido por Moraglia,¹⁷ talvez o mais enfático defensor da “tese da cessão”. A cessão, todavia, não era nem é a técnica utilizada no resseguro para transferir o risco do ressegurado ao ressegurador.¹⁸ Como enfatizado, não se transfere, por meio do resseguro, o risco do segurado para o ressegurador, mas um risco próprio do segurador-ressegurado.

Mas a tese da cessão é inidônea, sobretudo, para explicar os resseguros não proporcionais, pois aqui sequer se pode aventar uma relação entre três partes. É realmente impróprio identificar uma relação trilateral em matéria de resseguro, já que este negócio envolve apenas duas partes, segurador e ressegurador, constatação esta que também já permite afastando a possibilidade de equiparação do resseguro à fiança. O resseguro não enseja a criação de relações entre um segurado e o ressegurador de seu segurador, visto que ao segurado, no fim as contas, não se reconhece a possibilidade de exercer qualquer pretensão em face do ressegurador com fundamento no contrato de resseguro, ou mesmo no contrato de seguro com seu ressegurador. É curioso observar, a propósito, que os autores ou mesmo os práticos que pretendem visualizar uma conexão causal entre os contratos de seguro e os de resseguro proporcionais, em matéria de grande risco, recusam-se entretanto a admitir a possibilidade do exercício pelo segurado de pretensão em face do ressegurador, algo que em princípio só se pode afirmar com fundamento em direito próprio.

Não se pode divisar, ademais, a existência de solidariedade passiva entre segurador e ressegurador, tal como se verifica na relação fidejussória, não se identificando situação em que se possa falar na existência de dois devedores. O ressegurador não satisfaz uma dívida alheia, mas própria, e o contrato não é estipulado pelo credor, mas por quem, segundo a tese ora criticada, identificar-se-ia ao devedor, isto é, o segurador. Além disso,

¹⁶ Para uma análise detalhada das teses extra-securitárias do resseguro como sociedade, consórcio e mandato sem representação, cf. Piza, op. cit., pp. 239-250.

¹⁷ “Sulla Natura Giuridica della Riassicurazione” in *Rivista de Diritto Commerciale e delle Obligazione*, II, 1925, p. 665 e ss.

¹⁸ A crítica essa opinião já se via em Persico, *La Riassicurazione*. Castelo: Unione, 1926, p. 82 e ss.

como demonstrado, o ressegurador não tem em vista, ao prestar sua garantia, o interesse do segurado, no sentido de preservá-lo de eventual insolvência do devedor. Ele garante o interesse do segurador sujeito aos riscos que lhe afetam, acima sintetizados, não podendo ser considerado, pois, um acessório do contrato de seguro, como ocorre no de fiança com relação ao afiançado.

No tocante às chamadas “teses securitárias”, tenha-se em conta, inicialmente, a teoria de que o resseguro corresponderia a um seguro de responsabilidade civil. Ocorre, no entanto, que o resseguro não gera, para o ressegurador, um dever de efetuar pagamento específico a um terceiro, como ilustram, de modo explícito, os tratados não proporcionais. A possível diminuição patrimonial do segurador, de qualquer modo, quer em relação aos resseguros proporcionais, quer em relação aos não proporcionais, é um risco que comporta valoração própria, expressando o interesse que segurador busca satisfazer mediante o resseguro. Um interesse, ademais, que se reporta a um risco que lhe é inerente e que decorre do exercício de sua peculiar atividade empresarial.

Por essa razão, precisamente, é que se veio a abandonar essa tese e se passou a sustentar a assimilação do resseguro ao seguro de danos. De fato, em certo sentido, garante-se, por meio do resseguro, um interesse patrimonial próprio. Todavia, os riscos que incidem sobre o interesse garantido, no resseguro, não se identificam nem se aproximam, mesmo em termos circunstanciais, dos riscos próprios aos seguros de dano. Primeiro, pelo fato de que são riscos que concernem o despenho de uma atividade que é toda ela característica e individual, qual seja, a atividade securitária. O fato de figurar, como garantido, no âmbito do contrato de resseguro, uma empresa de seguros confere-lhe ampla singularidade. Segundo, porque o dano potencial não tem o condão de afetar um bem ou crédito específico e perfeitamente individualizável, mas genericamente os elementos ativos do patrimônio do segurador e, por conseguinte, também a adequação de suas provisões e reservas técnicas.

Em outros termos, busca-se por meio do resseguro a eliminação dos efeitos de um risco de empresa, no sentido que antes se indicou. Ao se ressegurar, o segurador realmente realiza uma operação *análoga* à operação por meio da qual alguém busca proteger seus próprios bens e créditos de perdas indesejadas. Essa analogia, porém, não é forte o suficiente para que se possa concluir pela necessária aplicação, ao resseguro, do conjunto de regras aplicáveis em matéria de seguro de danos. Como o risco contra o qual o segurador se premune deriva fundamentalmente do desenvolvimento de sua peculiar atividade empresarial, os elementos ativos do seu patrimônio não podem ser visualizados, de modo

autônomo, como relevantes para a definição da garantia ressecuritária, mas tão-somente o fato próprio da atividade securitária.

A disciplina do contrato de resseguro responde a exigências técnicas e valorativas próprias, que não se confundem com as exigências ínsitas à operação de seguro. A própria qualidade de segurador do ressegurado aponta para essa diferença de pressupostos, conferindo particularidade ao resseguro, que assim não pode identificar-se com qualquer espécie de seguro de dano. Por essas razões, em síntese, é que vem se formando, na literatura jurídica internacional, consenso sobre o fato de que o resseguro é um *tipo contratual autônomo*, que não se identifica suficientemente com o tipo contratual securitário, dele apenas se aproximando.¹⁹

Vale não obstante salientar que, embora se diga que por meio do resseguro cobrem-se determinados riscos, que não são os mesmos riscos, ou áreas de risco, cobertos por meio do contrato de seguro, a rigor o resseguro não se assenta na mutualidade. Presta-se, decerto, uma garantia em proveito de uma empresa de seguros, mas não se consegue ensejar, através do resseguro, um mecanismo de compensação de riscos equivalente ao mecanismo sobre o qual se apoiam os seguradores, ainda que se considere a prática ressecuritária em escala mundial. O esforço em promover a mutualidade é, quando muito, boa técnica de gestão, mas daí não deriva o regime contratual ressecuritário. Busca-se simplesmente reduzir o risco da empresa de seguro de se ver sujeita um desnivelamento patrimonial indesejado.²⁰

Caso se prefira um argumento pragmático, não dogmático, para se extrair essa percepção, basta mero passar d'olhos no capítulo XV do Código Civil vigente para constatar que a disciplina legal veiculada para o contrato de seguro não casa com o tipo ressecuritário. Ou seja, boa parte das disposições que aí se encontram a respeito do contrato de seguro em geral ou sobre o contrato de seguro de danos em particular é incompatível com o contrato de resseguro. É o caso, por exemplo, da disciplina do prêmio de seguro; definitivamente, não se pode aplicá-la no tocante a discussões sobre o pagamento do prêmio de resseguro – ou do preço do resseguro, como por isso mesmo preferem falar alguns autores. O resseguro, portanto, não pode ser remetido ao *genus* securitário, apresentando, como tipo contratual, características próprias, além de aparecer, ao menos perante o direito brasileiro, como *unicum*.

¹⁹ Para uma recensão da doutrina, cf. Piza, op. cit., passim.

²⁰ Prosperetti e Apicella, op. cit., p. 142.

Por outro lado, embora se trate de contrato socialmente típico, largamente praticado, o contrato de resseguro é um contrato legalmente atípico.²¹ Vale dizer, ele não se encontra disciplinado em todos os seus contornos na maior parte das legislações nacionais, tal como acontece no Brasil. A maior parte das regras existentes voltam-se à disciplina da empresa ressecuritária, e não propriamente ao negócio jurídico. Existe apenas certa *analogia* entre o seguro de dano e o resseguro, de maneira que, não havendo disciplina legal sobre o contrato de resseguro, ou não bastando a disciplina legal sobre os negócios jurídicos e o contrato em geral, algumas normas que disciplinam o contrato de seguro podem, *mas tão-somente à medida da analogia entre os dois tipos contratuais*, incidirem sobre o contrato de resseguro, a exemplo da disciplina específica da boa-fé no contrato de seguro.²²

4. FORMAÇÃO DO CONTRATO DE RESSEGURO E AUTORIZAÇÃO PARA CONTRATAR

O contrato de resseguro é contrato eminentemente consensual, de regra realizado *ex distantibus*. Não requer, como requisito de validade e eficácia, nenhuma forma específica (forma interna ou *ad substantiam*). Isto é decorrência não só da celeridade exigida para o desenvolvimento da operação, mas também do princípio contratual da liberdade da forma, vigente no direito brasileiro. A informalidade, aliás, sempre presidiu as negociações, inclusive quando delas participam corretores especializados na obtenção de proteção ressecuritária no mercado local ou internacional.

Como a praxe revela, o resseguro é um contrato que usualmente se forma em etapas distintas, uma correspondente ao encaminhamento da proposta, outra correspondente à sua aceitação. Ainda que o segurado tenha realizado, no mercado internacional, os chamados *road shows* para a “apresentação do risco”, antecipando ao mercado ressegurador sua pretensão de contratar um seguro que demandará do segurador ou cosseguradores locais a

²¹ Piza, op. cit., esp. p. 68 e ss. e p. 260 e ss.

²² Não se pode desconsiderar, entretanto, a forte intervenção estatal fiscalizadora e regulamentadora no setor. O Sistema Nacional de Seguros Privados, no Brasil, submete, além dos corretores de seguro e de resseguro, os seguradores e resseguradores à política de Estado estabelecida no Decreto-Lei n° 73/66 e na Lei Complementar 126/2007. Assim, o exame de todo e qualquer contrato de resseguro de que seja parte segurador autorizado a operar no Brasil não poderá fazer tabula rasa de que o resseguro constitui um instrumento privilegiado de expansão do mercado interno de seguros, vinculado a promover sua integração no processo econômico e social do país (Decreto-Lei 73/66, art. 5°, inc. I). Os negócios de resseguro integram o rol das condições operacionais necessárias ao imperativo constitucional do desenvolvimento (Constituição Federal, arts. 3°, II; 174, § 1°; 192, caput, e 219). Cf., a respeito, Gilberto Bercovici. “IRB – Brasil Resseguros S.A. Sociedade de Economia Mista. Monopólio de Fato. Dever de contratar e proteção à ordem pública econômica”, in *Revista de Direito do Estado*, n. 12, Rio de Janeiro, out/dez 2008.

contratação de resseguro facultativo, apenas quando o segurador fizer chegar ao ressegurador ou *pool* de resseguradores sua proposta de resseguro, que deverá levar em conta, ademais, toda sua estruturação técnica, operacional e patrimonial como empresa de seguro, é que se iniciará, efetivamente, o processo de formação do contrato.

A aceitação do ressegurador, como ocorre em geral com a aceitação das propostas de seguro pelo segurador, opera-se normalmente de modo tácito. Há, neste particular, analogia entre o tipo securitário e o tipo ressecuritário, de maneira que, estando sujeito ao direito brasileiro, a ausência de resposta do ressegurador no prazo de 15 (quinze) dias contados da recepção da proposta de resseguro importará em aceitação tácita.²³

Já estando as partes de comum acordo, já manifestada a aceitação, tem-se como aperfeiçoado o negócio. O clausulado atinente ao contrato de resseguro facultativo, assim como o que instrumentaliza os tratados de resseguro (*treaty wording*) são, de modo geral, preparados posteriormente. O *wording* é em geral preparado pelo ressegurador e, no que toca à sua assinatura, ela quase sempre ocorre em momento posterior ao da aceitação, quando já em curso o prazo contratual. Ele, portanto, não pode ser considerado um novo momento de aperfeiçoamento da relação, nem aportar modificações ao anteriormente acordado.²⁴ Muitas vezes, aliás, o *wording* não chega sequer a ser assinado pelas partes, ou só é assinado por quem o redigiu, que o faz antes de encaminhá-lo para a assinatura do ressegurado, em momento posterior e local diverso.

Observe-se, ainda, sobre o tema, que são frequentes os contratos internacionais de resseguros celebrados entre seguradores e resseguradores com estabelecimento em diferentes jurisdições. Para muitos autores, a propósito, a *internacionalidade* seria uma nota distintiva do resseguro. Hardy F. Glass, por exemplo, dizia que o internacionalismo é a “lei técnica básica do seguro”, mas com isto estava aludindo à necessidade da aplicação da Lei dos Grandes Números ao maior número possível de riscos semelhantes, independentemente da localização dos interesses sujeitos a esses riscos.²⁵

É importante destacar, no entanto, o princípio internacional segundo o qual o contrato de resseguro rege-se pela lei do local de residência do proponente, isto é, pela lei do

²³ Cf. *idem*, pp. 309 e ss. A aceitação tácita da proposta de seguro é endossada, por exemplo, pela Circular SUSEP nº 251, de 15.04.2004. No mercado londrino, para a contratação do resseguro empregam-se normalmente os chamado *slips*.” Cf. a respeito O’Neil e Woloniecki, *The Law of Reinsurance in England and Bermuda*. Londres: Sweet & Maxwell, 1998, p. 51 e ss., e Pfeiffer, *op. cit.*, p. 28 e ss.

²⁴ Cf., p. ex., Prosperetti e Apicella, *op. cit.*, p. 204.

²⁵ Apud Ângelo Mário Cerne. *O Seguro Privado no Brasil*. S. Paulo: Francisco Alves, 1973, p. 88.

segurador.²⁶ Não é outra a conclusão a que se chega, do ponto de vista do direito internacional privado brasileiro, não fosse o fato de a matéria envolver o que se convencionou chamar de “leis de aplicação imediata”. Dispõe, com efeito, o Decreto-Lei 73/66 que a realização de operações de resseguro no Brasil está sujeitas à sua aplicação, além de só poderem ser aqui realizadas por empresas de seguro devidamente autorizadas a operarem no país, logo, por empresas de seguro aqui estabelecidas (Decreto-Lei 73/66, arts. 72 e 73). Os negócios de resseguro do interesse de seguradores brasileiros, em outros termos, estão invariavelmente sujeitos à aplicação do direito brasileiro.

A esta conclusão, todavia, também se chega à vista do disposto no art. 9º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942). Este dispositivo estabelece que as obrigações regem-se pela lei do país em que se constituírem, especificando o seu parágrafo segundo que as obrigações contratuais, especialmente quando ajustadas entre ausentes ou *ex distantibus*, reputam-se constituídas no lugar em que residir o proponente. É despicando, aliás, discutir, no caso, se o dispositivo admite ou não a aplicação da *lex voluntatis*,²⁷ já que não há espaço, à vista do caráter cogente das normas do referido Decreto-Lei 73/66, para o exercício da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável ao contrato de resseguro de que seja parte segurador em atuação no país.

Note-se, finalmente, que somente podem celebrar contratos de resseguro com seguradores brasileiros resseguradores autorizados ou credenciados pela autoridade brasileira. Na dicção do art. 4º da Lei Complementar 126/2007, a propósito, são autorizados a ressegurarem seguradoras brasileiras, além dos resseguradores locais, sediados no país, mas dentro de certos limites, os resseguradores estrangeiros credenciados como admitidos e eventuais.

Ordinariamente, portanto, o proponente do contrato de resseguro é o segurador, que na maior parte dos casos, seja na contratação de resseguro facultativo, seja na celebração de tratados de resseguro, mas especialmente nestes casos, *adere* a um contrato formulado pelo ressegurador, com base em modelos predispostos pelo mercado internacional de resseguros. Por mais atuante que possa ser o corretor de resseguros, raramente se logrará uma alteração significativa dos clausulados *standards* normalmente utilizados. Não deve estranhar, por conseguinte, a possível caracterização do contrato de resseguro como contrato de adesão.

²⁶ Picard e Besson. *Les Assurances Terrestres*. Paris, LGDJ, t. II, 1977, p. 281

²⁷ Sobre o tema, cf. João Grandino Rodas. *Direito Internacional Privado Brasileiro*. S. Paulo: RT, 1993, p. 50

5. DETERMINAÇÃO DO CONTEÚDO E AUTONOMIA DO CONTRATO DE RESSEGURO

No tocante ao conteúdo do contrato de resseguro, o primeiro aspecto a ressaltar é que ele é inteiramente diverso do conteúdo do contrato ou contratos de seguro praticados pelo segurador-ressegurado, ainda que se cuide de resseguro facultativo, ou avulso. É totalmente avesso às características do contrato de resseguro, perante o direito brasileiro, que este seja uma espécie de espelho do contrato de seguro. O ressegurador garante um interesse e um risco que não se confundem com os interesses e os riscos que o segurador-ressegurado assegura, estando sujeito, por conseguinte, a conteúdo próprio.

A contratação do resseguro ocorre, não obstante, tendo-se em conta as chamadas as *condições originais* do seguro, salvo no que toca a limites particulares convencionados entre as partes ao longo do processo de formação negocial. De modo geral, cabe ao segurador – e nunca, aliás, a um seu qualquer segurado – o dever de comunicar ao ressegurador todos os elementos que concorrem para a delimitação do risco a ser ressegurado, particularmente nas contratações facultativas. O ressegurador, no entanto, deve informar se quer conhecer, em detalhes, as cláusulas e condições contratuais securitárias praticadas pelo segurador, devendo este, entretanto, independentemente de solicitação, chamar a atenção do ressegurador para especificidades significativas de suas operações.

No resseguro por tratado, se este é facultativo para o ressegurado, a declaração de alimento segue a regra própria dos negócios mediante averbação, levando-se a débito, nos chamados *borderaux* ou notas, quando empregados, a importância pela qual, conforme o tratado, responde o ressegurador por efeito desse risco, o que deve ser feito com máximo desvelo.²⁸ Deixe-se claro, entretanto, que tanto nesse caso como nos tratados obrigatórios para ambas as partes, as sucessivas declarações de alimento não constituem novas manifestações de vontade tendentes à criação de novos laços contratuais, mas atualizam o interesse ressegurado, objeto de um contrato já definitivamente concluído.

O segurador está obrigado, no entanto, nos tratados de resseguro obrigatórios para ambas as partes, a avisar o ressegurador da assunção de riscos especiais ou anormais, se não excluídos do seu alcance, de maneira que o ressegurador possa proceder ao provisionamento correspondente. Não obstante, é avesso à complexidade própria da atividade da empresa de

²⁸ Cf. Fábio Konder Comparato. *O Seguro de Crédito*. São Paulo: RT, 1968, p. 110.

seguro submeter à aprovação prévia por parte do ressegurador o prêmio a ser taxado relativo à assunção de um risco que pareça anormal.

O prêmio de resseguro, por sua vez, corresponde normalmente, nas contratações proporcionais, a uma proporção do chamado *prêmio original*, devido pelo segurado ao segurador, líquido de despesas de subscrição e carregamentos. Em matéria de resseguros não proporcionais, por outro lado, há diferentes técnicas de determinação do prêmio, como o *burning cost*, que toma como base a relação média entre prêmio do segurador e sinistralidade. Mas o importante, nesta matéria, é ter em conta que o prêmio de resseguro, em ambos os casos, é normalmente certo, sem que se possa exigir acréscimos posteriores, a título de complementação, que não se limitem a ajustes sujeitos a critérios objetivos predeterminados. Além disso, o prêmio de resseguro não é necessariamente uma prestação *a priori*, mas sim uma prestação que se executa ao longo da execução do contrato, mediante, por exemplo, um mecanismo de contas trimestrais, como se verifica nos tratados de resseguro em quota-parte.

O tema mais cadente, em matéria contratual-securitária, é efetivamente o tema da liquidação de sinistro, valendo observar desde logo que não cabe ao ressegurador intervir nos procedimentos de regulação e liquidação de sinistros, os quais devem restar inteiramente a cargo do segurador, frente a seus segurados, dada a autonomia entre as relações jurídicas securitárias e ressecuritárias. Assim, as cláusulas que se fazem presentes em diversos tratados de resseguro, dispondo que o ressegurador reconhecerá as liquidações de sinistros efetuadas pelo ressegurado, respondem, efetivamente, à natureza da relação entre ressegurador e ressegurado, ao contrário do que ocorre com as cláusulas nas quais, cada vez mais, os resseguradores vêm insistindo, como se fossem institutos de resseguro monopolistas, voltadas a transferir-lhes a incumbência.

Não se pode, por conseguinte, deixar de lado o exame da licitude ou ilicitude dessas cláusulas perante o ordenamento jurídico brasileiro, cumprindo nesse sentido retomar a *vexata quaestio* da autonomia entre os contratos de seguro celebrados pelo segurador-ressegurado e os contratos de resseguro por ele havidos com qualquer de seus resseguradores. Importa, todavia, desde logo observar que essa autonomia é decorrência das próprias bases técnicas da indústria securitária. Vale dizer, por tudo o quanto já se expôs a respeito, mesmo que se queira ter por foco um contrato de resseguro facultativo proporcional, em quota-parte, subscrito por um segurador às voltas com os potenciais efeitos, para sua operação, atinentes à celebração de um contrato de seguro de grande risco, com

características bem definidas, o ressegurador estará invariavelmente comprometido a garantir, antes de tudo, a sua *posição patrimonial* como empresa de seguros, o que pressupõe antes de tudo o comportamento geral de suas carteiras de negócios.

O resseguro, como se convencionou dizer, é *res inter alios acta* para o segurado.²⁹ É um negócio estranho, relativamente ao contrato de seguro ou contratos de seguro subscritos pelo segurador-ressegurado. Em regra, o segurado ou o beneficiário de seguro não têm pretensão exercitável em face do ressegurador de seu segurador. É o quanto decorre, no Brasil, do disposto no já lembrado art. 14 da Lei Complementar 126, de 2007, que ressalva apenas a possibilidade de as recuperações ressecutórias eventualmente devidas pelo ressegurador serem versadas diretamente aos segurados e beneficiários de seguro, no caso da liquidação extrajudicial do segurador-ressegurado.

A disposição de que o ressegurador, em regra, não responde perante o segurado ou os segurados do segurador-ressegurado, aliás, é constante nos mais diferentes ordenamentos jurídicos nacionais. Corresponde, além disso, a um princípio que se consolidou no mercado internacional, não obstante os esforços que vem sendo feitos, recentemente, sobretudo nos países que seguem o sistema da *common law* e nos quais se encontram estabelecidos os principais fornecedores de serviço ressecutório no mercado internacional.

A forte concentração que se vem assistindo no mercado de resseguros, em nível mundial, cujos efeitos prejudiciais, aliás, já vêm sendo denunciados do ponto de vista da própria técnica,³⁰ tem levado seguradores a submeterem-se cegamente à vontade de seus resseguradores, inclusive em relação às decisões a serem tomadas em matéria de regulação e liquidação de sinistros, no nível da relação securitária. Alega-se que não poderia ser diferente ao menos em relação aos resseguros proporcionais, sob pena de estes não encontrarem oportunidade de subscrição. A aceitação passiva desta situação, todavia, é enveredar por caminhos tortuosos, que se colocam em desconformidade com os objetivos da política de seguros, e contratualmente consiste em denegar a unicidade estrutural e funcional do contrato, tornando-o um negócio distinto do negócio de resseguro.

Ante o disposto no citado art. 14 da Lei Complementar 126/2007, todavia, já não parece possível esboçar qualquer dúvida a respeito da autonomia do negócio de resseguro frente ao negócio ou negócio de seguros do segurador-ressegurado. As bases técnicas e

²⁹ Vera Helena de Mello Franco. *Lições de Direito Securitário*. S. Paulo: Maltese, 1993, p. 128.

³⁰ Michael R. Powers e Martin Shubik. A "square-root rule" for reinsurance in *Revista Contabilidade & Finanças*, vol. 17, n. 2. São Paulo: USP, dezembro de 2006, pp. 101-107.

operacionais da própria indústria evidenciam, como já se acentuou, que o contrato de resseguro não é contrato em coligação causal com o qualquer contrato de seguro celebrado pelo segurador-ressegurado, nem contrato assessorio. O contrato ou contratos de resseguro de que se deve valer uma seguradora, habilitando-se à realização de uma ou de um conjunto de operações de seguro, será sempre um contrato distinto desse contrato ou contratos de seguro.

BIBLIOGRAFIA

- ASCARELLI, Tullio. Riassicurazione in Enciclopedia Italiana, 1936.
- BERCOVICI, Gilberto. IRB – Brasil Resseguros S.A. Sociedade de Economia Mista. Monopólio de Fato. Dever de contratar e proteção à ordem pública econômica, in Revista de Direito do Estado, n. 12, Rio de Janeiro, outubro/dezembro de 2008.
- CERNE, Angelo Mario. *O Seguro Privado no Brasil*. S. Paulo: Francisco Alves, 1973.
- COMPARATO, Fabio Konder. *O Seguro de Crédito*. São Paulo: RT, 1968.
- CAPOTOSTI, Renzo. *La Riassicurazione: Il Contratto e L'Impresa*. Turim: UTET, 1991
- DIRUBE, A. F. Manual de Reaseguros. Buenos Aires, General Re, 1993.
- DONATI, Antígono. *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*. Milão, Giuffrè, t. I, 1952.
- FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, v. 11, 1963.
- GERATHEWOHL, Klaus. *Reinsurance: Principles and Practice*. Karlsruhe: Versicherungswirtschaft, t. I, 1982.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de Direito Securitário*. S. Paulo: Maltese, 1993.
- MORAGLIA, G. “Sulla Natura Giuridica della Riassicurazione” in *Rivista de Diritto Commerciale e delle Obligazione*, II, 1925.
- O’NEIL, Terry. WOLONIECKI, Jan. *The Law of Reinsurance in England and Bermuda*. Londres: Sweet & Maxwell, 1998.
- PERSICO, C. *La Riassicurazione*. Castelo: Unione, 1926.
- PFEIFFER, Christoph. *Introduction to Reinsurance*. Colonia: Gabler, 1994
- PICARD, Maurice. BESSON, Andre. *Les Assurances Terrestres*. Paris, LGDJ, t. II, 1977
- PIZA, Paulo Luiz de Toledo. *Contato de Resseguro*. EMTS: São Paulo, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: RT, v. 46, 1984.
- POWERS, Michael R. SHUBIK, Martin. A "square-root rule" for reinsurance in *Revista Contabilidade & Finanças*, vol. 17, n. 2, dezembro de 2006.
- PROSPERETTI, Mario. APICELLA, Enio. *La Riassicurazione*. Milão: Giuffrè, 1994
- RODAS, João Grandino. *Direito Internacional Privado Brasileiro*. S. Paulo: RT, 1993.

RODRÍGUEZ, Luiz de Angulo Rodríguez. Consideraciones preliminares sobre el reaseguro in VV.AA. *Estudios Sobre el Contrato de Reaseguro*, Madri, ESS, 1997

TZIRULNILK, Ernesto. Regulação de Sinistro, S. Paulo, Max Limonad, 2001.

VIVANTE, Cesare. *Il Contrrato di Assicurazione*, Milão, I, 1885.

CONTRATO DE SEGUROS: A NEGATIVA DE COBERTURA E OS LIMITES ENTRE A DEFESA DO MUTUALISMO E O ABUSO CONTRATUAL

Ricardo Einsfeld Villar¹

Resumo: O presente artigo se propõe a examinar o contrato de seguros, com breve análise de seus contornos gerais e, sobretudo, dando especial atenção a negativa de cobertura securitária e os aspectos importantes que ambientam a questão. Destarte, o estudo abordará os limites extremos existentes dentro da negativa de cobertura securitária que vão desde a proteção ao mutualismo, representado pela coletividade composta por segurados cujo fundo mutual é gerido pela seguradora, até o excesso que caracteriza abuso contratual em detrimento do segurado.

Palavras-chave: Contrato de Seguro. Negativa de Cobertura, Defesa do Mutualismo. Abuso Contratual.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, é mister que se ressalte que o presente artigo não tem a pretensão de esgotar o tema relativo à negativa da cobertura de seguros, dada a extensão do tema, que, certamente, mereceria obra mais extensa e aprofundada, sobretudo pela sua relevância cotidiana e a pluralidade de situações que se evidenciam e que se renovam de tempo em tempo, de forma que a questão, efetivamente, não se esgota e exige permanente acompanhamento e revisão de conceitos.

Destarte, o que se pretende nesse estudo é abordar a negativa de cobertura e salientar aspectos relevantes que a lastreiam e norteiam posto que, muitas vezes, esta serve como instrumento de proteção da mutualidade, preservando os demais segurados que seriam prejudicados caso um sinistro fosse eventualmente indenizado de forma equivocada e, por outro extremo, pode representar um abuso contratual que deixa desprotegido o segurado que diante da concretização do risco predeterminado (sinistro), não recebe a contraprestação contratualmente estabelecida (indenização).

¹ Advogado com atuação específica em Direito do Seguro desde 1997, sócio fundador do escritório Villar & Villar Advogados Associados, formado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS em 1998, pós-graduado e especialista em Direito do Seguro pela Universidade de Salamanca (Espanha), membro da AIDA – Associação Internacional de Direito do Seguro e do Comitê Ibero Latino Americano da AIDA – CILA, Vice- Presidente da Câmara de Comércio e Indústria Brasil/Venezuela, Julgador Titular do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/RS, palestrante, conferencista e autor de artigos acadêmicos publicados em livros, revistas e cadernos jurídicos e atual Presidente da Comissão Especial de Seguros e Previdência Complementar da OAB/RS.

Inegável que nos tempos atuais a fraude aos seguros seja uma triste mazela da qual o mercado não pode descuidar e, uma vez constatada, a negativa de cobertura se impõe e preserva a coletividade de segurados. Da mesma forma, a eventual falta de lealdade do segurado, seja por ocasião da contratação, seja na ocorrência do sinistro, seja ainda durante a regulação do mesmo, também há de ser combatida com rigor, preservando o equilíbrio da relação sinalagmática e, mais uma vez, preservando o fundo mutual criado com o esforço financeiro da mesma coletividade de segurados.

Paralelamente, não é admissível que a seguradora, somente diante do sinistro e por ocasião da regulação passe a adotar uma conduta rigorosa e diligente, em dissonância com a conduta adotada por ocasião da contratação e pagamento do prêmio, vale dizer, passando muitas vezes a buscar, dentro do processo regulatório, justificativas para embasar uma negativa de cobertura, utilizando-se de conceitos técnicos e mesmo contratuais que não foram devidamente esclarecidos e compreendidos pelo segurado e tampouco se coadunam com a necessária equidade e comutatividade contratual, configurando – pois - verdadeiro abuso.

Entre estes extremos discorreremos para provocar a necessária reflexão.

1. CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTRATO DE SEGUROS:

Basicamente – e sem maiores pretensões didáticas - um contrato de seguros visa a proteção de interesses de uma determinada pessoa (segurado), contra eventos futuros, incertos e previamente determinados (risco), mediante o pagamento de uma contraprestação (prêmio).

A seguradora recebe os valores relativos aos prêmios pagos e gerencia esse fundo mútuo para que na eventualidade da concretização do risco, do dano (sinistro) sofrido por determinados segurados esse valor (aportado por muitos) sirva para cobrir o prejuízo de poucos, o que se denomina *diluição de risco* ou *pulverização de risco*.

Os seguros muitas vezes são contratados em razão do interesse acautelatório do segurado, que temendo determinado risco incerto e futuro, deseja proteger seu patrimônio ou mesmo resguardar seus entes queridos, outras vezes, são inseridos no contexto de determinados negócios jurídicos e, ainda, impostos como obrigatórios (exigência legal) em algumas circunstâncias.

No que diz respeito a sua base histórica, é cediço de todos que o seguro tem como origem à constante busca do homem pela proteção e prevenção de riscos.

Assim sendo, a motivação inicial é a de proteção contra riscos futuros, incertos e predeterminados cujo receio preocupa o segurado, razão pela qual o mesmo resolve, mediante o pagamento de determinada quantia (prêmio), bastante inferior financeiramente ao interesse protegido, acautelar-se, o que se viabiliza em razão da mencionada diluição e pulverização do risco.

No contexto histórico de seu surgimento, especula-se que o seguro, na sua forma primitiva, tenha surgido na época dos camaleiros nômades, na região da Mesopotâmia, na época de 2.250 A.C.² como forma de distribuir, entre um grupo de comerciantes, eventual prejuízo de se perder um camelo perante os diversos perigos do deserto, ao invés do proprietário do animal suportar a perda sozinho³.

Com efeito, desde aqueles tempos havia uma busca incessante pela tranquilidade de que o seu patrimônio, amealhado com muito empenho, não seria extinto em decorrência de um evento incerto e futuro. Essa é a mola propulsora que impulsiona a humanidade a criar o contrato de seguro, justamente ancorado nesse anseio por preservar os seus bens (seguro de dano) ou mesmo de acautelar interesse de seus entes queridos (seguro de pessoas) e outras diversas modalidades que visam a proteção de riscos a que a sociedade esteja exposta.

Ainda no tocante a sua evolução, existe interessante corrente histórica que associa a origem do seguro aos fenícios, uma antiga civilização, cuja principal atividade foi o comércio marítimo. Deste modo, os proprietários das embarcações estabeleciam pactos com outros comerciantes marítimos, para que, na ocorrência de algum prejuízo individual de um dos integrantes, este deveria ser suportado por todos os membros do grupo, através de certo porcentual ajustado⁴.

Inegavelmente, na época da expansão marítima, o instituto do seguro teve acentuado desenvolvimento na Europa. Os navegadores, como forma de se proteger dos diversos riscos decorrentes das navegações intercontinentais, celebravam uma espécie de contrato de seguro. De acordo com Pedro Alvim, a primeira apólice de seguro conhecida é a de Pisa, proveniente do ano de 1385.⁵

² FENASEG. **História do seguro - No mundo**. Disponível em: <<http://www.fenaseg.org.br/main.asp?View={90C02160-06E1-4B22-8737-4CF54A6C1C58}>>. Acesso em: 14 set. 2019

³ SILVA, Ivan de Oliveira. **Curso de Direito do Seguro**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.2

⁴ *Ibidem*, p.2 e 3

⁵ ALVIM, Pedro. **O Contrato de Seguro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.28

A doutrina conceitua o contrato de seguros como bilateral, ou sinalagmático, pois depende da manifestação de vontade de ambos contratantes, que se obrigam de forma recíproca. O segurado assume obrigações como pagar o prêmio, informar situações que possam agravar o risco, em contrapartida, o segurador se responsabiliza, principalmente, por pagar a indenização estipulada no caso da ocorrência do sinistro⁶.

Do ponto de vista normativo existem várias conceituações, na essência semelhantes, entre as quais citamos o Código Civil Brasileiro, que no seu Artigo 757 preceitua que: Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou à coisa, contra riscos predeterminados.

Portanto, do artigo em comento pode-se extrair que o seguro é a operação pela qual o segurador recebe de cada um dos diversos segurados uma prestação pecuniária, denominada prêmio, com o intuito de formar um fundo comum, cujo objetivo é garantir o pagamento de uma soma em dinheiro àqueles que forem afetados pela ocorrência de um risco⁷, sendo necessário que este risco seja futuro, incerto, bem como especificamente previsto no contrato⁸.

Considera-se a avença securitária como onerosa, pois o contrato oferece benefícios para ambas as partes, ao passo que o segurador garante a indenização no caso da ocorrência do sinistro em troca do pagamento do prêmio do segurado.

Além do mais, cumpre mencionar que o contrato securitário sempre será oneroso, independente do acontecimento do sinistro, pois o segurado, ao pagar o prêmio, receberá a vantagem de ter protegido, dos riscos previstos, o valor patrimonial do bem objeto do seguro, mesmo que não haja indenização⁹.

Quanto à aleatoriedade do contrato, há divergência na doutrina. Grande parte dos juristas classifica o seguro como aleatório, pois as obrigações esperadas pelas partes giram em torno do elemento risco, que é um evento futuro e incerto, seja quanto à sua ocorrência ou quanto ao momento em que será produzido, como por exemplo, nos casos de seguro de vida, em que a morte do contratante é certa, apesar de ser impossível prever o momento em que está ocorrerá.¹⁰

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos em Espécie**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 3 v, p. 373

⁷ ALVIM, Pedro. **O Contrato de Seguro**. *Op. Cit.*, p.64

⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos: Contratos em Espécie**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 841

⁹ MARTINS, João Marcos Brito; MARTINS, Lídia de Souza. **Direito de Seguro: Responsabilidade Civil das Seguradoras**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 35.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 3 v. De acordo com o Novo Código Civil Brasileiro, p. 502

Porém, existe corrente que atribui a característica da comutatividade à natureza jurídica do contrato securitário, ou seja, desde o momento da estipulação da avença já se sabe quais serão as obrigações a serem atribuídas a cada uma das partes, pois consiste em coisa certa e determinada: a garantia de proteção ao valor do patrimônio, objeto do contrato.¹¹

2. A NEGATIVA

A negativa de cobertura é o ato através do qual a seguradora, diante da ocorrência do evento predeterminado – sinistro – comunica ao segurado que este evento não será indenizado. Trata-se de ato unilateral e privativo da seguradora, isto é, somente a seguradora poderá decidir sobre o pagamento ou não da cobertura securitária contratada.

Em geral a seguradora, diante do evento de sinistro e comunicação do fato pelo segurado (ou seu corretor), inicia o processo de **regulação do sinistro** que é o exame, na ocorrência de um sinistro, das causas e circunstâncias para a caracterização do risco ocorrido com vistas a definição da existência de cobertura.¹²

As causas mais comuns a embasar uma negativa são o descumprimento das obrigações pactuadas no contrato de seguro, sendo relativamente frequentes as negativas por caracterização de fraude, por agravamento de risco, por ocorrência fora do prazo de cobertura, por falta de pagamento do prêmio, entre outras causas comumente evidenciadas.

A análise do sinistro geralmente conta com o auxílio de uma empresa de regulação de sinistros, composta por técnicos indicados pelos seguradores ou resseguradores, nos casos em que estes participam, para proceder ao levantamento dos prejuízos indenizáveis¹³. O regulador deverá analisar de forma minuciosa as causas e circunstâncias envolvidas no sinistro, seja para atestar sua regularidade e indicar a necessidade de indenização integral ao segurado, seja para limitar essa indenização (indenização parcial), seja ainda para apresentar elementos que indicam a inexistência de cobertura para o evento.

A negativa de cobertura é o ponto principal deste trabalho, posto que esta poderá, dependendo de suas razões, ser uma defesa do mutualismo, ou seja, dos demais segurados

¹¹ SILVA, Ivan de Oliveira. **Curso de Direito do Seguro**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.82

¹² SOUZA, Antonio Lober Ferreira De: **Dicionário de seguros: vocabulário conceituado de seguros**. 3.ed.rev. e ampliada-Rio de Janeiro: Funenseg, 2011, p181

¹³ SOUZA, Antonio Lober Ferreira De: **Dicionário de seguros: vocabulário conceituado de seguros**. 3.ed.rev. e ampliada-Rio de Janeiro: Funenseg, 2011, p181

que compõem o fundo mutual, ou, em outros casos, configurar um abuso contratual em detrimento do segurado.

2.1 A negativa como defesa do mutualismo

O mutualismo é um dos princípios fundamentais que constitui a base de toda a operação de seguro. A reunião de um grande número de expostos aos mesmos riscos possibilita estabelecer o equilíbrio aproximado entre as prestações do segurado (prêmio) e as contraprestações do segurador (responsabilidades), uma vez que todos os segurados pagam valores inferiores ao bem segurado, na certeza de que aqueles que sofrerem eventuais perdas receberão o valor de reposição do bem.

O princípio do mutualismo é considerado o precursor do atual sistema de seguros e é definido como: a concentração de esforços de uma coletividade, destinados a garantir a recomposição patrimonial de seus membros que, de uma forma individual, foram vítimas de um infortúnio.¹⁴

A compreensão do mutualismo no sentido de *equilíbrio coletivo* é fundamental na existência do contrato de seguros, posto que, é da natureza do seguro a união de uma determinada coletividade é o que promoverá o amparo àqueles que eventualmente necessitarem de ajuda por conta da concretização do risco, do sinistro.

Para fins de ilustração do mutualismo no sistema de seguros em uma abordagem básica, imagine-se um grupo de moradores de uma pequena cidade rural, que decide fazer um acordo na seguinte forma: sempre quando ocorrer um evento danoso na residência de um habitante, todos os cidadãos deverão arcar com uma ajuda financeira proporcional, pois, deste modo, o desafortunado não arcará com os prejuízos de forma individual e, portanto, de forma muito mais onerosa.

Essa é a lógica do princípio mutualista, principal objeto do seguro, em outras palavras, a operação de seguros possibilita a divisão, por toda a comunidade, de eventuais prejuízos de um indivíduo¹⁵, de forma a não afetar a estabilidade econômica de quem auxilia o membro que sofreu o dano, pois o prejuízo é repartido entre toda a coletividade.¹⁶

Destarte, a seguradora, enquanto gestora do fundo mutual é uma das responsáveis por zelar pela proteção dessa coletividade e isso implica não apenas em pagar indenizações

¹⁴ SILVA, Ivan de Oliveira. **Curso de Direito do Seguro**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 21

¹⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 334

¹⁶ ALVIM, Pedro. **O Contrato de Seguro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 59 e 60

diante da concretização de eventos predeterminados e incertos (sinistro), mas também em negar cobertura quando o evento contiver elementos e circunstâncias que indiquem que não se trata de um risco coberto.

Isso porque para o pagamento de qualquer indenização serão sempre utilizados recursos deste mesmo fundo, destarte, havendo o pagamento de uma indenização onde o sinistro foi, por exemplo, fraudulento, isso acarretará em lesão não apenas à seguradora, mas sim a toda a coletividade de segurados que compõe o fundo mutual.

Assim sendo, compete a seguradora tomar todas as medidas necessárias para evitar o pagamento de indenizações indevidas, evitando lesão financeira ao fundo mutual e alterando indevidamente as estatísticas de sinistro o que irá afetar o cálculo atuarial (cálculo das probabilidades) e poderá acarretar indevido aumento no valor dos prêmios de seguros no futuro.

Com efeito, o pagamento de indenizações indevidas prejudica os demais segurados que compõe aquele fundo mutual e inclusive aqueles que virão a compô-lo no futuro, pois o seguro é sempre calculado sobre dados estatísticos do passado, portanto, o pagamento de indenizações indevidas, por qualquer razão, provavelmente implicarão em aumento no valor do prêmio no momento da renovação, além disso, aquele sinistro será computado nos dados estatísticos de sinistralidade e isso aumentará o valor do seguro para determinado risco, onerando (indevidamente) aquele que futuramente venha a contratar um seguro para aquele risco.

Portanto, a adequada negativa de cobertura protege não apenas o grupo de segurados daquele fundo mutual, mas sim a coletividade em geral, inclusive aqueles que virão a contratar um seguro no futuro.

Diante desse cenário, é fundamental compreender que a seguradora não deve ser compelida a pagar indenizações sob qualquer pretexto, muito menos sob o equivocado entendimento de que a mesma é uma instituição financeiramente abastada e que tem condições econômicas de suportar esse ônus, equívoco não raramente cometido pelo Poder Judiciário, sobretudo em decisões singulares, onde o julgador em alguns casos entende que a seguradora poderá pagar indenizações sem que isso implique em abalo financeiro significativo.

Na verdade, esse ônus haverá de ser suportado por toda a coletividade de segurados, pois estes é que contribuem financeiramente para formar aquele acervo financeiro que será usado no pagamento das indenizações.

A empresa seguradora privada nada mais é do que uma intermediária, uma gestora que recolhe os prêmios pagos pelos segurados e os utiliza para pagar as indenizações pelos sinistros ocorridos. O prêmio é fixado de antemão com base em cálculos atuariais, que se apoiam na análise das probabilidades e no valor do bem objeto do seguro.¹⁷

Além do mais, o objetivo primordial pelo qual o consumidor adere à contratação de um seguro é o de prevenir os prejuízos do seu próprio interesse, portanto, a verdadeira mola impulsionadora do mutualismo é a previdência do próprio patrimônio, a precaução do segurado, pois é incerto saber quem será o desafortunado a sofrer danos no bem objeto de seguro, ou seja, o segurado não tem como objetivo primário contribuir para o fundo de ajuda mútua, mas sim resguardar o seu patrimônio¹⁸.

Deste modo, conclui-se que não existe uma operação de seguros de forma individual, deverá ser sempre realizada com uma massa, ao passo que não é a seguradora quem arca com os prejuízos do risco, mas apenas a responsável pela administração do montante formado pelo pagamento de prêmio destinado a indenizar os prejuízos dos segurados, de molde a fragmentar, diluir ou pulverizar riscos entre toda a coletividade.

Assim sendo, a seguradora quando analisa determinado evento de sinistro com acuidade e diligência, promovendo uma regulação adequada e, no curso desta, identifica alguma circunstância que efetivamente justifique a recusa de cobertura, estará agindo sobretudo em defesa dos demais segurados e do mercado de seguros de uma maneira geral.

Muitas vezes, no entanto, decisões judiciais determinam o pagamento da indenização ainda que configuradas circunstâncias que indicam a necessidade de uma negativa, seja pelo equivocado entendimento de que a seguradora poderá suportar esse ônus financeiro sem grandes abalos, olvidando-se ou ignorando que o ônus é do fundo mutual, seja ainda pelo entendimento de que em determinados casos o seguro deva cumprir uma função social de pacificar conflitos com o pagamento de indenizações.

No entanto, embora a atividade securitária cumpra uma função social importante a mesma não pode ser confundida com concessão de benesses, altruísmo ou mesmo piedade, sob pena de gerar grande abalo nos pilares mais fundamentais da atividade.

Em realidade, o princípio da função social é aplicado aos contratos de modo geral, e não apenas no âmbito dos contratos securitários. Teve origem, no Brasil, com a Constituição

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 3 v. De acordo com o Novo Código Civil Brasileiro, p. 506

¹⁸ SILVA, Ivan de Oliveira. **Curso de Direito do Seguro**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 121

Federal de 1988 e dela se pode exprimir, basicamente, a ideia de que o acordo entabulado entre as partes não deve lesar os interesses de ordem pública¹⁹.

Paralelamente, em se tratando do direito de seguros, a função social do contrato possui um caráter ainda mais relevante, pois está vinculada e fundamentada na mutualidade inerente ao sistema securitário, tendo em vista que no caso de uma das partes agir de má-fé antes, durante ou depois da execução do contrato não atingirá apenas a seguradora, mas sim toda a coletividade de segurados. Nisso reside a função social.

Nesse sentido, os contratos de seguro só serão individuais na apresentação que se faz ao segurado, pois são contratos de colaboração entre diversas pessoas com riscos semelhantes e que necessitam umas das outras para formar uma mutualidade e formar um fundo mutual suficiente para arcar com os prejuízos, pulverizando o risco, viabilizando a atividade econômica²⁰.

No entanto, não se pode confundir a função social dos seguros no sentido de defesa do interesse coletivo e equilíbrio mutual, com prática de caridades e pagamento de indenizações levando-se em conta a vulnerabilidade ou mesmo a tragédia enfrentada pelo segurado que não podem se sobrepor as obrigações contratuais pactuadas e aos aspectos técnicos que lastreiam a existência ou não de cobertura para um determinado evento.

Por mais pesarosa e dolorosa que seja a dor do segurado, não havendo contratualmente ou tecnicamente cobertura para o evento, essa não poderá ser imposta pelo poder judiciário sob o argumento de que o contrato de seguro assim estaria cumprindo uma função social de amparo, lastreando-se na equivocada premissa de que a seguradora possa suportar a indenização sem grandes impactos.

Esse tipo de equívoco promove uma distorção perigosa, que, em verdade, onera a coletividade de segurados e que coloca em risco a atividade securitária, desvirtuando a finalidade e efetiva função social do contrato de seguros.

2.1.1. Como instrumento de combate a fraude

É fato inconteste que a fraude é um dos maiores problemas a serem enfrentados pelo mercado de segurador e, sobretudo, uma das maiores preocupações para os defensores do equilíbrio no contrato de seguros.

¹⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Método, 2012 p. 528

²⁰ CARLINI, Angélica. Função social dos contratos de seguro e sua sustentabilidade. **Cadernos de Seguro**, Rio de Janeiro, v., n. 171, p.16-24, mar./abr. 2012, p. 23

A fraude é a obtenção, para si ou para outrem, de vantagem ilícita, financeira ou material, em prejuízo alheio, mantendo ou até induzindo alguém ao erro, mediante ardil, artifício ou qualquer outro meio que possa enganar, igualando-se assim ao estelionato e ao dolo. Ela pode ser cometida tanto por pessoal externo, como interno da instituição, comprometendo a imagem da companhia e até a continuidade dos seus negócios²¹.

Quando praticada pelo segurado, a fraude pode estar caracterizada tanto no momento da contratação, como durante a vigência do contrato e mesmo após a ocorrência do sinistro e por ocasião da regulação deste.

Em alguns casos, a fraude se evidencia quando o segurado, dolosamente provoca o sinistro visando obter a indenização de maneira indevida, ferindo mortalmente a lealdade contratual e eliminando a aleatoriedade, que é elemento basilar da relação securitária.

Indubitavelmente, quebra todo o princípio de equivalência entre risco assumido e prêmio tarifado e pago quando o segurado, dolosa ou culposamente, provoca o sinistro.²²

A fraude pressupõe ação dolosa do segurado no intuito de obter vantagem indevida dentro da relação contratual e, como dito alhures, pode surgir na origem do contrato, quando o segurado já presta informações inverídicas por ocasião da contratação, sejam elas relativas ao bem segurado, sejam relativas aos riscos a que o mesmo esteja exposto, enfim, o segurado altera fatos ou oculta circunstâncias relevantes já planejando com isso obter futuramente vantagem indevida.

A fraude vai absolutamente na contramão dos princípios mais basilares do seguro que são justamente a boa-fé, a lealdade e o equilíbrio da relação sinalagmática. A fraude é a antítese do seguro.²³

Com efeito, em relação ao contrato de seguro, bem aponta Abel B. Veiga Copo, ao mencionar que se trata de um contrato de boa fé em que o segurador e o segurado devem ser leais um com o outro. Além disso, leciona o brilhante doutrinador que todo sinistro há de ser, deve ser, alheio a intencionalidade do segurado, da pessoa que porta o risco, sobre cuja cabeça pende o risco.²⁴

²¹ SOUZA, Antonio Lober Ferreira De: Dicionário de seguros: vocabulário conceituado de seguros. 3.ed.rev. e ampliada- Rio de Janeiro: Funenseg, 2011, p106/107

²² VEIGA COPO B, Abel Tratado Del Contrato de Seguro.Pamplona: Thomson Reuters, 2019, p. 684

²³ SOUZA, Antonio Lober Ferreira De: Dicionário de seguros: vocabulário conceituado de seguros. 3.ed.rev. e ampliada- Rio de Janeiro: Funenseg, 2011, p107

²⁴ COPO, Abel B. Veiga. Tratado Del Contrato de Seguro. Tomo I. Sexta Edición. Pamplona: Thomson Reuters, 2019, p. 686

A fraude, geralmente, elimina uma das características mais fundamentais ao contrato de seguro que é justamente a aleatoriedade, a incerteza, na medida em que para uma das partes (o fraudador) o risco não seria exatamente incerto ou aleatório.

Assim sendo, a fraude é uma grave mazela social contra a qual todos os defensores e preocupados com a atividade securitária devem lutar incansável e rotineiramente, seja pelo desequilíbrio técnico e contratual que compromete a existência do contrato do seguro, seja pela defesa do certo, do justo e do moralmente adequado que deve ser perseguido pela sociedade como um todo.

Uma indenização securitária paga que tenha origem em ato fraudulento causa prejuízo direto ao fundo mutual, a coletividade de segurados, na medida em que serão utilizados recursos de todos de forma indevida para indenizar um segurado desleal, que dolosamente buscou obter vantagem para si em detrimento da seguradora e, sobretudo, da coletividade de segurados.

Assim sendo, a negativa de cobertura que tem como causa a existência de uma fraude, geralmente revelada durante a regulação do sinistro, está, antes de mais nada, defendendo a coletividade de segurados.

É possível afirmar que a fraude, além de poder ser evidenciada em vários momentos da relação contratual (contratação, vigência, regulação de sinistro etc.) também pode conter níveis distintos de má-fé e carga dolosa mais acentuada e mais reprovável, o que será evidenciado no caso a caso.

A fraude eivada de dolo grave, de inegável intencionalidade do segurado em obter vantagem indevida, muitas vezes inclusive se articulando, se organizando e até associando a outros fraudadores para prática rotineira de práticas delitivas é costumeiramente combatida de forma mais veemente pelas seguradoras e conta com o apoio social e mesmo do poder judiciário.

No entanto, quando o segurado comete pequenas omissões, ou distorce determinadas circunstâncias para obter benefício para si, a situação, embora possa merecer o mesmo combate ferrenho da seguradora, muitas vezes, não conta com o mesmo apoio social ou do poder judiciário que, nesse caso, exige a comprovação cristalina da fraude sob pena de mandar indenizar ao segurado, muitas vezes ainda que presentes fortes indícios fraudulentos.

Ocorre que, pequenos deslizes do segurado muitas vezes acabam sendo relevados socialmente e mesmo pelo judiciário e esse sentimento, muito provavelmente, tem origem

na equivocada premissa de que a seguradora tem condições financeiras de arcar com o pagamento sem grandes impactos.

Trata-se de caminho perigoso, primeiro, por fomentar a prática reiterada e geralmente cada vez mais agravada, segundo, porque o prejuízo em verdade não é da seguradora - como se disse de antanho - mas, sobretudo, do fundo mutual composto pelos segurados, terceiro, porque além dos aspectos técnicos e contratuais que norteiam a relação, o combate a fraude é uma atribuição social que contribui para formação de uma sociedade mais justa, mais equilibrada e mais digna. Cabe ao segurado e cidadão em geral a escolha da sociedade da qual quer fazer parte e, certamente, proteger fraudadores, ainda que em pequenas fraudes, não é o melhor caminho para construção de uma sociedade melhor.

Paralelamente, outra prática que gera bastante polêmica no setor é conduta adotada por algumas seguradoras que em verdade utilizam a negativa de cobertura como instrumento de combate preventivo a fraude, criando uma espécie de filtro para sinistros cuja regulação evidenciou circunstâncias indicativas de uma possível fraude. Destarte, com a comunicação da negativa indicando a existência de circunstâncias que estariam justificando a recusa de cobertura, geralmente apresentada de forma ampla e genérica, pode causar no outro extremo da relação contratual (segurado), na hipótese de se tratar efetivamente de um fraudador, o receio de que sua conduta delitativa tenha sido identificada e, com isso, o mesmo aceite a negativa sem pedir maiores explicações.

A crítica a essa postura é de que mesma, embora possa promover resultados positivos no combate e desestímulo a fraude, não se pode olvidar que a seguradora não poderia agir motivada em simples indícios e sim calcada em provas robustas acerca da conduta ilícita, além disso, o segurado teria direito a uma negativa mais clara e abrangente indicando claramente as razões que embasaram a negativa, por fim, essa conduta poderia induzir em erro o segurado de boa-fé que por desconhecimento deixasse de se insurgir contra a negativa e acabasse sendo indevidamente prejudicado.

O fato é que a fraude, de uma maneira geral, independentemente de maior ou menor reprovabilidade da conduta praticada, deve ser sempre combatida e quando efetivamente evidenciada deverá ser motivadora da negativa de cobertura, protegendo os demais segurados, protegendo a sociedade como um todo, desestimulando a repetição da prática reprovável e evitando o enriquecimento ilícito. Diante desse cenário, as fraudes, como

elemento desestabilizador de economias coletivas, devem ser combatidas, a fim de que o segurado honesto não saia prejudicado.²⁵

Além disso, evidenciada e comprovada a fraude a seguradora deve, além de negar a cobertura, promover e impulsionar as medidas necessárias para a punição dos fraudadores na esfera penal.

2.1.2 Como argumento técnico e contratual

O contrato de seguros é bilateral e pressupõe direitos e obrigações ao segurado e ao segurador, sendo fundamental o respeito e atenção as regras pactuadas para que a o equilíbrio seja mantido e inclusive para que a atividade securitária possa prosseguir.

O segurado, ao descumprir regras pactuadas pode perder o direito a cobertura contratada, sob pena de onerar injustamente os demais segurados que respeitam as condições contratuais. A seguradora pode limitar riscos, seja não aceitando a cobertura de determinados riscos, seja limitando as hipóteses em que haverá ou não cobertura, seja ainda excluindo previamente determinados riscos para os quais não haverá cobertura.

Esses limites podem possuir origem técnica e contratual ou, ainda, jurídica e a sua imposição não fere a relação bilateral pois a seguradora não pode ser obrigada a aceitar quaisquer riscos. A seguradora aceita determinados riscos e, entre estes riscos, avalia e calibra através dos denominados cálculos atuariais as maiores ou menores probabilidades de sua ocorrência e com isso fixa o prêmio correspondente para assumir a obrigação de garantidora.

Nem todos os riscos vão ser garantidos ou cobertos pelo seguro, pelo que a razão da inexistência do seguro pode ser, como dito, tanto técnica como jurídica. Juridicamente não teria cabimento a possibilidade de fazer seguros contra riscos ilícitos, contrários a lei e a moral e ordem pública, tampouco teriam que assegurar um evento quando o mesmo tenha sido provocado, causado dolosamente pelo segurado.²⁶

Assim sendo, uma vez delimitados os riscos aceitos, apresentando claramente as restrições, condições e exclusões de cobertura a negativa, quando evidenciado um descumprimento a estes limites pactuados estará, acima de tudo, defendendo a mutualidade, a coletividade de segurados.

²⁵ TZIRULNIK, Ernesto. Fraude Contra o Seguro. Revista dos Tribunais –vol 772/2000 p-11-43 – São Paulo, p.23

²⁶ COPO, Abel B. Veiga. Tratado Del Contrato de Seguro. Tomo I . Sexta Edición. Pamplona: Thomson Reuters, 2019, p. 624

Isso por que na medida em que todos se sujeitam a cláusulas comuns, impondo direitos e obrigações semelhantes àqueles participantes, não seria justo que uma determinada indenização fosse paga a determinado segurado ainda que descumpridas normas técnicas ou obrigações contratuais previamente estipuladas, sob pena de beneficiar injustamente o infrator em detrimento de todos os demais componentes do fundo mutual, pois, a indevida indenização oneraria aqueles que cumpriram suas obrigações e, além disso, alteraria indevidamente dados estatísticos que serão usados no futuro para novos cálculos de prêmio, majorando-os.

2.2 A negativa como abuso contratual

A negativa de cobertura em que pese seja importante ferramenta na defesa do mutualismo poderá, paralelamente, converter-se em verdadeiro abuso contratual em detrimento do segurado o que também deve ser combatido e evitado.

O equilíbrio no contrato de seguros pressupõe que as limitações de cobertura sejam, antes de mais nada, apresentadas de forma clara e inequívoca, ou seja, expondo ao segurado - sem margens de dúvida - que determinada circunstância ou determinada conduta implicará em ausência de cobertura.

Paralelamente a razão das exclusões e limitações também devem ser razoáveis, adequadas e factíveis, posto que, exigir do segurado, por exemplo, um nível tão extremado de cautela que basicamente elimine o próprio risco, pode extinguir a própria necessidade da contratação de um seguro, isto é, ao exigir do segurado a adoção de tantas cautelas, tantas obrigações para evitar a ocorrência do risco a conduta da seguradora pode configurar um abuso contratual e desnaturar a existência do próprio contrato de seguros.

É certo que o segurado não deve agravar o risco e muito menos pode contribuir dolosamente para ocorrência do mesmo, no entanto, exigir-lhe postura de tal forma zelosa seria como exigir-lhe a inoportunidade do sinistro o que esvaziaria a necessidade da própria contratação do seguro.

Além disso, existem situações onde a seguradora não se atém de forma diligente na análise do risco por ocasião da assunção do mesmo (contratação) e, no entanto, evidenciado o sinistro passa a adotar (na regulação) postura altamente diligente e investigativa para encontrar circunstância que lhe desobrigue do dever de indenizar. Esse tipo de falha é mais comumente evidenciada nos contratos de seguros residenciais.

Por fim, o segurado muitas vezes não compreende com a necessária clareza as hipóteses em que determinado evento não estará coberto ou em que determinada conduta por ele adotada implicará em perda ao direito de indenização.

Em todas estas situações a negativa de cobertura, embora possa até beneficiar os demais componentes do fundo mutual, não pode persistir pois se traduz em verdadeiro abuso contratual em prejuízo individual de determinado segurado o que não seria do desejo do próprio fundo mutual, pois em simples exercício de empatia é fácil inferir que podem ser os próximos prejudicados, nem tampouco de uma sociedade justa e leal.

2.2.1 *Limitações e exclusões excessivas*

Muito embora as limitações do risco assumido pela seguradora sejam possíveis e legítimas, o excesso de limitações e de riscos excluídos pode representar abuso contratual. Ocorre que a grande maioria dos segurados não conhece efetivamente as condições contratuais gerais do seguro, que geralmente são bastante extensas, complexas e, em verdade, não raramente absolutamente ignoradas pelo segurado.

Assim sendo, muito embora constantes do contrato a eficácia destas limitações e excludentes muitas vezes é questionada, mormente nos casos onde impõem ônus extremado ao segurado, quebrando a comutatividade contratual, portanto, a mera inserção de limites e exclusões de cobertura não garante a seguradora o efetivo direito de recusar-se a algumas indenizações.

O fato das cláusulas limitativas reunirem os requisitos de inclusão e passarem a formar parte do contrato de seguro não significa que se deva admitir sem mais, de modo incondicional, sua validade e eficácia. Pelo contrário, estas como quaisquer outras contidas nas condições gerais e particulares do contrato de seguro, encontram-se submetidas à proibição de cláusulas de caráter lesivo aos segurados.²⁷

Muitas vezes as limitações ao agir do segurado ou as imposições de conduta são de tal sorte abusivas que, cumprindo-as rigorosamente o segurado sequer necessitaria contratar um seguro. Tais exageros são verificados, por exemplo, em algumas apólices de seguros de transporte de cargas, onde o denominado *gerenciamento de risco* muitas vezes contém tamanho número de exigências que se o transportador as cumprir integralmente, praticamente eliminaria o risco de que o sinistro pudesse acontecer.

27 LÓPEZ, Javier Pagador. Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. Madri: Marcial Pons, 1999, p 378/379

Evidente que no outro extremo desse raciocínio está o agravamento de risco intencional do segurado que deve igualmente ser evitado, no entanto, em se tratando de negativa de cobertura, muitas vezes estas limitações ou excludentes somente são explicadas e apresentadas com clareza após a concretização do sinistro, como justificativa para negativa securitária, o que revela inafastável desequilíbrio na relação e abuso de direito em detrimento do segurado.

A exclusão, como a inclusão, exige idênticos requisitos formais de incorporação ao clausulado. Saber que risco está garantido não é menos importante que conhecer em toda sua intensidade que risco ou riscos estão excluídos.²⁸

Portanto é necessário impor limites entre a legítima restrição e limitação de riscos assumidos, o que efetivamente possível, com o verdadeiro abuso de direito o que, gize-se, nem sempre é tarefa fácil e, muitas vezes, exige a análise do caso concreto e de suas circunstâncias específicas.

Nesse diapasão, Cavalieri Filho preconiza que uma das características mais fundamentais e que distingue a cláusula abusiva da cláusula restritiva é a que a restritiva é aquela que procura limitar as obrigações a serem assumidas pelo segurador. Ele pode, face ao princípio da liberdade de vontade negar-se a assumir determinada obrigação, até por incapacidade financeira. É cediço de todos que isso pode acontecer na atividade seguradora, dependendo da gravidade do risco ou mesmo do montante da indenização o que em alguns casos motiva o resseguro ou co-seguro. Portanto, pode chegar ao ponto em que o segurador declare que não tem mais condições de assumir um determinado risco. Logo, se não for permitido limitar o seu risco, isto é, limitar sua obrigação, o segurador será obrigado a contratar, haveria assim uma espécie de seguro universal²⁹.

Destarte, limitar é da essência da assunção de risco e, portanto, a negação a este direito inviabilizaria a atividade securitária, no entanto, para que a referida limitação não seja considerada abusiva, faz-se mister que a mesma seja apresentada de forma clara, simples e compreendida pelo segurado. A cláusula abusiva é aquela na qual a parte redatora do contrato utilizando-se de sua posição superior, no sentido de ditar as regras, impõe condições e restrições deveras adversas ao consumidor que resulta desprovido da necessária equidade

28 COPO, Abel B Veiga. Tratado Del Contrato de Seguro. Tomo I. Sexta Edición. Pamplona: Thomson Reuters, 2019, p.931

29 CAVALIELI FILHO, Sérgio, Mudanças nas relações de consumo. In: Fórum Jurídico do Seguro Privado, 6, Rio de Janeiro. Anais. – Rio de Janeiro: Sindicato das Empresas de Seguros Privados e Capitalização no Estado do Rio de Janeiro, 1997, p.121/126

contratual sujeitando-se a regras que desconhece ou, conhecendo, não compreende a extensão de seus efeitos.

A negativa de cobertura calcada em regras limitativas ou restritivas aos direitos do segurado que foram inseridas no contrato sem a devida clareza, simplicidade e conseqüentemente, compreensão do segurado, não podem servir de lastro para que a seguradora se negue ao dever de indenizar, pois estaríamos, neste extremo, diante de uma negativa que se traduz em verdadeiro abuso contratual, abuso de direito.

2.2.2 - Incompreensão do segurado

Muitas vezes segurado desconhece ou, conhecendo, não compreende o clausulado e acaba sendo induzido em erro, trazendo-lhe falsa sensação de segurança e, entretanto, com a concretização do sinistro acaba descobrindo que não estava efetivamente coberto.

Isso ocorre geralmente por falta de informação adequada, clara e suficiente, tarefa da qual a seguradora não pode descuidar, tampouco desincumbir-se sobre o frágil argumento de que as condições contratuais, particulares ou gerais, estariam a lhe dar guarida e caberia ao segurado a ciência desse clausulado.

Ninguém pode esperar ou sequer pretender, a leitura sossegada, reflexiva nem ao menos superficial, de todo clausulado de um contrato, quando muito, a atenção costuma dirigir-se ou focar-se àqueles aspectos que o tomador aderente considera mais determinantes na cobertura do risco, isto é, que riscos estão cobertos, quais estão excluídos e quais poderão ser as hipotéticas indenizações em função do específico ramo de seguros.³⁰

A seguradora em geral dita as regras do jogo, isto é, determina o que valerá ou não na relação contratual que se perfectibiliza sobre bases previamente redigidas pela companhia, assim sendo, é fundamental que a seguradora – em todas as etapas da relação – não descuide do dever de informação, de transparência e de lealdade, apanágios fundamentais nas relações de consumo, sobretudo no contrato de seguros.

Portanto, a seguradora deverá preocupar-se a todo momento com essa realidade, seja por ocasião da contratação, com a adequada delimitação do risco assumido, seja no curso desta, com a realização de eventuais endossos, seja ainda diante da concretização do sinistro, onde o segurado também precisa ser tratado com lealdade e clareza, compreendendo a

³⁰ COPO. Abel B. Veiga. El Seguro. Hacia una reconfiguración del contrato. Pamplona: Thomson Reuters, 2018, p 207

extensão e os efeitos das declarações que realiza no aviso de sinistro e no desenrolar da regulação.

O contrato de seguro tem como ponto basilar a confiança, a segurança do segurado em transferir para o segurador os riscos contratados. A legítima expectativa do segurado é que a seguradora atue em seu proveito, pautada na boa fé.

A seguradora não pode se beneficiar pelo desconhecimento ou incompreensão do segurado para impor uma negativa de cobertura, isto é, o segurado não pode ser surpreendido, é fundamental que este compreenda seus direitos e suas obrigações e o contrato de seguro não pode ser refúgio de armadilhas que se revelam apenas por ocasião da concretização do sinistro pois, efetivamente, não é essa a essência da atividade securitária, não é essa a natureza do mutualismo.

2.2.3 Negligência na assunção do risco que contrasta com o excesso de zelo na regulação do sinistro

Não é raro constatarmos situações onde a seguradora não foi diligente na análise e mensuração do risco assumido por ocasião da contratação, deixando de avaliar adequadamente as circunstâncias que poderiam ou não influenciar diretamente na ocorrência ou não do risco predeterminado e futuro, paralelamente, configurado o sinistro, inicia-se no processo de regulação do sinistro uma atividade investigativa altamente diligente e rigorosa onde o zelo empenhado em nada se assemelha ao descaso evidenciado na contratação.

A seguradora tem a faculdade de declinar o risco, isto é, pode recusá-lo (como já vimos), negando-se assumir determinado risco ou ainda limitar as hipóteses em que haverá ou não cobertura para o evento. Além disso, sob os riscos que se prontifica a assumir a seguradora pode realizar vistoria prévia para melhor avaliar o risco assumido. Entretanto, sendo negligente no momento da contratação, deixando de fazê-lo de forma adequada e avançando com a perfectibilização do contrato e cobrança de prêmio, não poderá eximir-se do fardo das obrigações que contraiu alegando, justamente, situações que poderia ter analisado antes da assunção do risco, declinando-o, fosse o caso.

Não é raro esse tipo de problemática envolvendo seguros residenciais onde a seguradora assume o risco para sinistros de incêndio ou roubo, sem realizar qualquer tipo de vistoria sobre o patrimônio segurado e, após o sinistro, passa a exigir uma série de comprovações ou discordar de uma série de informações que poderiam ter sido objeto de vistoria ou mesmo de um questionamento prévio mais adequado.

Nesse tipo de situação o judiciário geralmente acaba compelindo a seguradora ao pagamento da indenização justamente entendendo que competira a seguradora maior grau de zelo por ocasião da contratação.

De todo descabida a pretensão da seguradora, que deixou de realizar vistoria prévia ou de exigir a nota fiscal dos bens quando da contratação do seguro, quando evidentemente, lhe era conveniente captar o cliente, e que disso se vale com a intenção de arbitrar a seu bel prazer o valor do prejuízo.³¹

Ainda que se argumente em favor da seguradora a dificuldade de vistoriar todos os riscos assumidos, trata-se de ônus que lhe compete, não sendo razoável por conta dessa dificuldade admitir que a mesma recolha valores de prêmio sobre riscos que antecipadamente poderiam – e deveriam – ter sido declinados, além disso, a seguradora pode aprimorar os questionários que geralmente apresenta ao segurado para que o mesmo contenha informações que dispensem a realização de determinadas vistorias, transferindo assim a obrigação ao segurado para que este, com a devida boa-fé, preste informações relevantes sobre o risco assumido ou sobre o patrimônio protegido.

Paralelamente, essa falta de zelo, de preocupação com a análise ou mesmo delimitação do risco assumido não pode contrastar assombrosamente com um processo investigativo altamente acuidoso e diligente que muitas vezes se evidencia durante a regulação de sinistro, realizada pelos reguladores contratados pela seguradora e que costumeiramente parecem atuar de forma parcial.

Regulador de sinistro é o técnico indicado pelos seguradores ou pelos resseguradores, no seguro que estes participam, para proceder ao levantamento dos prejuízos indenizáveis.³²

O regulador não pode ser um agente que atua de forma desleal em favor da seguradora, muitas vezes se utilizando até da boa-fé do segurado que o recebe acreditando seja o mesmo um facilitador que lhe irá auxiliar na regulação e promover, com a maior brevidade possível, o pagamento da indenização.

O processo de regulação de sinistro deve ser realizado no interesse da prestação do serviço, finalidade precípua do contrato de seguros pautando-se na lealdade e transparência com vistas ao correto esclarecimento e compreensão do segurado, sendo absolutamente

³¹ TJRS, 2º T., Recurso Inominado 71000703181, rel. Des. Luiz Antônio Alves Capra, v.u, j.31.08.2005 (Bol.AASP2458, p.1.156

³² SOUZA, Antonio Lober Ferreira De: Dicionário de Seguros: Vocabulário conceituado de seguros.3.ed.rev e ampliada. Rio de Janeiro: Funenseg, 2011. P181

reprováveis condutas meramente protelatórias ou apenas preocupadas em encontrar circunstâncias capazes de eximir a seguradora de sua responsabilidade como garantidora.

Destarte, a negativa que tem como base a alegação da seguradora de desconhecimento de circunstâncias pretéritas que lhe levariam a declinação do risco e que poderia ter sido objeto de vistoria ou, ao menos, que poderia ter questionado de forma clara ao segurado por meio de questionário prévio, bem como, a negativa calcada em um processo de regulação que se revela excessivamente diligente e direcionado à encontrar circunstâncias que permitam ao segurado de eximir-se da obrigação de dar cobertura ao sinistro, devem ser ferrenhamente combatidas e rechaçadas, pois não se coadunam com os princípios norteadores do contrato de seguro, tais como a lealdade e boa-fé e não retratam a essência do mutualismo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho dedicou-se a análise da negativa de cobertura securitária, enfocando aspectos relevantes da mesma e analisando situações extremadas e antagônicas, onde a mesma ora representa uma defesa do fundo mutual composto pelos segurados e ora pode representar um abuso contratual a ser combatido.

A negativa, como ato unilateral e individual da companhia, é o movimento através do qual a seguradora posiciona sua intenção em não conceder a cobertura para determinado evento de sinistro.

Sem sombra de dúvidas, quando imposta com o intuito de preservar a coletividade, isto é, os demais componentes do fundo mutual que envidaram esforços financeiros através do pagamento dos prêmios para criar uma reserva financeira a ser utilizada na minimização de efeitos danosos àqueles segurados afetados por um sinistro, é extremamente adequada e eficiente instrumento protecional que garante a manutenção da própria atividade securitária.

Com efeito, inegáveis as fraudes perpetradas em desfavor das seguradoras e, por conseguinte, dos demais segurados que devem ser combatidas ferrenhamente pelas companhias e pela sociedade em geral.

Além disso, é mister que o segurado tenha ciência e respeite as obrigações assumidas por ocasião da contratação, devendo prestar informações verdadeiras e pautar-se com boa-fé e lealdade em todas as etapas da relação sinalagmática.

Por outro lado, não se pode admitir a utilização da negativa como instrumento de escudo a serviço da seguradora para protegê-la indevidamente do fardo das obrigações que

contraiu. O produto principal oferecido pelas seguradoras é o pagamento de indenizações diante do infortúnio e é isso que dela se espera.

Evidente que o direito de não contratar (declinar) ou de não manter a contratação em determinadas circunstâncias é legítimo, desde que exercido de forma adequada. Da mesma forma, a imposição de limites e restrições ao contrato é absolutamente normal e legítima, desde que realizadas de forma clara, simples e transparente. A liberdade contratual é preceito fundamental e se mantém hígido na sociedade contemporânea, todavia, é mister que a parte aderente esteja ciente e compreenda os efeitos e importância das limitações pactuadas.

A seguradora não deve descuidar do dever de informação, conscientização e educação do segurado sobretudo nos tempos hodiernos, na chamada *era da informação* onde os conteúdos podem ser subministrados por diversos canais, devendo a seguradora manter sempre o compromisso inarredável de se fazer compreender e de instruir o segurado sobre seus direitos e suas obrigações.

Por fim, inadmissível a conduta desidiosa e negligente no momento da contratação e da efetiva análise do risco assumido e circunstâncias relevantes, deixando a seguradora de proceder com a devida acuidade, promovendo a eventual vistoria em determinados ramos ou ainda aprimorando questionários que auxiliam no entendimento e delimitação do risco assumido, viabilizando inclusive a declinação do risco e não cobrança do prêmio e, assim, evitando maiores desgastes na ocorrência do sinistro relativo a riscos que, tivesse agido diligentemente não desejaria assumir, ou o faria mediante outras condições.

No mesmo diapasão, a regulação de sinistro não pode contrastar com essa falta de zelo, transformando-se em minucioso processo investigativo que não apenas levanta as causas e circunstâncias do sinistro e os danos indenizáveis, mas sim se traveste em verdadeiro instrumento que visa apenas municiar a seguradora para apresentação de uma negativa ou de uma indenização parcial.

Como mencionado alhures, o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema até porque isso demandaria obra mais extensa e aprofundada, no entanto, pretendeu provocar a reflexão e a necessidade de constante estudo e acompanhamento da negativa, fomentando o seu uso como defesa do mutualismo e combatendo sua imposição como instrumento de abuso contratual, protegendo, sobretudo a atividade, o setor e a vida coletiva como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001

CARLINI, Angélica. Função Social dos contratos de seguro e sua sustentabilidade. *Cadernos de Seguro*. Rio de Janeiro, v.n.16-24, 2012.

CAVALIELI FILHO, Sérgio, Mudanças nas relações de consumo. *In: Fórum Jurídico do Seguro Privado*, Rio de Janeiro, Anais 1997 – Sindicato das Empresas de Seguros Privados e Capitalização no Estado do Rio de Janeiro.

COPO, Abel B Veiga. *Tratado Del Contrato de Seguro*. Tomo I. Sexta Edición. Pamplona: Thomson Reuters, 2019.

COPO. Abel B. Veiga. *El Seguro. Hacia una reconfiguración del contrato*. Pamplona: Thomson Reuters, 2018.

FENASEG. *História do seguro - No mundo*. Disponível em: <<http://www.fenaseg.org.br/main.asp?View={90C02160-06E1-4B22-8737-4CF54A6C1C58}>>. Acesso em 14 set.2019

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*.3. ed. São Paulo: 2004.

LÓPEZ, Javier Pagador. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*. Madri: Marcial Pons, 1999.

MARTINS, João Marcos Brito, MARTINS, Lídia de Souza. *Direito de Seguro: Responsabilidade Civil das Seguradoras*.3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos: Contratos em Espécie*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*.29. ed. São Paulo: Saraiva,2003.

SILVA, Ivan de Oliveira. *Curso de Direito do Seguro*. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOUZA, Antonio Lober Ferreira De. *Dicionário de Seguros: Vocabulário conceituado de seguros*.3.ed.rev e ampliada. Rio de Janeiro: Funenseg, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em Espécie*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*.2.ed. São Paulo: Método,2012.

TZIRULNIK, Ernesto. *Fraude Contra o Seguro*. Revista dos Tribunais.vol.772. São Paulo, 2000.

O SEGURO DE VIDA EM GRUPO: O DEVER DE INFORMAÇÃO AO SEGURADO CABE AO ESTIPULANTE

Rodrigo Parissi Abarno¹

Resumo: O presente artigo é fruto da análise de decisões proferidas pela Justiça brasileira, bem como em pesquisa bibliográfica, especificamente sobre o contrato de seguro de vida em grupo. Primeiramente, são apontadas as características do contrato de seguro de vida em grupo, especialmente em relação à figura do estipulante e suas obrigações legais e contratuais. Em um segundo momento, é analisada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao contrato em referência e aos direitos básicos do consumidor. Ao final, analisamos o dever de informação da seguradora para com o estipulante. Entretanto, perante o segurado, que adere à apólice por meio do estipulante, o dever de informação pertence a esta última, e não à seguradora.

Palavras-chave: Contrato de Seguro, Seguro de Vida em Grupo, Dever de informação, Estipulante.

INTRODUÇÃO

O tema é de extrema importância, haja vista a enorme quantidade de ações que tramitam no Judiciário brasileiro envolvendo o descumprimento da Seguradora ao dever de informação estipulado no Código de Defesa do Consumidor nos contratos de seguro de vida em grupo.

O presente trabalho tem por escopo analisar o contrato de seguro de vida em grupo, bem como as características específicas desta relação jurídica, na qual além do segurador e do segurado tem participação de um estipulante, que é uma pessoa jurídica ou física que representa os segurados, cabendo a este prestar as informações acerca do contrato ao segurado.

Para chegar a tal constatação, foram analisadas as decisões de Tribunais Estaduais, assim como o instituto do seguro de vida em grupo e o papel do estipulante, por meio de estudos feitos na doutrina nacional e legislação.

1. SEGURO DE VIDA EM GRUPO

1.1 Noções Gerais do Seguro de Vida em Grupo

O seguro de vida visa garantir o pagamento do capital segurado ao beneficiário quando do falecimento do segurado. Podem ser incluídas cláusulas adicionais, como a cobertura de invalidez, sendo que neste último caso o beneficiário da cobertura seria o próprio segurado. Este ramo pode ser dividido em seguro individual ou seguro em grupo,

¹ Advogado, Especialista em Gestão Jurídica de Seguros e Resseguros pela ENS, Pós-Graduado em Direito Civil, Negocial e Imobiliário pela Universidade Anhanguera.

sendo que a diferença básica entre essas duas modalidades é a forma de contratar: na primeira, o segurado contrata diretamente com a seguradora, na segunda, a estipulante contrata com a seguradora e, posteriormente, os segurados aderem ao grupo segurado.

No contrato de seguro de vida individual, há apenas duas partes envolvidas: o segurado e o segurador. Nesta modalidade, todos os termos contratuais, como as garantias, capitais segurados, vigência, prazo e forma de pagamento, são livremente negociados entre o segurado e o segurador.

Já no seguro de vida em grupo, há a presença de três partes na formação do contrato: o segurador, o estipulante e os segurados, que embora não participem da formação do contrato mestre a ele aderem em momento posterior. Neste tipo de seguro, o estipulante contrata diretamente com a seguradora e, posteriormente, os segurados aderem ou são incluídos ao grupo segurado. O grupo segurado é composto pelos integrantes do grupo segurável que aderem ao contrato coletivo. Para melhor compreender esses conceitos, importante transcrever as definições do artigo 5º da Circular SUSEP nº 117 de 2004:

XVIII – grupo segurado: é a totalidade do grupo segurável efetivamente aceita e incluída na apólice coletiva.

XIX – grupo segurável: é a totalidade das pessoas físicas vinculadas ao estipulante que reúne as condições para inclusão na apólice coletiva

Conforme cita Campoy:

Ao contrário das demais partes que formam o contratativo coletivo, que permanecem inalteradas durante a sua vigência, o grupo segurado sofrerá constantes alterações com constantes inclusões e exclusões de componentes. Em um contrato coletivo celebrado pelo empregador em proveito de seus empregados, e durante toda a sua vigência, poderão ser incluídos no seguro os novos funcionários admitidos pela empresa, assim como perderão a condição de segurados aqueles que da empresa se desligarem.²

Sendo o contrato firmado entre a seguradora e o estipulante, torna-se nítido que serão somente eles que definirão as condições contratuais (ou seja, ao contrário do seguro individual, não há negociação de cláusulas com os segurados).

No seguro em grupo há uma maior facilidade de inclusão de grandes números de segurados por meio de um único contrato; a forma de recolhimento dos prêmios é mais simples (geralmente realizada pelo estipulante) e o custo de comercialização do seguro é baixo. Além disso, o segurado poderá ingressar no grupo segurado por meio de uma proposta de adesão ou de inclusão por relação e, em vez de uma apólice individual, cada segurado

² CAMPOY, Adilson José. Contrato de seguro de vida, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

receberá anualmente um certificado individual³ contendo um resumo das condições contratuais, coberturas, vigências e o valor do prêmio, sendo que as condições gerais ficam, em regra, com o estipulante, o que resulta em menor custo administrativo e, conseqüentemente, prêmios mais módicos:

Art. 58. . No caso de ser a proposta aceita pela sociedade seguradora, será emitida e enviada a apólice ao segurado, nos planos individuais, e ao estipulante, nos planos coletivos, no prazo e na forma regulados pela SUSEP.

§1o Nos planos coletivos, deverá ser emitido e enviado certificado individual aos segurados, para confirmação da adesão e da renovação, no prazo e na forma regulados pela SUSEP.⁴

Todos estes fatores contribuem para que esta modalidade seja mais vantajosa do que o seguro individual, tanto para o segurador, quanto para os segurados. É de suma importância também destacar que nesta modalidade de seguro o grupo é um elemento essencial para o cálculo do risco que, ao contrário do individual, é realizado a partir de critérios e fórmulas atuariais que tem como base um conjunto e não uma única pessoa. Frisa-se que o seguro individual e o seguro coletivo possuem as mesmas coberturas, assistências e serviços, e nestas duas modalidades exigem os requisitos de manifestação de vontade e boa-fé das partes.

No Seguro de vida em grupo, o estipulante tem autonomia para renovar o contrato sem necessidade de aprovação prévia dos segurados, desde que não haja alteração da apólice com ônus ou deveres adicionais para os segurados ou a redução de seus direitos. Quando houver alterações que signifiquem ônus ou dever para os segurados ou diminuição de suas garantias, aumento de preço ou redução de coberturas, só poderão ser feitas mediante a aprovação de, pelo menos, três quartos dos segurados, conforme previsto no art. 8º da Circular da SUSEP Nº 317/2006 e § 2º do art. 801 do Código Civil.

Existem outras possibilidades de as garantias do seguro de vida cessarem, dentre as quais se destacam, a exclusão do segurado do grupo, quando terminar o seu vínculo com o estipulante (por exemplo, quando um funcionário sai da empresa que contratou o seguro) ou a não renovação da apólice, quando do seu termo, por decisão do estipulante ou do segurador. Na primeira hipótese, as coberturas cessam somente em relação ao segurado excluído, mas

³ Circular SUSEP nº 117/2004: Artigo 5º VII – certificado individual: documento destinado ao segurado, emitido pela sociedade seguradora no caso de contratação coletiva, quando da aceitação do proponente, da renovação do seguro ou da alteração de valores de capital segurado ou prêmio;

⁴ Circular SUSEP nº 117/2004

permanecem vigorando para o restante dos segurados do grupo. Já na segunda hipótese, as coberturas cessam em relação a todos os segurados do grupo.

Por fim, cumpre destacar que no seguro coletivo há três formas de pagamento dos prêmios, quais sejam: contributário, que será quando o segurado é o único responsável pelo custeio integral do prêmio; parcialmente contributário, quando os segurados e o estipulante suportam o prêmio na proporção convencionada, e não contributário, que é aquele em que o único responsável pelo pagamento do prêmio é o estipulante. Entretanto, a responsabilidade pelo pagamento do prêmio ao Segurador é do estipulante, podendo ou não haver contribuição do segurado, conforme sobredito.

Apenas para resumir: um seguro de vida coletivo seria aquele em que o empregador ou associação contrata junto a seguradora um seguro de vida para seus funcionários ou associados. Se for contributário, o empregador descontará do salário dos funcionários o prêmio individual de cada segurado ou incluirá na mensalidade da associação o valor da contribuição do prêmio pelo associado, repassando à seguradora o prêmio global, que é a totalidade dos prêmios arrecadados de cada segurado.

Importante referir que o não pagamento do prêmio global à Seguradora é de responsabilidade exclusiva do estipulante, por força do § 1º, do art. 801, do CCB, de modo que a falta de pagamento do prêmio global não é motivo de negativa de pagamento ao Segurado e/ou seus beneficiários em caso de sinistro coberto.

1.2 Sujeitos do contrato

Conforme já mencionado, no contrato de seguro em grupo há a presença do segurador, do estipulante e do segurado. O segurador é uma sociedade anônima que contrata o seguro de vida com o estipulante e é o responsável por prestar a garantia segurada durante o prazo de vigência da apólice. O estipulante é definido pelo artigo 801 do Código Civil como sendo qualquer pessoa física ou jurídica que se vincule ao grupo segurado. O disposto no caput do referido artigo deixa claro que há a necessidade de vínculo prévio entre o estipulante e o grupo segurado.

Já o parágrafo primeiro dispõe que “o estipulante não representa o segurador perante o grupo segurado, e é o único responsável, para com o segurador, pelo cumprimento de todas as obrigações contratuais”. Isso significa que se o estipulante representar o segurador, estipulante de seguro em grupo não será, tendo em vista que de acordo com o artigo 21, §2º do Decreto-Lei nº 73 de 1966 e com o artigo 01 da Resolução nº 107 de 2004 do Conselho

Nacional de Seguros Privados, o estipulante é o representante legal dos segurados perante as seguradoras.

No seguro em grupo, o estipulante normalmente é um empregador ou uma associação que possui um vínculo prévio com o grupo segurado: quando for contratado por um empregador, o grupo segurável será composto exclusivamente pelos seus funcionários, diretores e administradores, e quando for contratado por uma associação serão componentes do grupo segurável os seus respectivos membros. O segurado é, como define Weber José Ferreira, “a pessoa exposta ao risco de morte, dentro de um determinado período, cuja realização do evento obriga o segurador a efetuar o compromisso com o estipulante ou com uma terceira pessoa indicada pelo próprio componente”⁵.

Destaca-se que a definição acima é válida para todos os seguros, mesmo o de invalidez. Cumpre destacar também a figura do beneficiário, que não participa da formação do contrato de seguro, mas é um terceiro interessado, pois é a pessoa física ou jurídica indicada pelo segurado para receber o pagamento do capital segurado fixado no contrato firmado entre o estipulante e a seguradora.

1.3 Processo de formação do seguro de vida em grupo

O primeiro passo para a formação de um contrato de seguro de vida em grupo é o encaminhamento da proposta do estipulante à seguradora, denominada proposta-mestra. Nessa proposta, constarão todos os dados necessários do grupo segurável, como por exemplo o número provável de segurados, as garantias que se pretende contratar, a forma de pagamento do prêmio (se é contributivo, parcialmente contributivo ou não contributivo) e a idade média do grupo, para que a seguradora estude a proposta de contratação encaminhada pelo estipulante⁶. Analisados esses dados, o segurador informará ao estipulante a taxa do prêmio e o número mínimo de aderentes necessários para a formação do contrato. Aceitas essas condições pelo estipulante, surge o contrato-mestre.

No contrato matriz, que será chamado de contrato-mestre ou apólice-mestra, constarão todas as informações necessárias sobre o seguro, como suas garantias, a forma de adesão, a vigência, taxa de prêmio etc. Frisa-se que para o contrato-mestre ter eficácia, é necessário que se atinja o número mínimo de aderentes estabelecido pelo segurador. Atingido o número mínimo de componentes, nasce o grupo segurado e o segurador emite a

⁵ FERREIRA, op. cit., pg. 289

⁶ CAMPOY, op. cit., pg. 165

apólice do contrato de seguro. Conforme já referido, a adesão dos componentes ao grupo segurado pode se dar de duas formas: pela subscrição de proposta escrita pelo próprio proponente, o denominado cartão-proposta, ou pela inclusão do nome do segurado em relações encaminhadas pelo estipulante ao segurador.

Um dos requisitos de validade dos contratos em geral é a manifestação de vontade das partes. Desta forma, há duas fontes de interesse em realizar o seguro em grupo: a primeira é aquela manifestada pelo estipulante e a segunda é aquela proveniente de cada um dos indivíduos pertencentes ao grupo segurável. Em virtude disso, para comprovar o interesse do segurado em aderir ao seguro, a SUSEP exige que a adesão seja precedida de requerimento escrito do componente do grupo segurável, o que notoriamente inviabilizaria a inclusão do segurado por relação.

Ocorre que, conforme mencionado por Campoy, na inclusão por relação há uma manifestação de vontade implícita do segurado, seja na forma contributária, a qual o segurado demonstra o interesse em integrar o grupo segurado na medida em que realiza mensalmente o pagamento dos prêmios, ou mesmo na forma não contributária, a qual o estipulante arcará com os pagamentos dos prêmios e dificilmente o segurado se oporia a isto.

Mesmo que o segurado não quisesse a sua inclusão no seguro, assim que divulgado pelo seu empregador, ele poderia manifestar-se pela sua não inclusão. Seu silêncio, todavia, importará em anuência à sua inclusão no grupo segurado nos termos do art. 111 do Código Civil.⁷

Ainda, o autor destaca que o nosso Código Civil não prevê que a manifestação de vontade deverá ser escrita, ao contrário disso, o artigo 107 prevê que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente exigir”.

Assim que os componentes do grupo segurável aderirem ou forem incluídos no contrato-mestre, nasce a relação individual de cada segurado.

Ademais, conforme já salientado, durante toda relação contratual há constantes modificações no grupo segurado, seja pela inclusão de novos indivíduos vinculados ao estipulante ou pela exclusão de algum segurado por desligamento da empresa ou rescisão do contrato de associação. Em virtude disso, o estipulante envia mensalmente uma lista de inclusões e exclusões à seguradora, que, com base nessa relação, a seguradora calculará o prêmio global a ser pago.

⁷ CAMPOY, op. cit., pg. 167

Desta forma, considerando que é um requisito indispensável para a eficácia do contrato a adesão de um número mínimo de componentes ao grupo segurado, caso haja uma redução em decorrência do fluxo de ingressos e saídas de segurados a número inferior ao mínimo exigido pela seguradora, o contrato-mestre será extinto e, “em certos casos excepcionais, condicionada à aceitação expressa dos segurados ou à decisão judicial, poderá ocorrer a extinção, até mesmo, de todas as relações individuais.”⁸

1.4 Natureza Jurídica do Contrato

Muito se discute a respeito da conceituação jurídica do contrato de um seguro em grupo: o contrato-mestre seria um contrato preliminar e cada adesão um novo contrato, ou estamos tratando de um contrato único, composto do contrato-mestre e todas as relações individuais dele decorrentes? Ayrton Pimentel, “ao refutar que o contrato-mestre seria um contrato preliminar, afirma”⁹:

O estipulante e a seguradora não se obrigam a celebrar um futuro contrato. Não estabelecem as condições, as cláusulas básicas, o conteúdo, enfim, de um ou vários contratos definitivos que não querem ou não podem celebrar no momento.

O contrato inicial celebrado entre eles, ainda que para se completar necessite das adesões posteriores, é definitivo, gerando todas as consequências previstas pelas partes. Não há, nem de um deles isoladamente, nem de ambos, uma nova declaração de vontade sobre o mesmo objeto, destinada a constituir o verdadeiro e definitivo contrato. A seguradora limita-se a aceitar, ou não, o pedido feito individualmente, pelo segurado, para ingressar no grupo segurado. Não emite nova declaração sobre o contrato-mestre, mas sobre a relação individual.

Não se pode negar que o acordo entre estipulante e seguradora seja uma etapa, indispensável e necessária, para a realização do contrato global. Mas, essa etapa inicial faz parte desse todo, o integra, não sendo mera preparação de existência temporária, que irá se extinguir com a celebração dos contratos definitivos, representados pelas adesões

O contrato entre estipulante e seguradora é definitivo, não se extinguindo com as adesões ou inclusões dos segurados, mas com elas adquirindo eficácia diversa.

Há de se destacar também que não se pode classificar contrato de seguro em grupo como estipulação em favor de terceiro por dois motivos: primeiramente, atendo-se à modalidade contributária, os segurados contribuem para a formação do prêmio global, o que desconfiguraria a estipulação em favor de terceiro (que é a atribuição de uma vantagem patrimonial gratuita); ainda, na modalidade não contributária, os segurados são partes contratuais e é indispensável a sua manifestação de vontade para integrar o grupo segurado,

⁸ TZIRUNILK, op. cit., pg. 299

⁹ PIMENTEL, Ayrton. Apud CAMPOY, op. cit., pg. 163

o que também não se adequaria aos requisitos da estipulação em favor de terceiro. Devemos rejeitar também a possibilidade de o contrato ser normativo, pois nas palavras de Ayrton Pimentel:

O contrato em grupo tampouco coincide com a figura do chamado contrato normativo. No dizer de Messineo, o contrato normativo é um ato que encerra a previsão de uma séria homogênea de futuros contratos, que estão para ser estipulados ou entre os sujeitos mesmos que deram vida ao contrato normativo, ou entre outros sujeitos que sejam componentes de “categorias” ou de “classes” ou de “grupos”, dos quais os participantes na formação do contrato normativo tenham tido representação. Sua destinação é a regulação d futuros contratos. Ele torna obrigatória, para os futuros contratantes, a observância de um esquema predisposto, caso em que ele permanece inserido no contexto dof futuros contratos, se vierem a ser estipulados.

O contrato celebrado entre estipulante e seguradora não se destina a regular futuros contratos. Não se estabelece, por ele, um esquema de disciplina a ser futuramente utilizado na estipulação do futuro contrato, se houver. Trata-se do embrião de um contrato único. Uma primeira fase da qual surgem importantes consequências. A adesão dos segurados não significa a celebração de novos contratos, mas a complementação de um contrato cujo processo de formação já se iniciou.¹⁰

Na opinião de alguns doutrinadores, há um contrato já elaborado, com todas as condições previstas, realizado entre o segurador e o estipulante. Os segurados que ingressarem ao grupo segurado não passam de simples aderentes ao contrato já formado. Trata-se, dizem, de uma apólice coletiva e, por conseguinte, o seguro vai se complementando à proporção da adesão dos participantes.

Reconhecido que o seguro em grupo é um contrato único e que não é nenhuma das hipóteses acima referidas, surge a dúvida: qual seria a natureza do contrato de seguro em grupo?

Ayrton Pimentel et al. defendem que o contrato de seguro em grupo muito se assemelha ao contrato plurilateral, pois há a existência de mais de duas partes, mas que não poderia se assemelhar ao contrato associativo (o mais conhecido dos contratos plurilaterais), em virtude de as partes do seguro em grupo estarem em posições antagônicas.

No seguro em grupo, há o estipulante, a seguradora e o grupo segurado que não pode ser considerado como uma única parte, pois possui diversos sujeitos:

Há antagonismos, interesses contrapostos, mas nem sempre em situação de direta reciprocidade. Assim o crédito da seguradora é o recebimento do prêmio e dos segurados a prestação da garantia e o consequente recebimento do valor do seguro, se ocorrer o sinistro. [...]. Ressalta-se que no âmbito do grupo segurado, não há uma assunção recíproca de direitos e obrigações entre seus membros. As

¹⁰ PIMENTEL, Ayrton. Apud CAMPOY, op. cit., pg. 164

declarações são paralelas, não contrapropostas, não gerando direitos e obrigações recíprocos.¹¹

Desta forma, não sendo um contrato preliminar, estipulação em favor de terceiro ou um contrato normativo, resta uma última possibilidade: o contrato plurilateral, que gera obrigações e deveres para mais de duas partes, muito se assemelhando às características do contrato de seguro em grupo.

2. O ESTIPULANTE NO SEGURO EM GRUPO

2.1 Introdução

Primeiramente, é de suma importância analisarmos o teor do artigo 801 do Código Civil:

Art. 801. O seguro de pessoas pode ser estipulado por pessoa natural ou jurídica em proveito de grupo que a ela, de qualquer modo, se vincule.

§ 1º O estipulante não representa o segurador perante o grupo segurado, e é o único responsável, para com o segurador, pelo cumprimento de todas as obrigações contratuais.

§ 2º A modificação da apólice em vigor dependerá da anuência expressa de segurados que representem três quartos do grupo.

Conforme destacado no primeiro parágrafo do artigo supramencionado e complementando com o disposto no primeiro artigo da Resolução nº 107 de 2004 do Conselho Nacional de Seguros Privados e no art. 21, §2º, do Decreto-Lei nº 73/66, o estipulante é qualquer pessoa física ou jurídica que: a) possui poder de representação dos segurados perante as sociedades seguradoras; b) realiza o contrato-mestre junto à seguradora, definindo as condições contratuais e taxas de prêmio¹²; c) de qualquer modo possui vínculo prévio com o grupo segurado.

Primeiramente, quanto ao poder de representação, cumpre destacar que essa função do estipulante já estava prevista desde a promulgação do decreto-lei 73/66, que em seu artigo 21 dispõe:

Art 21. Nos casos de seguros legalmente obrigatórios, o estipulante equipara-se ao segurado para os efeitos de contratação e manutenção do seguro.

§ 1º Para os efeitos deste decreto-lei, estipulante é a pessoa que contrata seguro por conta de terceiros, podendo acumular a condição de beneficiário.

§ 2º Nos seguros facultativos o estipulante é mandatário dos segurados.

¹¹ TZIRULNIK, op. cit., pg. 301

¹² CERNE, Ângelo Mário. O seguro Privado no Brasil, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1973.

Desta forma, ao dispor que “o estipulante não representa o segurador perante o grupo segurado”, o §1º do artigo 801 do Código Civil apenas complementa o que já havia sido definido no artigo supracitado, no sentido de que a função essencial do estipulante é agir em nome dos segurados e não em benefício próprio ou da seguradora, como nos seguros impróprios que analisaremos no próximo tópico.

Sendo o estipulante o mandatário dos segurados, nota-se que sua função “não se esgota com o aperfeiçoamento do contrato-mestre, subsistindo durante toda a vida do contrato.”¹³ Devemos, contudo, ressaltar que em algumas ocasiões o estipulante agirá em nome próprio e não em representação dos segurados, como no ato da contratação do seguro.

As principais funções do estipulante como representante legal dos segurados são: a intermediação da comunicação entre o segurado e a seguradora durante toda a vigência do contrato (ou até mesmo entre o beneficiário e a seguradora); o encaminhamento de listas à seguradora dando conta das inclusões e exclusões do grupo segurado e, por fim, o pagamento do prêmio global à seguradora.

Ademais, quanto à formação do contrato, já vimos no primeiro capítulo que o estipulante encaminha os dados do grupo segurável à seguradora, que com base nesses dados calcula o valor do prêmio e informa ao estipulante o número mínimo de proponentes para que, caso aceito pelo estipulante, seja formado o contrato-mestre. Repita-se: somente o estipulante e a seguradora participam da formação das cláusulas contratuais, sendo que os segurados apenas aderem ou são incluídos aos termos já estipulados no contrato-mestre. Com o contrato já formado, composto por vários segurados, “não é possível admitir que um deles queira modificar as condições contratadas para o seguro de vida em grupo; a única alternativa, para o dissidente, é deixar de participar do grupo.”¹⁴

Todavia, o §2º do artigo 801 prevê que modificações na apólice dependerão da anuência de três quartos do grupo segurado. Evidentemente, essas alterações devem significar ônus ou dever para os segurados ou diminuição de suas garantias. Caso contrário, a alteração poderá ser realizada pelo estipulante.¹⁵

Por fim, a questão do vínculo entre o estipulante e o grupo segurado é muito discutida pela doutrina atualmente, de forma que analisaremos mais profundamente no próximo tópico deste capítulo.

¹³ TZIRULNIK, op. cit., pg. 307

¹⁴ CERNE, op. cit., pg. 215

¹⁵ art. 6º da Circular da SUSEP Nº 317/2006.

2.2 O Vínculo no Seguro em Grupo

O objetivo original do seguro coletivo era atender os indivíduos de um determinado grupo que tivesse algum vínculo prévio com um empregador ou alguma associação. Na verdade, a situação mais frequente e típica seria realmente a de celebração de contratos de seguro associados à relação de trabalho, na qual o empregador visa proporcionar aos seus trabalhadores uma série de benefícios, ou até mesmo de segurança para a família do trabalhador, que contribuem para a fidelização dos funcionários.

Na Circular da SUSEP nº 23 de 1972, grupo segurável era conceituado como:

Todo conjunto de pessoas, homogêneo em relação a uma ou mais características, expressas por um vínculo concreto a um empregador ou a uma associação, passível de comprovação efetiva. Entende-se, para os efeitos dessa definição, que a expectativa da obtenção do seguro não constitui vínculo.

Nessa Circular, eram previstas três classes de grupos segurados:

CLASSE A – Grupos exclusivamente constituídos da totalidade dos componentes de uma ou mais categorias específicas de empregados de um mesmo empregador.

CLASSE B – Grupos de membros de associação legalmente constituída em que existe seleção profissional na entrada para o grupo.

CLASSE C – Grupos de membros das demais associações legalmente constituída que satisfaçam a pelo menos um dos seguintes requisitos de seleção para efeito do seguro: a) Preencham declaração pessoal de saúde; b) Tenham feito exame médico por ocasião do seguro ou na entrada para o grupo; c) Tenham, por ocasião do seguro, pelo menos um ano de permanência, ininterrupta, como membro do quadro social da entidade.

Ainda em 1972, em virtude do “surgimento de apólices em que o vínculo entre o estipulante e o segurado era decorrente do propósito em contratar seguro”¹⁶, foi disponibilizada a Circular SUSEP nº 25, que admitiu a estipulação das chamadas apólices abertas, que não requisitavam a existência de um vínculo prévio entre o estipulante e o grupo segurado.¹⁷

Ao decorrer do tempo, tornou-se escassa a comercialização do seguro individual e algumas empresas seguradoras notaram que o seguro coletivo não era acessível para alguns grupos de consumidores, como os profissionais liberais e autônomos, que logicamente não poderiam contratar seguro em grupo por não possuir vínculo com qualquer empregador ou

¹⁶ CAMPOY, op. cit., pg. 171

¹⁷ Circular SUSEP 25 de 1972: 1 – Para fins destas Normas, são considerados grupos abertos, conforme praxe do mercado segurador, os que prescindam de vínculo empregatício ou associativo para a sua formação. Não se aplica, pois, a esta modalidade de seguro em grupo, o conceito de grupo segurável.

associação, e alguns empresários, que não tinham interesse no reduzido capital segurado dos seguros coletivos contratados pelas suas sociedades.

Em virtude disso, o mercado segurador encontrou uma fórmula para superar a exigência de vínculo determinado, anterior e exterior ao seguro, sendo criados os denominados “clubes de seguros”, que objetivavam disfarçar a função seletiva criada pela necessidade de vínculo prévio com o estipulante, mas cujo objetivo real era a comercialização de seguro.

Campoy cita que “esses clubes eram constituídos como associações sem finalidade lucrativa, tendo como objeto social o desenvolvimento de atividades culturais e outras afins”.¹⁸

No esquema dos clubes de seguros, um indivíduo solicitava seu ingresso na associação e imediatamente já era incluído em um seguro coletivo. Desta forma, as “apólices abertas” possuíam os riscos mais gravosos, anormais e com maiores chances de fraudes e declarações não verdadeiras¹⁹.

Em 1992, foi disponibilizada a Circular da SUSEP nº 17 que, no seu artigo 14, determinou a Classe C dos grupos seguráveis como “grupos de pessoas vinculadas a pessoas jurídicas que admitam a estipulação de seguros através de estatuto ou de decisão administrativa.” Ainda, no §5º do mesmo artigo, foram incluídas na Classe C os denominados grupos abertos, “em que a vinculação do segurado ao grupo se dá pela simples adesão ao respectivo plano”. Há de se destacar que este tipo de seguro de vida em grupo é considerado pela doutrina como “seguro em grupo impróprio”, pois a essência do seguro coletivo foi distorcida na medida em que se objetivou exclusivamente a comercialização do seguro de vida desconsiderando um vínculo previamente determinado entre o estipulante e o grupo segurado.

Em relação ao disposto no caput do Art. 801 do Código Civil, alguns doutrinadores, inclusive a SUSEP por um parecer do seu Procurador Geral, interpretaram que a expressão “de qualquer modo se vincule” foi utilizada para autorizar que o vínculo entre o estipulante e o segurado poderia ser pela simples intenção em celebrar um seguro, “pouco importando seja essa vinculação oriunda ou não da própria relação entre ambos”²⁰.

¹⁸ CAMPOY, op. cit., pg. 171

¹⁹ TZIRULNIL, op. cit., pg. 295

²⁰ PARECER NORMATIVO 005/2003

Contudo, como poderia um estipulante, que possui como função ser o representante dos segurados, não possuir qualquer vínculo com eles? Como poderia o estipulante encaminhar dados do grupo segurável à seguradora para formular o contrato-mestre sem possuir qualquer tipo de vínculo com os futuros aderentes? É evidente que sem vínculo, não há como o estipulante efetivamente representar os segurados. Não se quer dizer que as apólices coletivas são ilegais ou imorais, entretanto, a essência do seguro em grupo é a caracterização de um vínculo prévio entre o estipulante e o grupo segurado. Desta forma, não restam dúvidas de que esta modalidade, na verdade, é um seguro individual disfarçado de seguro coletivo.

E para corroborar essa tese, o Conselho Nacional de Seguros Privados, no parágrafo único do primeiro artigo da Resolução 107/2004, afirma que “as apólices coletivas em que o estipulante possua, com o grupo segurado, exclusivamente, o vínculo de natureza securitária, referente à contratação do seguro, serão consideradas apólices individuais, no que concerne ao relacionamento dos segurados com a sociedade seguradora”. Desta forma, a melhor interpretação a ser dada em relação à expressão “de qualquer modo se vincule” utilizada no caput do artigo 801 é que, nas palavras de Campoy, “o vínculo pode ser de qualquer natureza (empregatício, associativo, etc), mas não que dele se prescindia”.²¹

2.3 Responsabilidades e obrigações do estipulante

Superadas essas questões essenciais a respeito da figura do estipulante, é de suma importância para o presente trabalho analisarmos as suas principais responsabilidades e obrigações como sendo o mandatário dos segurados.

As obrigações do estipulante estão previstas no artigo 3º da Resolução nº 107 de 2004 do Conselho Nacional de Seguros Privados. Confira-se: (I) fornecer à sociedade seguradora todas as informações necessárias para a análise e aceitação do risco, previamente estabelecidas por aquela, incluindo dados cadastrais; (II) manter a sociedade seguradora informada a respeito dos dados cadastrais dos segurados, alterações na natureza do risco coberto, bem como quaisquer eventos que possam, no futuro, resultar em sinistro, de acordo com o definido contratualmente; (III) fornecer ao segurado, sempre que solicitado, quaisquer informações relativas ao contrato de seguro; (V) repassar os prêmios à sociedade seguradora, nos prazos estabelecidos contratualmente; (VI) repassar aos segurados todas as

²¹ CAMPOY, op. cit., pg. 170

comunicações ou avisos inerentes à apólice, quando for diretamente responsável pela sua administração; (VIII) comunicar, de imediato, à sociedade seguradora, a ocorrência de qualquer sinistro, ou expectativa de sinistro, referente ao grupo que representa, assim que deles tiver conhecimento, quando esta comunicação estiver sob sua responsabilidade; (IX) dar ciência aos segurados dos procedimentos e prazos estipulados para a liquidação de sinistros; (X) comunicar, de imediato, à SUSEP, quaisquer procedimentos que considerar irregulares quanto ao seguro contratado.

Cabe enfatizar que, entre as obrigações acima mencionadas, aquelas de maior relevância seriam: o repasse dos prêmios individuais e/ou a realização do pagamento do prêmio global à seguradora; o repasse de listas dando conta das inclusões e exclusões do grupo segurado; a manutenção do número mínimo de aderentes exigidos contratualmente, a intermediação da comunicação entre o segurado e a seguradora e, a mais importante para a análise do nosso estudo, a prestação de informações ao segurado a respeito de qualquer dúvida em relação ao seguro contratado.

Por fim, cumpre ressaltar que nos contratos de seguro coletivo, a regra é que o estipulante, que atua como mero mandatário, não tenha legitimidade passiva para figurar como ré na ação que visa o recebimento do seguro. No entanto, alguns julgadores têm entendido que “a existência de controvérsia acerca da falha no cumprimento do mandato é suficiente para demonstrar a legitimidade passiva do estipulante”.²²

Percebe-se, portanto, que, caso o estipulante falhe nos seus deveres perante o grupo segurado, as consequências de seus atos poderão ultrapassar a esfera administrativa, podendo o estipulante ser responsabilizado judicialmente com a seguradora em ações que objetivam o recebimento do capital segurado.

Desta forma, ao contratar um seguro em grupo, o estipulante deverá ter conhecimento de todas as obrigações que terá ao assumir a função de mandatário do grupo segurado, desde a formulação das condições contratuais junto à seguradora até a extinção do contrato-mestre, sob pena de caso não observado, ser responsabilizado judicialmente pelo mau cumprimento do mandato.

²² (TJMG. Agravo de Instrumento nº 1.0145.12.076520-4/001 – Comarca de Juiz de Fora – Julg. 25/09/2013).

2.4 Da possibilidade de remuneração do estipulante

É permitido contratar na apólice-mestra a obrigação de o segurador contribuir mensalmente com um pró-labore para o estipulante por serviços prestados a título de divulgação, propaganda, ou quaisquer outros relacionados ao plano de seguro, de acordo com a Carta Circular SUSEP DETEC/GAB/n.º 01/2009.

Cumprido destacar que a remuneração do estipulante compõe os emolumentos determinantes do custo do seguro.

Em virtude disso, está previsto no artigo 5º da Resolução do Conselho Nacional de Seguros Privados nº 107 de 2004 que “na hipótese de pagamento de qualquer remuneração ao estipulante, é obrigatório constar, do certificado individual e da proposta de adesão, o seu percentual e valor, devendo o segurado ser informado sobre os valores monetários deste pagamento sempre que nele houver qualquer alteração.”

3 O CONTRATO DE SEGURO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

3.1 A aplicação do Código de Defesa do Consumidor no Contrato de Seguro

O Código de Defesa do Consumidor visa a proteção do consumidor e estão submetidas a essa legislação “todas aquelas relações contratuais ligando um consumidor a um profissional, fornecedor de bens ou serviços.”²³

O conceito de consumidor está previsto no 2º artigo do CDC que dispõe: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

A expressão “destinatário final” é utilizada justamente para delimitar aquele que adquire ou utiliza o serviço para si e não como intermediário. Desta forma, o segurado pode ou não ser um consumidor: deve-se sempre verificar quem é o destinatário final do produto ou serviço. Nas palavras de Bruno Miragem, “contando que haja um consumidor (assim entendido, um não profissional, que atue sem finalidade lucrativa, como destinatário final do seguro), o seguro torna-se contrato de consumo, atraindo o regime contratual protetivo do consumidor do CDC.”²⁴

Quanto ao conceito de fornecedor, o artigo 3º do CDC define que:

²³ CALAYS-AULOY. Apud MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao código de defesa do consumidor, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

²⁴ Direito dos seguros: fundamentos de direito civil: direito empresarial e direito do consumidor / coordenação Bruno Miragem e Angélica Carlini, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. Vários autores.

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.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 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.

Conforme se denota do teor do §2º do artigo supramencionado, não restam dúvidas de que, caso o segurado se adequa ao conceito de consumidor estipulado no art. 2º do CDC e sendo a sociedade seguradora uma pessoa jurídica de direito privada qualificada como fornecedora, ao contrato de seguro serão aplicadas as normas previstas na legislação consumerista.

Ainda, importante mencionar para o nosso estudo que, em decisão unânime, a Terceira Turma, do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a aplicabilidade do CDC em contratos de seguro empresarial. No caso em discussão, uma empresa que comercializava automóveis contratou um seguro para proteger os veículos mantidos no seu estabelecimento. Para o relator, o ministro Villas Bôas Cueva, se a empresa é a destinatária final do seguro, sem incluí-lo nos serviços e produtos oferecidos, há clara caracterização de relação de consumo. Ainda, ele afirma que “situação diversa seria se o seguro empresarial fosse contratado para cobrir riscos dos clientes, ocasião em que faria parte dos serviços prestados pela pessoa jurídica, o que configuraria consumo intermediário, não protegido pelo CDC”.²⁵

Muito se discute quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor quando quem adere ao seguro é uma pessoa jurídica. Em relação ao Código de Defesa do Consumidor, há duas correntes: a dos finalistas que restringem a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável.²⁶ E há a dos maximalistas, que defendem que o artigo 2º do CDC deve ser interpretado de maneira ampliativa e que “a definição do artigo 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não, fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço”²⁷

²⁵ REsp 1352419. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva - Terceira Turma – Julgado em 19/08/2014.

²⁶ MARQUES, op. cit., p. 72

²⁷ Ibid. pg. 72

Cumpra-se citar o posicionamento do comercialista Fábio Ulhoa Coelho²⁸, que, amparado no pensamento do jurista Rizzatto Nunes, entende ser possível a inaplicabilidade do código consumerista em algumas situações. No exemplo utilizado por Fábio Coelho, quando uma empresa y, pelo seu funcionário, acessa um site de uma outra empresa x e compra um computador, se aplicará o código de defesa do consumidor, afinal a empresa y aderiu ao produto da mesma forma que qualquer outro consumidor, estando em uma posição de vulnerabilidade análoga a de um consumidor.

Já em uma situação em que a empresa y quer contratar uma quantidade significativa de computadores com a empresa x e dois grandes empresários negociam juntos o contrato, não se verifica uma situação de vulnerabilidade, razão pela qual não se aplicaria o Código de Defesa do Consumidor.

Nesse entendimento, para ser verificada a relação de consumo, deverá ser analisado se há de fato vulnerabilidade entre alguma das partes. Da mesma forma podemos enxergar um seguro de vida: no seguro individual o segurado contratará diretamente com a seguradora, portanto, estará em posição de vulnerabilidade, se aplicando, assim, a legislação consumerista. Já no seguro coletivo, o estipulante não está em posição de vulnerabilidade, na medida em que possui poder de barganha na negociação e detém a possibilidade de oferecer o negócio a outras seguradoras, não possui posição de vulnerabilidade. Ainda, importa ressaltar que no seguro em grupo o estipulante não é o destinatário final do serviço contratado, já que quem receberá a cobertura é o segurado.

Verifica-se, portanto, que inexistente relação de consumo no seguro em grupo, pelo que deveriam ser inaplicáveis todas as disposições do CDC neste contrato. Contudo, há entendimento majoritário na jurisprudência de que deverão ser aplicadas as disposições consumeristas nos contratos de seguro em grupo, razão pela qual analisaremos mais profundamente os direitos dos segurados previstos no CDC.

3.2 Os direitos Básicos do Consumidor no Contrato de Seguro

Os direitos básicos do consumidor estão previstos nos artigos 6º e 7º do CDC, sendo que os principais para a análise desse estudo são aqueles previstos nos incisos II, III, e IV, do artigo 6º, quais sejam:

²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Apud SENE, Leone Trida. Seguro de Pessoas: negativas de pagamento das seguradoras, Curitiba: Juruá Editora, 2006.

- II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
- III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;
- IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

Conforme já analisado nos outros capítulos, no seguro em grupo é o estipulante quem define as condições contratuais junto à seguradora, sem participação do segurado. Não há, durante toda a vigência do contrato, qualquer comunicação entre o segurado e a seguradora. Toda intermediação é realizada pelo estipulante, desde a adesão do proponente ao grupo segurado, até a comunicação do sinistro, se houver. Registra-se que não é vedada a comunicação entre o segurado ou o beneficiário e a seguradora, todavia, na prática, o estipulante realiza a intermediação entre as partes.

Desta forma, sendo o estipulante quem possui o vínculo com o grupo segurado, todos os direitos supramencionados deveriam por ele ser atendidos e observados, principalmente quando incluído o proponente no grupo segurado. Considerando a complexidade do contrato de seguros, principalmente no que tange à linguagem técnica, “torna-se indispensável a adoção de campanhas e outros meios educativos, de maneira a proporcionar ao consumidor de seguro certa condição intelectual, que lhe permita exercer verdadeiramente a liberdade de escolha.”²⁹

Destarte, visando celebrar um contrato de seguro em grupo, é de fundamental importância que o estipulante tenha conhecimento de todas suas responsabilidades perante ao grupo segurado. Essas responsabilidades, em atendimento aos direitos básicos do consumidor, incluem a orientação com detalhe, atendimento e aconselhamento com presteza.

Não tendo a seguradora qualquer comunicação com o segurado, a esta caberá somente elaborar um contrato junto ao estipulante que não possua cláusulas abusivas e que as condições estabelecidas, principalmente no que tange às cláusulas limitativas de direito do consumidor, sejam claras, conforme disposto no §3º do artigo 54 do CDC.

Em relação a qualquer informação sobre o seguro contratado, caberá à seguradora somente disponibilizar o contrato e as condições gerais e especiais ao estipulante, que deverá manter sob seu domínio para melhor instruir e informar os consumidores quando solicitado.

²⁹ SENE, op. cit., pg. 100

3.3 A interpretação do contrato de seguro à luz do CDC

O artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor define que “contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”

O Código Civil prevê em no artigo 423 que “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. Esta disposição também se encontra no Código Consumerista que possui semelhante redação no seu artigo 47, in verbis: “**Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.**”

Destarte, o Código de Defesa do Consumidor visa equilibrar à parte mais vulnerável na relação contratual. Salienta-se que, “mesmo em se tratando de cláusulas claras e sem contradições, a interpretação deverá favorecer os interesses do consumidor, o que significa que a intenção declarada nem sempre prevalecerá.”³⁰

4. O DEVER DE INFORMAÇÃO DO ESTIPULANTE

4.1 O princípio da boa-fé no contrato de seguro

Os princípios gerais a que estão subordinados os contratos de consumo, e como já vimos incluído o contrato de seguro, são o princípio da boa-fé, previsto no artigo 51, IV, e o in dúbio pro consumidor, disposto no artigo 47 do CDC que já vimos no capítulo anterior. Tem-se que “as relações de consumo, mesmo em sua fase pré-contratual, ou, como preferem alguns, extracontratual, devem-se guiar pela lealdade e pelo respeito entre consumidor e fornecedor.”³¹ Previsto no artigo 422 do Código Civil como o princípio geral dos contratos³² o princípio da boa-fé é também o princípio basilar do contrato de seguro, consoante disposição dos artigos 765 e 766³³ do mesmo diploma legal.

³⁰ SENE, op. cit. pg. 114

³¹ MARQUES, op. cit., pg. 72

³² Art. 422. os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

³³ 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. Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido.

Entende-se que boa-fé seja agir com lealdade e probidade, sendo que é de suma importância diferenciarmos a boa-fé subjetiva da boa-fé objetiva:

A boa-fé subjetiva fundamenta-se na confiança. É a confiança naquilo que se apreende do direito aparente, ou seja, o que o contratante espera da outra parte ao tratar, no sentido mais abstrato da conceituação do princípio.³⁴
Já a boa-fé objetiva possui sentido palpável por se tratar de condutas concretas, declaração de vontade e comportamentos pautados nos deveres de informar, de sigilo e de proteção³⁵.

Segundo Gravina³⁶, “a confiança é um princípio social de abrangência generalizada. Nos negócios jurídicos o termo reflete segurança, convicção, firmeza, entre outros sentidos associados à solidez de determinado vínculo.”

No contrato de seguro, o proponente espera ver atendidas suas expectativas, tanto as da fase contratual, quanto aquelas que adquiriu na fase pré-contratual pela orientação e pelo o aconselhamento fornecido pelo estipulante do grupo. Não basta simplesmente o segurado aderir ou ser incluído ao contrato de seguro em grupo, ele deverá ser informado das definições das coberturas contratadas, das cláusulas contratuais limitativas do seu direito, dos limites dos capitais segurados, enfim, a respeito de todas as informações essenciais ao seguro contratado.

Consigna Claudia Lima Marques que: "(...) há que se presumir a boa-fé subjetiva dos consumidores e impor deveres de boa-fé objetiva (informação, cooperação e cuidado) para os fornecedores, especialmente tendo em conta o modo coletivo de contratação e por adesão.³⁷"

4.2 A violação do dever de informação

Conforme supramencionado, o dever de informação decorre do comportamento de acordo com a boa-fé entre as partes no contrato e pode ser violado por ação ou omissão. Por ação, o fornecedor induzirá o consumidor em erro para vender o seu produto, e por omissão, o fornecedor deixará de informar o consumidor a respeito das cláusulas contratuais a que este estará aderindo. Consoante já vimos nos outros capítulos, é dever do estipulante pelo

³⁴ NERY JUNIOR. Apud GARCIA, Allinne Rizzie Coelho Oliveira et. al. Aspectos Jurídicos dos Contratos de Seguro / coordenação Pery Saraiva Neto e Angélica Carlini, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

³⁵ GRAVINA. Apud GARCIA, op. cit., pg. 193

³⁶ Ibid. pg. 195

³⁷ MARQUES, op. cit., pg. 74

artigo 3º da Resolução nº 107 de 2004 do Conselho Nacional de Seguros Privados prestar informações ao segurado em relação ao seguro contratado.

Ocorre que atualmente, em ações judiciais em que o segurado ou o beneficiário tem seu direito negado administrativamente em virtude de alguma previsão contida no contrato, os juízes têm condenado as seguradoras ao pagamento da indenização sob o fundamento de que haveria sido descumprido o dever de informação. Os principais artigos mencionados pelos julgadores são o artigo 6º, 46º, 47º e 53º, §3º do CDC. Importante mencionar o disposto no artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Conforme já salientado, em regra, não há qualquer tipo de contato entre o segurado e o segurador durante toda a vigência do seguro. Não é vedada a comunicação, mas na prática é realizada por intermediação do estipulante. Destarte, invariavelmente é o estipulante, que é quem intermedia a relação entre o segurado e a seguradora, poderá atender o disposto nos artigos que preveem a proteção do consumidor.

Neste contexto, existe dever de informação da Seguradora para com o Estipulante, entretanto, perante o Segurado, que adere à apólice por meio da Estipulante, o dever de informação cabe a esta última, e não à seguradora. Não há, portanto, obrigação de informação direta da Seguradora para com o Segurado, pois os interesses deste último já se encontram representados pelo mandatário na assinatura da Proposta Mestra, devendo o Estipulante prestar-lhe as informações acerca do contrato.

Recentemente, ambas as Turmas do STJ que tratam da matéria de seguros possuem jurisprudência pacífica e consolidada, no sentido de que é do estipulante, exclusivamente, o dever de informação ao grupo segurado, eximindo as seguradoras por eventual inobservância de tal múnus.

4.3 Jurisprudência

A atual jurisprudência do STJ observou detidamente as obrigações legais e contratuais do estipulante perante o grupo segurador, reconhecendo que cabe ao mandatário o dever de informação. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA, COM BASE EM CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO. CONTROVÉRSIA CONSISTENTE EM DEFINIR DE QUEM É O DEVER DE INFORMAR PREVIAMENTE O SEGURADO A RESPEITO DAS CLÁUSULAS RESTRITIVAS DE COBERTURA FIRMADA EM CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO. ESTIPULANTE QUE, NA CONDIÇÃO DE REPRESENTANTE DO GRUPO DE SEGURADOS, CELEBRA O CONTRATO DE SEGURO EM GRUPO E TEM O EXCLUSIVO DEVER DE, POR OCASIÃO DA EFETIVA ADESÃO DO SEGURADO, INFORMAR-LHE ACERCA DE TODA A ABRANGÊNCIA DA APÓLICE DE SEGURO DE VIDA. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. A controvérsia posta no presente recurso especial centra-se em identificar a quem incumbe o dever de prestar informação prévia ao segurado a respeito das cláusulas limitativas/restritivas nos contratos de seguro de vida em grupo, se da seguradora, se da estipulante, ou se de ambas, solidariamente. 2. Ausência, até o presente momento, de uma deliberação qualificada sobre o tema, consistente no julgamento de um recurso especial diretamente por órgão colegiado do STJ, em que se concede às partes a oportunidade de fazer sustentação oral. A despeito dessa conclusão, é de se reconhecer que a questão vem sendo julgada por esta Corte de Justiça, com base, sem exceção, em um julgado desta Terceira Turma (Recurso Especial n. 1.449.513/SP), que não tratou, pontualmente, da matéria em questão, valendo-se de argumento feito, obter dictum, com alcance diverso do ali preconizado. 2.1 Necessidade de enfrentamento da matéria por esta Turma julgadora, a fim de proceder a uma correção de rumo na jurisprudência desta Corte de Justiça, sempre salutar ao aprimoramento das decisões judiciais. 3. Como corolário da boa-fé contratual, já se pode antever o quanto sensível é para a higidez do tipo de contrato em comento, a detida observância, de parte a parte, do dever de informação. O segurado há de ter prévia, plena e absoluta ciência acerca da abrangência da garantia prestada pelo segurador, especificamente quanto aos riscos e eventos que são efetivamente objeto da cobertura ajustada, assim como aqueles que dela estejam excluídos. Ao segurador, de igual modo, também deve ser concedida a obtenção de todas as informações acerca das condições e das qualidades do bem objeto da garantia, indispensáveis para a contratação como um todo e para o equilíbrio das prestações contrapostas. 4. Encontrando-se o contrato de seguro de vida indiscutivelmente sob o influxo do Código de Defesa do Consumidor, dada a assimetria da relação jurídica estabelecida entre segurado e segurador, a implementação do dever de informação prévia dá-se de modo particular e distinto conforme a modalidade da contratação, se "individual" ou se "em grupo". 5. A contratação de seguro de vida coletivo dá-se de modo diverso e complexo, pressupondo a existência de anterior vínculo jurídico (que pode ser de cunho trabalhista ou associativo) entre o tomador do seguro (a empresa ou a associação estipulante) e o grupo de segurados (trabalhadores ou associados). 5.1 O estipulante (tomador do seguro), com esteio em vínculo jurídico anterior com seus trabalhadores ou com seus associados, celebra contrato de seguro de vida coletivo diretamente com o segurador, representando-os e assumindo, por expressa determinação legal, a responsabilidade pelo cumprimento de todas as obrigações contratuais perante o segurador. 5.2 O segurador, por sua vez, tem por atribuição precípua garantir os interesses do segurado, sempre que houver a implementação dos riscos devidamente especificados no contrato de seguro de vida em grupo, cuja abrangência, por ocasião da contratação, deve ter sido clara e corretamente informada ao estipulante, que é quem celebra o contrato de seguro em grupo. 5.3 O grupo de segurados é composto pelos usufrutuários dos benefícios ajustados, assumindo suas obrigações para com o estipulante, sobretudo o pagamento do prêmio, a ser repassado à seguradora. 6. É relevante perceber que, por ocasião da contratação do seguro de vida coletivo, não há, ainda, um grupo definido de segurados. A condição de segurado dar-se-á, voluntariamente, em momento posterior à efetiva contratação, ou seja, em momento em que as bases contratuais, especificamente quanto à abrangência da cobertura e dos riscos dela excluídos, já foram definidas pelo segurador e aceitas pelo estipulante. Assim, como

decorrência do princípio da boa-fé contratual, é imposto ao segurador, antes e por ocasião da contratação da apólice coletiva de seguro, o dever legal de conceder todas as informações necessárias a sua perfectibilização ao estipulante, que é quem efetivamente celebra o contrato em comento. Inexiste, ao tempo da contratação do seguro de vida coletivo — e muito menos na fase pré-contratual — qualquer interlocução direta da seguradora com os segurados, individualmente considerados, notadamente porque, nessa ocasião, não há, ainda, nem sequer definição de quem irá compor o grupo dos segurados. 7. Somente em momento posterior à efetiva contratação do seguro de vida em grupo, caberá ao trabalhador ou ao associado avaliar a conveniência e as vantagens de aderir aos termos da apólice de seguro de vida em grupo já contratada. A esse propósito, afigura-se indiscutível a obrigatoriedade legal de bem instruir e informar o pretense segurado sobre todas as informações necessárias à tomada de sua decisão de aderir à apólice de seguro de vida contratada. Essa obrigação legal de informar o pretense segurado previamente à sua adesão, contudo, deve ser atribuída exclusivamente ao estipulante, justamente em razão da posição jurídica de representante dos segurados, responsável que é pelo cumprimento de todas as obrigações contratuais assumidas perante o segurador. Para o adequado tratamento da questão posta, mostra-se relevante o fato de que não há, também nessa fase contratual, em que o segurado adere à apólice de seguro de vida em grupo, nenhuma interlocução da seguradora com este, ficando a formalização da adesão à apólice coletiva restrita ao estipulante e ao proponente. 8. Em conclusão, no contrato de seguro coletivo em grupo cabe exclusivamente ao estipulante, e não à seguradora, o dever de fornecer ao segurado (seu representado) ampla e prévia informação a respeito dos contornos contratuais, no que se inserem, em especial, as cláusulas restritivas. 9. Recurso especial improvido.³⁸

No mesmo sentido é a jurisprudência consolidada da 4ª Turma:

RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. ESTIPULANTE. REPRESENTANTE DOS SEGURADOS. RESPONSABILIDADE DE PRESTAR INFORMAÇÕES AOS ADERENTES. INVALIDEZ PARCIAL. DOENÇA OCUPACIONAL. RISCO EXCLUÍDO NA APÓLICE COLETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. No seguro de vida em grupo, o estipulante é o mandatário dos segurados, sendo por meio dele encaminhadas as comunicações entre a seguradora e os consumidores aderentes. 2. O dever de informação, na fase pré-contratual, é satisfeito durante as tratativas entre seguradora e estipulante, culminando com a celebração da apólice coletiva que estabelece as condições gerais e especiais e cláusulas limitativas e excludentes de riscos. Na fase de execução do contrato, o dever de informação, que deve ser prévio à adesão de cada empregado ou associado, cabe ao estipulante, único sujeito do contrato que tem vínculo anterior com os componentes do grupo segurável. A seguradora, na fase prévia à adesão individual, momento em que devem ser fornecidas as informações ao consumidor, sequer tem conhecimento da identidade dos interessados que irão aderir à apólice coletiva cujos termos já foram negociados entre ela e o estipulante. 3. Havendo cláusula expressa afastando a cobertura de invalidez parcial por doença laboral, a ampliação da cobertura para abranger o risco excluído, e, portanto, não considerado no cálculo atuarial do prêmio, desequilibraria o sinalagma do contrato de seguro. 4. Recurso especial não provido.³⁹

³⁸ Recurso Especial Nº 1.825.716/SC. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Órgão Julgador: Terceira Turma do STJ. Julgado em: 27/10/2021.

³⁹ Recurso Especial Nº 1.850.961/SC. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti. Órgão Julgador: Quarta Turma do STJ. Julgado em: 15/06/2021.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contrato de seguro em grupo, o estipulante celebra com a seguradora o contrato-mestre, determinando todas as condições do contrato de seguro, sem participação do segurado.

Uma vez que o estipulante não está em posição de vulnerabilidade perante a seguradora e que ele não é o destinatário final do seguro, deveriam ser inaplicáveis as regras consumeristas nesta modalidade contratual. Deve-se, entretanto, considerar que a jurisprudência majoritária entende ser aplicado o CDC neste tipo de contrato de seguro.

Tendo em vista que o estipulante figura como mandatário dos segurados, a ele são atribuídas diversas obrigações e deveres perante o grupo segurado, como o repasse de listas informando as inclusões e exclusões do grupo segurado, a intermediação da comunicação entre o segurado e a seguradora e a prestação de informações ao segurado a respeito de qualquer dúvida em relação ao seguro contratado.

Ainda, considerando os direitos do consumidor e a boa-fé prevista no contrato de seguro, deve-se observar o dever de informar que a seguradora tem com o estipulante e que este tem com os segurados. Primeiramente, cabe à seguradora repassar as condições gerais do seguro ao estipulante. Contudo, é o estipulante quem deverá informar os segurados todas as condições contratuais, pois é ele quem possui o vínculo e é o representante do grupo segurado.

Em que pese as seguradoras sejam responsabilizadas em algumas decisões pela falha no dever de informação, com a atual a jurisprudência do STJ que está pacífica e consolidada no sentido de que o dever de informação é de exclusiva obrigação do mandatário do grupo segurado, os tribunais estaduais começaram a aderir a este entendimento, de modo que as seguradoras sejam condenadas ao pagamento de indenizações securitárias somente quando o caso em concreto estiver de acordo com os termos do contrato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Pedro. *O seguro e o novo código civil*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.
- CAMPOY, Adilson José. *Contrato de seguro de vida*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.
- CERNE, Ângelo Mário. *O seguro Privado no Brasil*, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1973
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Direito dos Seguros*. Coimbra: Edições Almedina, 2013.

Direito dos seguros: fundamentos de direito civil : direito empresarial e direito do consumidor / coordenação Bruno Miragem e Angélica Carlini, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. Vários autores.

FERREIRA, Weber José. *Coleção Introdução à Ciência Atuarial*. Pref. Ernesto Albrecht. Rio de Janeiro, IRB, 1985.

KRIEGER FILHO, Domingos Afonso. *O contrato de seguro no direito brasileiro*, Niterói: Ed. Frater et Labor, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao código de defesa do consumidor*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

PIMENTEL, Ayrton. *Beneficiário no seguro de vida*, 1. ed. – São Paulo: Ed. Roncarati, 2017.

POLIDO, Walter A. *Contrato de seguro: novos paradigmas*, São Paulo: Ed. Roncarati, 2010.

SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de seguro no novo código civil e legislação própria*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

SENE, Leone Trida. *Seguro de Pessoas: negativas de pagamento das seguradoras*, Curitiba: Juruá Editora, 2006.

TZIRULNIK, Ernesto. *O contrato de seguro de acordo com o código civil brasileiro*. Ernesto Tzirulnik, Flávio de Queiroz B. Cavalcanti, Ayrton Pimentel. – 3. ed. – São Paulo: Ed. Roncarati, 2016.

SOAT – SEGURO OBRIGATÓRIO DE ACIDENTES DE TRÂNSITO – PL N.º 8.338/2017 – É RAZOÁVEL A PROPOSTA LEGISLATIVA NA FORMA QUE ELA SE APRESENTA OU NÃO?¹

*Walter Polido*²

RESUMO: O presente artigo efetiva uma análise jurídica crítica do Projeto de Lei 8.338/2017, atualmente em tramitação no Congresso Nacional, que propõe a extinção do DPVAT e a inserção do SOAT no seu lugar. A partir do histórico do Seguro DPVAT, da observação do Direito Comparado, do exame das reais necessidades da sociedade brasileira contemporânea e do atual grau de desenvolvimento do Direito brasileiro, são examinados os efeitos que adviriam da aprovação do Projeto, bem com a sua imperiosa necessidade de aperfeiçoamento.

Palavras-chave: Seguro obrigatório; Projeto de Lei. DPVAT.

Há acentuado distanciamento do Brasil em relação aos países desenvolvidos em termos de Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil de Automóveis. Limites de garantias e coberturas oferecidas se situam em patamares diferenciados, certamente com imensa desvantagem para o Brasil. Este desnível deveria constituir fator de preocupação para a sociedade brasileira, mas nunca foi objeto de questionamentos mais representativos. O brasileiro não tem cultura de seguro desenvolvida e rejeita qualquer tipo de compulsoriedade na contratação de seguros, seja qual for o tipo. O DPVAT – Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres tem cumprido insatisfatoriamente a sua função, enquanto instrumento de política pública, ainda que de relevante interesse social. O modelo vigente não é eficaz sob a perspectiva reparatória ou compensatória. Coberturas exíguas e limites de garantia ainda mais limitados, sem contar a distribuição dos prêmios arrecadado pela Seguradora Líder a diversas entidades, públicas e privadas, sem que haja plausibilidade alguma neste procedimento³. Entidades públicas

¹ Texto revisto e atualizado pelo autor em novembro de 2021. O original foi publicado no site do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, IBDS [www.ibds.com.br] e na Coluna do autor no site da Editora Roncarati [www.editoraroncarati.com.br]

² Mestre em direitos difusos e coletivos pela PUC-SP, Árbitro em seguros e resseguro, Parecerista, Diretor da Conhecer Seguros, Coordenador Acadêmico da Especialização em Direito do Seguro e Resseguro da OAB-ESA-SP.

³ A arrecadação de prêmios relativos ao DPVAT era pulverizada na ordem de 45% para o SUS – Sistema Único de Saúde, conforme determinação prevista nas Leis n.ºs 8.212/91 e 9.505/97, mais 5% ao Denatran – Departamento Nacional de Transportes, conforme a Lei n.º 9.503/97. Havia, até muito recentemente, repasses dos prêmios arrecadados aos Sindicatos dos Corretores de Seguros e à Escola Nacional de Negócios e Seguros – Funenseg, por determinação de Resolução administrativa do CNSP – Conselho Nacional de Seguros Privados.

devem ser mantidas com dotação orçamentária pela União e as privadas, em hipótese alguma, podem ter acesso a este tipo de provisão, assim como o comissionamento dos corretores de seguros que não exercem nenhum tipo de intermediação na aquisição do DPVAT. Para a Escola Nacional de Negócios e Seguros, entidade dedicada à formação de mão de obra técnica para servir ao mercado segurador privado, o repasse de parte da produção do DPVAT nunca se justificou. Não é atribuição dos proprietários de veículos do país *subsidiar* o ensino de seguros para a *iniciativa privada*.

Ao longo dos anos, o procedimento de pulverização dos prêmios foi criticado nos círculos mais reservados, mas deixou de ser alterado prontamente e prevaleceu daquela forma por longo período, de forma inexplicável. Recentemente, a Seguradora Líder deixou de repassar as parcelas de prêmios aos Sindicatos dos Corretores de Seguros⁴ e à Escola Nacional de Negócios e Seguros, permanecendo o SUS e o Denatran como beneficiários. Esta política de subvenção de recursos não condiz com as funções precípua dos seguros, nem se relaciona com qualquer princípio técnico subjacente aos referidos contratos. Seguro não é tributo e tampouco pode servir de sucedâneo para distribuições aleatórias dos prêmios arrecadados. Os prêmios de seguros devem ter por objetivo único a higidez da estrutura operacional da seguradora e especialmente a sua função garantidora dos riscos, sendo calculados e cobrados com base na frequência dos sinistros. Os segurados, proprietários de veículos, devem pagar o preço justo representado pelo risco assumido e outros encargos inerentes à operação, mas não os carregamentos que são feitos, de maneira inexplicável e injusta, de modo a serem direcionados ao SUS, Denatran, Sindicatos de Corretores de Seguros e Escola Nacional de Negócios e Seguros. Nada justifica este procedimento de pulverização, neste ou em qualquer outro tipo de seguro obrigatório. O Brasil precisa avançar neste sentido, se pretender, de fato, se alinhar aos mercados de seguros desenvolvidos e maduros. A sociedade consumidora, pagadora dos prêmios, sequer conhece, de forma transparente e objetiva, o mecanismo de repasses que tem sido perpetrado há décadas no país, com o aplauso das entidades do setor e dos órgãos estatais a quem incumbiria proteger os interesses dos segurados e beneficiários e não simplesmente homologar a “rifa” da conta dos prêmios arrecadados. A pulverização dos prêmios, impende destacar, foi estabelecida em outro momento histórico do país, sequer sob o regime democrático. Nada mais injusto,

⁴ “Os Sindicatos dos Corretores de Seguros – Sincor’s, reunidos em assembleia, decidiram, por unanimidade, (dos 23 sindicatos presentes), interromper o atendimento ao público no tocante à orientação e à recepção dos sinistros do Seguro DPVAT em todo o Brasil” (fonte: Fenacor), in: *JNS – Jornal Nacional de Seguros*, n. 307, São Paulo, maio de 2018, p. 8.

portanto, sob o olhar do Estado Democrático de Direito, que passou ao largo dessa discussão pontual. O DPVAT movimentou bilhões de reais em prêmios de seguros ao longo dos anos e as quantias sempre foram pulverizadas, conforme os percentuais mencionados, ao SUS e ao Denatran.

O “Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Via Terrestre, ou por sua Carga, a Pessoas Transportadas ou não”, DPVAT, foi instituído no Brasil pela Lei n.º 6.194, de 19 de dezembro de 1974, sendo operacionalizado por diversos modelos desde a sua criação. Mais recentemente, ele passou a ser regido por um Consórcio de Seguradoras, sob a administração da Líder Seguradora S.A. Todos os modelos apresentaram problemas, por diversos motivos, culminando na dissolução do referido Consórcio no final de 2020. Através de Resoluções, o Conselho Nacional de Seguros Privados, CNSP, buscou normatizar o processo de desativação do DPVAT, na forma como o seguro era operado, sendo que a Resolução CNSP n.º 400, de 29 de dezembro de 2020, estabeleceu as bases do “*run-off*” a serem observadas obrigatoriamente pela Líder Seguradora, enquanto responsável pela gestão e operacionalização do montante de sinistros ocorridos até 31.12.2020 e das ações judiciais que porventura forem interpostas sobre eles, ainda que posteriormente. A mesma Resolução estabeleceu a possibilidade de contratação, sob a gerência da Superintendência de Seguros Privados, Susep, de outra entidade jurídica encarregada do pagamento dos sinistros a partir de 1º de janeiro de 2021. Esta previsão normativa ensejou a indicação da Caixa Econômica Federal, CEF, na condição de gestora dos recursos e pagamentos do DPVAT. No ano de 2021, foi aprovado o prêmio “zero” para os proprietários de veículos, sendo que o Governo deve discutir nova política para o DPVAT. O contrato estabelecido entre a Susep e a Caixa foi firmado em 15.01.2021.

O DPVAT, no contexto normativo informado, tende a ser substituído por outro modelo de seguro e conforme a prática encontrada em outros países desenvolvidos, os quais adotam os princípios do Seguro de Responsabilidade Civil pela Circulação de Veículos, com coberturas muito mais abrangentes e envolvendo também os danos materiais, além dos danos pessoais a terceiros. A comercialização, ou seja, a oferta do referido seguro deve ser operada por diversas Seguradoras interessadas no segmento, individualmente, sem a exclusividade que prevaleceu para o DPVAT, apesar de a composição do Consórcio ter apresentado várias Seguradoras ao longo de sua existência. O modelo de Seguradoras individualizadas também já foi experimentado durante a existência do DPVAT, sendo substituído pela formação de Consórcio. O maior problema ocorrido e motivador do fracasso do modelo DPVAT, entre

outros, foi sem dúvida a despropositada distribuição da produção de prêmios a diversas entidades, governamentais e privadas: SUS, Denatran, Funenseg (Escola Nacional de Negócios e Seguros), Sindicatos dos Corretores de Seguros, na ordem superior a 50% em diferentes percentuais às mencionadas organizações. O prêmio de seguro, de qualquer ramo, repise-se, deve ter destino certo e único, que é a Seguradora responsável pela emissão da apólice e que assumiu os riscos garantidos por ela, devendo pagar as indenizações devidas. Qualquer repasse que porventura se afastar deste conceito, será impróprio, uma vez que ele descaracteriza a operação securitária na sua essência. No tocante às entidades privadas, sequer há espaço para ensaiar qualquer tipo ou tentativa de justificação, pois que todas elas serão despropositadas e ilegítimas, assim como sempre foi o repasse do DPVAT no país, sendo que nenhuma das entidades beneficiárias sequer tinha a obrigação de demonstrar, publicamente, a destinação dada ao produto arrecadado, enquanto recurso coletivo.

Os proprietários de veículos automotores devem pagar os respectivos prêmios pelo tipo ou categoria de cada veículo, mas visando tão somente a formação de fundo mutualístico para o pagamento dos sinistros que ocorrerem com a massa de riscos segurados. Qualquer outra destinação, repise-se, seria ilegítima e atribuiria carga de ônus extraordinária ao cidadão, pelo simples fato de ele ser proprietário de veículo. Este esquema de *parafiscalidade* não encontra argumentação suficiente para a sua conformidade legal, uma vez submetido ao filtro constitucional, mas mesmo assim ele perdurou por longo período no Brasil, baseado em várias leis que em princípio o legitimaram. Parafiscalidade⁵, na medida em que, para os proprietários de veículos, o prêmio do DPVAT *carregado*⁶ e de modo a permitir os repasses substanciais para as diversas entidades, “assumia” a natureza de *imposto extraordinário*, mas sem qualquer contrapartida individual que pudesse ser exigida pelo pagador, agente passivo dessa relação. Por fim, a tendência que se verifica, também no Brasil, repousa na possibilidade de o modelo DPVAT, em processo de extinção, ser substituído pelo Seguro de Responsabilidade Civil Automóvel, similar ao Seguro de Responsabilidade Civil Facultativo de Veículos, RCFV, já comercializado no país há décadas e justamente para neutralizar os “gaps” de coberturas e de limites do DPVAT. Haverá, para o novo modelo, a compulsoriedade quanto à contratação, invariavelmente.

⁵ Ver: FERREIRA, Rogério M. Fernandes. MESQUITA, João. *A parafiscalidade na atividade seguradora*. Coimbra: Almedina, 2012.

⁶ No Seguro DPVAT, ao longo de sua existência e com cobrança compulsória dos proprietários de veículos automotores terrestres, sobre o prêmio relativo ao risco pela “existência e uso dos veículos”, houve a adição de mais da metade do valor e de modo a propiciar o montante de arrecadação compatível com a distribuição que era realizada do produto da comercialização do seguro, para as diversas entidades.

Nessa linha de projeção do tema, convém ressaltar, que já existe PL no Congresso Legislativo Nacional e visando a discussão para a implantação do Seguro Obrigatório de Acidentes de Trânsito, SOAT, cuja proposta carece de reformulação em diversos pontos, uma vez que o texto original é primário em vários e importantes aspectos e inova pouco ou quase nada sob a perspectiva do malogrado DPVAT⁷. Da trajetória malograda do DPVAT, importante extrair a lição sobre a inexecutabilidade de eventuais proposições legislativas, qualquer uma delas descabida, de repasses de parte dos prêmios arrecadados em seguros obrigatórios para entidades que não às próprias seguradoras garantidoras dos riscos. De maneira similar, com relação aos riscos ambientais, tem sido comum o aparecimento de projetos de lei não só introduzindo o seguro no rol dos obrigatórios, como também com a previsão de farta distribuição dos recursos a entidades diversas. Este modelo tem de ser combatido, sempre.

O primeiro projeto de lei de contrato de seguro da nossa história, o PL n.º 3.555/2004, continha um capítulo dispondo regras básicas sobre os seguros obrigatórios, mas que acabou sendo suprimido para permitir a redução do bloqueio feito ao mesmo projeto por instituições do mercado segurador e de corretagem de seguros. No mencionado PL já se procurava garantir conteúdos de coberturas e valores de modo a evitar a evasão dos prêmios arrecadados para fins estranhos ao interesse público.⁸

O PL 8.338/2017, por sua vez, propõe a extinção do DPVAT e a inserção do SOAT no seu lugar. Resta saber, contudo, quais seriam as reais vantagens que se apresentariam, se existentes, na hipótese de o PL ser acolhido pelo Congresso Nacional. Beneficiária, de fato, toda a sociedade brasileira, sendo que o DPVAT já demonstrou não ter eficácia comprovada na estrutura que se apresenta e não só em razão da pulverização dos prêmios arrecadados?

A Superintendência de Seguros Privados – Susep, instituiu uma Comissão Especial através da Portaria n.º 7070/2018, visando à análise aprofundada das alternativas possíveis relativas ao modelo de operação do seguro DPVAT no país, cuja iniciativa partiu de recomendação do Tribunal de Contas da União, TCU. O Tribunal entendeu que era o momento de acabar com o círculo vicioso em que se encontrava o atual modelo, sendo

⁷ Ver: *SOAT - Seguro Obrigatório de Acidentes de Trânsito - Projeto de Lei n.º 8.338/2017 - é razoável a proposta legislativa na forma que ela se apresenta ou não?* de Walter Polido In: <<editorarocarati.com.br>> Colunistas - Walter Polido. Também disponível em: <www.ibds.com.br>; <www.polidoconsultoria.com.br> Último acesso em 05.11.2021.

⁸ “Art. 128. É vedada a utilização dos prêmios arrecadados com seguros obrigatórios para pagamentos a quem não seja a vítima ou seu beneficiário, salvo os custos da seguradora, operacionais e comerciais, desde que previstos nas respectivas notas técnicas e atuariais”.

necessária a sua reformulação em busca da *eficiência*. Importante ressaltar que o TCU, em face mesmo da politização vigente nas Agências Reguladoras e nos demais Órgãos Reguladores dos diversos sistemas econômicos do país, tem tomado para si a missão relevante de defender os interesses coletivos e difusos dos cidadãos e particularmente dos consumidores de bens e serviços e busca suprir, desta forma, a lacuna existente. As agências e os demais órgãos afins deveriam passar por modificações estruturais no Brasil, assim como a Susep, sobre a qual o tema já foi analisado através do texto “*A SUSEP será transformada em Agência Reguladora, com base no Projeto de Lei nº 5.277/2016?*”⁹. O Brasil e a sociedade brasileira ressentem da ausência de equipamentos regulatórios atuais e não patrimonialistas, sendo que deveriam ser conduzidos sob a ótica política, *permanente*, do Estado e não simplesmente sob a política de *ocasião* dos Governos e, menos ainda, dos Partidos Políticos. O modelo nacional de seguros está acorrentado ao passado e sob o jugo do vetusto e ultrapassado Decreto-Lei n.º 73/1966, concebido sob outro olhar e pensamento contratual, sequer democrático e tampouco *eficiente* como vem determinado na Constituição Federal de 1988, no artigo 37.

Com vistas na Portaria Susep 7070/2018 e no PL 8.338/2017, convivem no país duas correntes distintas acerca do Seguro Obrigatório de Proprietários de Veículos: (a) a primeira analisa opções de reformulação das bases vigentes do Seguro DPVAT, mas mantendo a estrutura hoje conhecida; e (b) a segunda propugna pela disrupção total em relação ao modelo atual, colocando o SOAT no lugar do DPVAT, em regime de *livre mercado*, entre outras mudanças substanciais do sistema.

Há vantagens e desvantagens em cada um dos modelos, sendo que a tomada de decisão a respeito não pode se restringir à Susep e tampouco à Caixa, enquanto sucessora da Líder e nem mesmo aos corretores de seguros, com toda a certeza. A discussão deve ser muito mais ampla do que simplesmente apontar um modelo. Muito provavelmente será necessário criar uma *versão intermediária*, a qual poderia contemplar o que há de melhor e que já funciona de maneira comprovada no velho modelo, com a modernização proposta pelo novo, no que couber. Romper simplesmente com o modelo atual, pode não ser a solução mais plausível, até porque o mercado segurador nacional já experimentou outros regimes antes deste, e que também não funcionaram, desde a criação do DPVAT no país com a edição

⁹<https://www.editoraroncarati.com.br/v2/Artigos-e-Noticias/Artigos-e-Noticias/A-SUSEP-sera-transformada-em-Agencia-Reguladora-com-base-no-Projeto-de-Lei-n%C2%BA-5-277-2016.html>

da Lei nº 6.194/74, alterada pelas Leis n.º 8.441/92, 11.482/2007 e pela Medida Provisória n.º 451/2008. O modelo de mercado livre para este seguro, inclusive, já foi testado no Brasil e não se mostrou adequado. Os mais variados modelos existentes pelo mundo afora deveriam ser pesquisados, apesar de o mercado brasileiro sempre preferir criar modelos “domésticos”, ainda que desarticulados com aquilo que há de melhor em outros países, já testados e comprovados no aspecto da eficiência.

O SOAT, segundo o PL em destaque neste texto, não constitui a panaceia para todos os males hoje conhecidos sobre o DPVAT, sem sombra de dúvida. Há lacunas no referido PL, sendo que questões relevantes foram simplesmente ignoradas e que muito provavelmente aflorarão na sequência do rito de apreciação do PL, se de fato acontecer a tramitação desta proposta legislativa.

Determinados temas são de difícil escolha, ou seja, a seleção do melhor modelo que pode conduzir procedimentos em detrimento de outros, sendo que alguns deles também não foram testados, ainda. Exemplos que podem ser destacados nessa discussão:

(a) manutenção de tarifa fixa e independente do perfil individual de cada risco, cujo mecanismo está muito mais próximo do imposto ou tributo, do que da concepção real do prêmio de seguro. A natureza compulsória da contratação e o papel social deste tipo de seguro, todavia, em princípio validaria a instituição de prêmios diferenciados apenas por categorias ou tipos de veículos;

(b) a determinação de prêmios pelo Poder Público é algo incompatível com a operação do seguro, notadamente pelo fato de que a atividade é desempenhada pela iniciativa privada, essencialmente. A prática tem demonstrado no Brasil que o *tabelamento de preço*, em qualquer setor, não é compatível com o livre comércio de bens e serviços. De qualquer maneira é muito mais razoável admitir que o Legislativo determine valores mínimos de garantias para *danos pessoais* (e porque não também para os *danos patrimoniais*) iniciais em seguros obrigatórios, do que os próprios agentes da atividade privada, mesmo quando regulados pela Susep, que é hoje um órgão subordinado ao Poder Executivo;

(c) uma vez mantida a padronização dos clausulados de coberturas, o valor agregado que a livre concorrência poderia impor seria totalmente neutralizado, deixando de beneficiar os consumidores do país, notadamente em face da prática muito recente, ou seja, a imposição desmedida da Susep em relação às bases contratuais dos seguros nacionais¹⁰;

¹⁰ O processo de flexibilização das condições contratuais teve início apenas em 2020, culminando com a divulgação das Circulares Susep 621/2021 (seguros de danos – massificados); Circular Susep 637/2021

(d) a monopolização da operação conforme ela é exercida hoje parece evidenciar que há margem de ganho e lucratividade muito maior do que se ela fosse aberta para a concorrência de vários atuantes. No entanto, não pode ser desprezado o fato de que muito provavelmente as Seguradoras não terão interesse na operacionalização individualizada do SOAT, assim como já demonstraram não ter com o DPEM¹¹;

(e) a abertura do DPVAT/SOAT pode propiciar que as regiões menos desenvolvidas do amplo território nacional sejam abandonadas pela iniciativa privada, ficando os proprietários de veículos sem acesso ao seguro obrigatório;

(f) a intermediação na contratação do SOAT, se compulsória, não atrelaria valor agregado, na maioria das vezes, mas apenas mais custo na operação, onerando desnecessariamente os consumidores de seguros. Em face da modernidade nos meios de comercialização dos seguros no mundo e também no país, a nova legislação, se for promulgada, deveria deixar *sob única e exclusiva vontade dos consumidores interessados* pelo seguro, realizá-lo com ou sem a presença do corretor de seguros, banido qualquer tipo de compulsoriedade, não mais bem-vinda e justificada neste novo século de alta tecnologia de informação e acesso a serviços. O atual DPVAT já prescinde do corretor de seguros, em que pese o fato de que havia acordo com a Seguradora Líder e os Sindicados dos Corretores de Seguros do país, com repasse de parte da produção do referido seguro para eles. A justificativa, neste sentido, se lastreava na narrativa de que os corretores orientavam os segurados, assim como os beneficiários do seguro no momento seguinte ao do sinistro e na busca das indenizações cabíveis, impedindo, inclusive, a ação de outros intermediários os quais, muitos deles, fraudavam e continuam fraudando as operações, em prejuízo exclusivo das vítimas. Não parece, contudo, que a intermediação de corretores possa ser considerada *sine qua non* em seguros do tipo examinado. Ao contrário, deve ser rompido este paradigma da compulsoriedade em qualquer modelo de seguro nacional. Há vários procedimentos espúrios que interferem na operação e passam também pela leniência que existe no Brasil

(seguros do grupo responsabilidades); Resolução CNSP 407/2021 (seguros de danos – grandes riscos); Circular Susep 639/2021 (seguros do grupo automóvel). Neste novo cenário, a Susep colocou em pauta a possibilidade de o seguro de RC Automóveis, até então relacionado diretamente a um determinado veículo segurado, se expandir para a garantia da responsabilidade civil do condutor – Seguro de Responsabilidade Civil Facultativa para Condutores de Veículos Automotores (RCFC), conforme a Circular Susep 639, de 09 de agosto de 2021.

¹¹ O seguro DPEM foi instituído pela Lei nº 8.374, de 30/12/91, que em seu artigo 1º alterou a alínea "I" do artigo 20 do Decreto-Lei nº 73, de 21/11/66. Tem por finalidade dar cobertura aos danos pessoais causados por embarcações ou por sua carga às pessoas embarcadas, transportadas ou não transportadas, inclusive aos proprietários, tripulantes e condutores das embarcações, independentemente da embarcação estar ou não em operação.

em relação a advogados inescrupulosos e que continuam operando livremente, também nos procedimentos administrativos indenizatórios do DPVAT. A discussão, portanto, tem lastro muito maior do que a base de alegação feita pelos Sindicatos de Corretores de Seguros do país;

(g) o PL manteve a natureza jurídica do SOAT da mesma forma encontrada no DPVAT, ou seja, o risco é de *responsabilidade civil* decorrente da *existência, uso e conservação de veículos terrestres motorizados em vias públicas*, enquanto a garantia do seguro está estruturada na base de *seguro de danos pessoais*. Essa concepção contrasta com a modernidade, sendo que na maioria dos países o seguro pela circulação de veículos sempre foi efetivamente de *responsabilidade civil* e não de *danos pessoais*, assim como foi introduzido no Brasil, quase que em regime exclusivo, a partir da edição do Decreto-Lei n.º 814, de 04.09.1969, o qual limitou o seguro obrigatório de “responsabilidade civil de veículos automotores de vias terrestres” às reparações por *danos pessoais*. Na ocasião, pela discrepância existente em relação à legislação, uma vez que o Código Civil de 1916 vigente consagrava a *responsabilidade civil subjetiva*, ou seja, eram necessárias a investigação e a prova da culpa para a devida responsabilização do infrator, a lei que tratou do seguro obrigatório e as condições padronizadas da cobertura determinadas pelo CNSP (Resolução 25/1967), abarcaram a *responsabilidade objetiva* em face da teoria mais precisa do *risco criado*, o que certamente propiciou toda a sorte de conflitos na operação. O mencionado DL 814/69 modificou as bases do seguro, reduzindo drasticamente o seu escopo, sendo que novas bases contratuais foram expedidas pela Resolução CNSP 11/1969, consolidando o mesmo objetivo¹². Importante destacar, ainda, que naquela ocasião, o Código Civil vigente, fruto do pensamento oitocentista que reinava no ocidente e com índole iminentemente *patrimonialista e voluntarista*, sequer cogitava dos direitos *extrapatrimoniais* com o mesmo destaque e importância encontrada atualmente (*danos morais*, por exemplo). A própria nomenclatura “danos pessoais” trazia com ela conceitos muito mais reducionistas e conservadores, se comparados ao movimento que se seguiu e que desconstruiu completamente essa concepção ultrapassada do Direito Civil. O novo Código Civil de 2002, através de seu artigo 927, § único, consagra o princípio da *responsabilidade civil sem culpa*, objetiva, certamente se aplicando também e *necessariamente* ao *risco da circulação de veículos*. Diante desta perspectiva legislativa, razão maior para o novo seguro

¹² Leia mais: BRANCO, Elcir Castello. *Do Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro e São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1971.

DPVAT/SOAT ser recepcionado pelo novo ordenamento, ultrapassadas que estão e há muito tempo, as razões que levaram o DPVAT a ser reduzido a um mero seguro de danos pessoais no país e desarticulado dos seguros de responsabilidade civil. Não há mais como se desvencilhar do estudo e análise deste tema, neste momento crucial do mercado segurador nacional, na medida em que o mesmo mercado se propôs a inovar nas bases de comercialização do seguro obrigatório da circulação de veículos. Na hipótese de a concepção muito mais moderna ser acolhida, o RCFV – Seguro Facultativo de Responsabilidade Civil de Veículos, comercializado no Brasil justamente em face das inconcretudes das bases encontradas no DPVAT, desde a sua criação, perderia a hegemonia que detém atualmente, na medida em que o seguro obrigatório faria as vezes do facultativo, de forma muito mais apropriada. As Seguradoras do mercado nacional, sob esta perspectiva, teriam também muito mais interesse em operar com o seguro obrigatório de circulação de veículos, sendo que esta certeza não pode ser afirmada se forem mantidas as bases do DPVAT no eventual SOAT.

No tocante ao repasse de parte significativa dos prêmios do DPVAT e também no SOAT (artigos 15 e 16 do PL) a outras Entidades não tomadoras de riscos de seguros, requer a apresentação de comentários particularizados, em face da relevância do tema. O atual regime de repasse não se justifica sob qualquer pretexto. Se houver excedentes nos prêmios arrecadados e representados pela produção e lucratividade das carteiras correspondentes aos seguros obrigatórios, cabe às Seguradoras revertê-los aos próprios segurados, reduzindo o valor dos prêmios das renovações, ampliando a concessão de coberturas e afins, mas não os repassar a outrem, alheio à operação. Este princípio rege toda e qualquer operação de seguros, obrigatórios ou facultativos. Permeia, portanto, aquilo que se convencionou chamar de “justiça distributiva”, a qual se apresenta como dever-anexo nas operações de seguros, notadamente naqueles de caráter social, assim como se apresenta o DPVAT/SOAT. Em resumo, deve ser repudiada qualquer proposição legislativa que preveja a distribuição de prêmios arrecadados a partes alheias às seguradoras e segurados.

Apenas Governos autoritários desprezam os princípios inerentes à atividade seguradora privada, aproveitando o cochilo do Legislativo ou mesmo a omissão deliberada deste por força do regime, enquanto o ordenamento acaba acolhendo norma extravagante, desprovida de eficácia sob o filtro mais apurado da lógica que deve estar subsumida na lei, seja qual for ela. A narrativa encontrada é no sentido de que o SUS acaba atendendo os acidentados automobilísticos do país e sem aparelhamento que possa lhe permitir a busca da indenização devida junto ao seguro obrigatório, assim como o Constran que deve receber

verba para intensificar campanhas publicitárias de prevenção e proteção de acidentes automobilísticos, certamente não convence mais ninguém, por mais altruísta que seja. O resultado se mostra neutro e jamais passou pela informação devida àquela parcela da sociedade, representada pelos proprietários de veículos, à qual é determinado um *imposto* ou *tributo* adicional que acaba não revertendo utilmente para o universo das vítimas dos acidentes de trânsito. Junto a esses repasses, os valores destinados aos Sindicatos dos Corretores de Seguros e também à Escola Nacional de Negócios e Seguros – atualmente suspensos, desconfiguravam completamente o conceito de contrato de seguro, mormente do *prêmio de seguro*, cuja parcela é devida pelo Segurado à Seguradora em face do risco tomado por ela, diante do legítimo interesse segurado. Comutatividade presente: *prestação imediata pela Seguradora* na garantia do risco predeterminado e a contraprestação representada pelo *pagamento do prêmio* pelo Segurado. O repasse a outras entidades não se justifica, de maneira alguma, notadamente para países que pretendem ultrapassar as linhas do pensamento atrasado, alinhando-se aos mercados de seguros mais desenvolvidos do planeta.

O PL 3.555/2004, atual PLC 29/2017 (do contrato de seguro), trazia no seu artigo 128, que acabou suprimido na sua redação final, regra muito importante e esclarecedora: “*é vedada a utilização dos prêmios arrecadados com seguros obrigatórios para pagamentos a quem não seja a vítima ou seu beneficiário, salvo os custos da seguradora, operacionais e comerciais, desde que previstos nas respectivas notas técnicas e atuariais*”.

A exegese contida na mencionada norma legal, *suprimida* no atual PL 29/2017, é bastante simples e contundente: *o prêmio do seguro deve ser a justa medida do risco e dos encargos administrativos e fiscais que a Seguradora apresenta quando toma para ela a obrigação de garantir interesses dos segurados*. O repasse a outras entidades, alheias ao conceito de tomador de riscos, constitui prática espúria e juridicamente condenável, devendo ser afastada, peremptoriamente, no Brasil. Os segurados devem pagar o preço justo pelos seus riscos segurados, nem mais e nem menos. Não se coaduna com a pós-modernidade o repasse, quase desmedido, representado por *parafiscalidade* indevida e criada por políticos que desconhecem a técnica subjacente aos contratos de seguros, privados ou públicos. Não é desta forma que as entidades governamentais devem ser providas, de maneira sub-reptícia, sem informação adequada, inclusive, para os cidadãos pagadores. Em Portugal, há questionamento doutrinário acirrado em relação a determinadas taxas impostas pelo Estado às Seguradoras e como destinatário dessa receita o ISP – Instituto de Seguros de Portugal, na medida em que os próprios segurados acabam pagando por este tributo extraordinário e

sem que, individualmente, tenham algum tipo de contraprestação devida. Neste sentido, Rogério Ferreira e João Mesquita determinam que “*não é quem paga tal montante quem, directa e especificamente, beneficia das prestações dos mesmos (o que talvez devesse justificar que muitas dessas receitas fossem substituídas por dotação orçamental), pelo que a forma de previsão e exigências de tais tributos, bem como da possibilidade e fixação do seu montante (v.g. por mera portaria), é de duvidosa constitucionalidade, por desrespeito da reserva de lei formal constitucionalmente prevista*”¹³. Respeitada a semelhança dos temas aqui retratados, fácil concluir que o cidadão comum não pode contribuir, de maneira indireta, para a manutenção de entidades estatais, as quais deveriam ser mantidas exclusivamente através de dotação orçamentária. No tocante às *entidades privadas*, que não as próprias tomadoras de riscos – as Seguradoras, sequer haveria como cogitar delas na condição de beneficiárias do produto dos prêmios de seguros em face dos princípios gerais democráticos do Direito. O Brasil e o mercado segurador brasileiro, portanto, devem avançar neste sentido, urgentemente.

O já citado PL 3.555/2004 previa outros dispositivos importantes e relativos à discussão do tema deste texto, como o artigo 127: “*as garantias dos seguros obrigatórios terão conteúdo e valor mínimos que permitam o cumprimento de sua função social, devendo o órgão regulador competente, a cada ano civil, rever o valor mínimo das garantias em favor dos interesses dos segurados e beneficiários*”. Na redação atual do PLC 29/2017, as balizas normativas foram bastante reduzidas no correspondente artigo 123: “*as garantias dos seguros obrigatórios terão conteúdo e valores mínimos que permitam o cumprimento de sua função social*”. Em que pese o fato de os órgãos reguladores no Brasil nem sempre estarem aptos ou devidamente esclarecidos para determinarem situações tão importantes como essas, a previsão legal de continuidade e atualização dos valores se mostra certamente fundamental, de modo a não permitir que os próprios regulados, no caso as Seguradoras, determinem algo que se reveste de interesse muito mais coletivo do que corporativo. O Órgão Regulador se de fato estivesse composto fundamentalmente sob princípios da pós-modernidade (*direção contratada de forma profissional e ampla, tempo determinado de mandato, política de gestão publicizada, representantes da sociedade especializada no conselho gestor, execução da política de Estado referente ao setor e não partidária de*

¹³ FERREIRA, Rogério M. Fernandes. MESQUITA, João. *A Parafiscalidade na Actividade Seguradora*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 57.

Governo, etc.), poderia sim representar e tutelar da forma que convêm os interesses sociais neste tipo de seguro.

As mencionadas balizas contidas nos artigos 127 e 128 do PL 3.555/2004 não poderiam deixar de existir no ordenamento nacional, na medida em que a produção legislativa sempre se mostra desarticulada com os reais objetivos dos seguros no país, muito provavelmente pela completa falta de cultura nacional sobre esta ferramenta de garantia à sociedade. Deste modo, tem sido comum a propositura da distribuição farta do resultado da comercialização dos seguros a entidades variadas e como se fosse essa a função social dos seguros obrigatórios. Nada mais injusto com aqueles que pagam os prêmios, os consumidores-segurados de determinadas categorias de riscos, os quais acabam sendo onerados duplamente nesta tributação indireta. As Entidades públicas devem ser providas por contingenciado orçamentário do Estado e não pelos particulares, de forma indireta. Na linha de entendimento enviesado a respeito da função social dos seguros obrigatórios, são encontrados, repise-se, projetos de leis nas diversas áreas, sendo que na ambiental é bastante recorrente essa malograda tentativa. Projetos propugnam pela distribuição de partes significativas da arrecadação dos prêmios de seguros ambientais, enquanto obrigatórios, para a União, aos Estados e a Municípios, além do Fundo Nacional de Direitos Difusos, o qual, por si só, já comportaria modificações substanciais na sua estrutura, funcionamento e funções, pois que o modelo atual nunca atendeu aos cidadãos, deixando de cumprir a sua finalidade institucional. Completo e recorrente desconhecimento da matéria seguros, por todos os parlamentares nacionais. Raramente verifica-se a menção ao seguro na condição, entre outras, de *garantias financeiras* que poderiam ser exigidas dos empreendedores: *caução bancária, constituição e segregação de capital próprio em face de ocorrências catastróficas, seguro*. Este padrão, internacional, assim como foi utilizado na União Europeia desde a promulgação da Diretiva 2004/35/CE, deveria pautar os PL's do Congresso Nacional, nos mais variados setores e proposições legislativas.

Por ser oportuna a discussão também deste tema, o PL 8.338/2017 (SOAT), manteve as garantias de Morte, Invalidez Permanente – total ou parcial e o reembolso das Despesas de Assistência Médica e Suplementares, sem qualquer perspectiva de inovação, há tempo requerida, mesmo no DPVAT. Abraçou, portanto, o modelo conservador de Seguro de Danos Pessoais ao invés do Seguro de Responsabilidade Civil e, mesmo assim agindo, desconsiderou qualquer possibilidade de redefinição dos termos, atualmente muito mais amplos na própria doutrina, ordenamento jurídico e jurisprudência dos tribunais. Os

conceitos compreendidos por esses termos, portanto e conforme o mencionado PL, não mais correspondem às necessidades encontradas no ordenamento jurídico, carecendo de reformulação neste tipo de seguro e nos demais que se envolvem com eles: seguros de pessoas, seguros de responsabilidade civil, etc. Para Brandimiller, na sua magnífica obra-conceito, a nomenclatura utilizada pelo mercado segurador nacional se mostra desprovida de técnica adequada, em vários sentidos. O autor se refere, por exemplo, ao termo “invalidez parcial” no sentido de que “*o indivíduo é inválido ou não é inválido, não existe meio-termo*”¹⁴. Para o termo “invalidez permanente”, o mesmo autor comenta: “*trata-se de redundância, pois invalidez é uma condição definitiva: não existe temporariamente inválido*”¹⁵. A nomenclatura das apólices brasileiras precisa ser revisitada, *urgentemente* e de modo que os conceitos sejam amoldados à contemporaneidade do Direito e dos interesses da sociedade consumidora de seguros.

Entre os portugueses, por força das determinações comunitárias da União Europeia, o tema acerca das coberturas e do cálculo do montante indenizatório dos *danos corporais* em seguros obrigatórios de acidentes automobilísticos evoluiu bastante, se comparado ao padrão atual brasileiro. A partir da Diretiva 2005/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11.05.2005¹⁶, resultado do esforço europeu para harmonizar as diferentes posições encontradas nos Estados-Membros em relação à circulação de veículos automotores, Portugal sancionou o Decreto-Lei n.º 352/2007, de 23 de outubro, o qual

¹⁴ BRANDIMILLER, Primo Alfredo. *Conceitos Médico-Legais para Indenização do Dano Corporal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 295.

¹⁵ Idem, p. 295.

¹⁶ Nas considerações apresentadas na Diretiva 2005/14/CE, há expressa menção ao fato de que “*um montante mínimo de cobertura de 1.000.000 de euros por vítima ou de 5.000.000 de euros por sinistro, independentemente do número de vítimas, afigura-se razoável e adequado.*” (item 10). Os comparativos nacionais, quer do DPVAT (tabelado oficialmente), quer do Seguro Facultativo de RC Veículos (limites contratados livremente pelos segurados), se mostram tão tímidos em termos de valores, que sequer se aproximam do paradigma europeu, deixando patente o *grau de subdesenvolvimento* da sociedade brasileira, de maneira incontestável. O legislador nacional tem papel preponderante nesta seara e de modo a impulsionar o desenvolvimento dos Seguros de RC Veículos através de moldes muito mais consentâneos com a contemporaneidade e a evolução do Direito, numa espécie de giro conceitual necessário. Simplesmente ignorar este tema, deixando de analisá-lo completamente e sob todos os aspectos concernentes, não resolverá as questões que se produzem no cotidiano. Alegar, ainda, que os *brasileiros não estão preparados* para a admissão de exigências mais concretas, particularmente em termos de limites mínimos de coberturas compulsórias, também não atende à realidade dos fatos, mesmo porque nem todos os proprietários de veículos no país contratam o DPVAT na forma como o seguro se encontra, ainda que os limites sejam irrisórios e acompanhados de prêmios também reduzidos. Essa realidade factual já existente – apesar da perpetuação do modelo ultrapassado, em tese não seria modificada e não pode, portanto, servir de justificativa para não ser tentada a modernização do modelo. O antigo e inicial RCOVAT (Seguro de Responsabilidade Civil Obrigatório de Veículos Automotores de Vias Terrestres), durou no país pouco tempo, sendo que ele garantia até mesmo os Danos Materiais. O mercado segurador nacional o transformou no DPVAT, com supressão da garantia dos Danos Materiais e da natureza de seguro de responsabilidade civil, cujo modelo estigmatizado e impróprio vigora até o momento, inexplicavelmente.

publicou a Tabela Nacional para Avaliação de Incapacidades Permanentes em Direito Civil. O Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de agosto, determinou o regime jurídico do procedimento de *oferta razoável*, da qual consta a avaliação do *dano corporal*, com regulamentações feitas pelas Portarias n.º 377/2008 e 679/2009, ambas da Secretaria de Estado do Tesouro e Finanças de Portugal. A mencionada *oferta razoável*, cujos critérios de valoração constam das Portarias, “*fixam, nesta medida, apenas valores mínimos de proposta razoável, mesmo quando referenciam ‘até’ ou um intervalo de valores. (...) Nada impede que os seguradores aumentem os valores ou alterem os critérios legalmente previstos, desde que sejam mais favoráveis ao lesado*”¹⁷. A jurisprudência portuguesa, a respeito dos critérios determinados pela legislação citada, tem sido uníssona no sentido de que a oferta não é vinculativa em sede judicial, servindo apenas como uma *primeira proposta* de composição dos danos havidos.

Não é à toa que em Portugal praticamente foi abandonada a utilização da Tabela Nacional de Incapacidades por Acidentes do Trabalho, privativa dessa área do Direito, para adotar os mesmos critérios utilizados em acidentes automobilísticos, esses sim muito mais condizentes com a valoração das perdas e danos sofridos pela vítima na contemporaneidade.

O próprio Glossário constante da Portaria n.º 377/2008 portuguesa, deixa transparente a abrangência do tema, em todos os seus aspectos: *avaliação do dano corporal; cura; dano biológico; dano-consequência; dano corporal; dano da dor; danos estético; dano evento; dano futuro; dano moral; dano morte; dano não patrimonial; dano patrimonial; dano patrimonial emergente; dano patrimonial futuro; dano permanente; dano potencial; dano temporário; incapacidade permanente; incapacidade permanente absoluta; incapacidade permanente parcial; incapacidade temporária; incapacidade temporária geral; incapacidade temporária profissional; prejuízo de afirmação pessoal; quantum doloris; sequelas funcionais; sequelas situacionais*.

O Brasil e o Mercado Segurador nacional precisam avançar neste mesmo sentido, ampliando e modernizando a utilização dos critérios para a cobertura e a valoração dos *danos pessoais*¹⁸. Os paradigmas existentes não estão perfeitamente conformes com o Direito

¹⁷ GASPAR, Cátia Marisa. RAMALHO, Maria Manuela. *A Valoração do Dano Corporal*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 16.

¹⁸ POLIDO, Walter A. *O estágio atual da cobertura para Danos Pessoais (Corporais) nos contratos de seguros de responsabilidade civil no Brasil. Novos danos e(ou) novos direitos*. São Paulo: Roncarati e Conhecer Seguros, 2020. Disponível em e-book gratuito www.editoraroncarati.com.br; www.conhecerseguros.com.br; www.polidoconsultoria.com.br | POLIDO, Walter A. Danos Pessoais sofridos por empregados do segurado durante a circulação de veículos: aspectos jurídicos e técnicos das coberturas. In: TZIRULNIK, Ernesto.

contemporâneo, notadamente em razão da doutrina jurídica pós-moderna, a qual valoriza o Homem, com supremacia. Não será feita a justiça, plenamente, toda vez que o *quantum debeat* for estratificado com base apenas na remuneração recebida pela vítima, antes do sinistro. Não há meio termo nessas considerações. Na preleção de Perlingieri, colmatando o pensamento aqui expresso, “a avaliação equitativa prescinde do rendimento individual ou pro capite e concerne às consequências que o dano produz nas manifestações da pessoa como mundo de costumes de vida, de equilíbrios e de realizações interiores”¹⁹. A pessoa, portanto, não pode mais ser valorada com base apenas na sua condição de *ser laboral* e como se essa perspectiva fosse suficiente para compreendê-la, *integralmente*.

Feitas as considerações contidas neste texto, e na linha de entendimento que elas circunscrevem, pode ser aferido que o PL 8.338/2017 não se encontra concluído, de forma alguma. O Legislativo tem o dever de analisar e contemplar os novos paradigmas, de modo a propiciar o *giro conceitual* existente, antes mesmo de simplesmente romper com o modelo DPVAT atual, nada inovando a respeito das coberturas do seguro e de suas respectivas abrangências, com completo desprestígio aos beneficiários diretos da pretensa nova legislação: *os cidadãos brasileiros*. Não cabe apenas às Seguradoras e aos Corretores de Seguros escolherem o modelo que eles julgam mais adequado. O tema é muito mais amplo do que este pequeno círculo de interesses. Deve ser melhor debatido, portanto, sendo que o Mercado de Seguros tem a obrigação singular da divulgação do assunto a todos os interessados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANCO, Elcir Castello. *Do Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro e São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1971.

BRANDIMILLER, Primo Alfredo. *Conceitos Médico-Legais para Indenização do Dano Corporal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018,

FERREIRA, Rogério M. Fernandes. MESQUITA, João. *A parafiscalidade na atividade seguradora*. Coimbra: Almedina, 2012

GASPAR, Cátia Marisa. RAMALHO, Maria Manuela. *A Valoração do Dano Corporal*. Coimbra: Almedina, 2012

JNS – Jornal Nacional de Seguros, n. 307, São Paulo, maio de 2018, p. 8.

BLANCO, Ana Maria. CAVALCANTI, Carolina. XAVIER, Vítor Boaventura. (orgs) *Direito do Seguro Contemporâneo. Edição Comemorativa dos 20 anos do IBDS*. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 275-304.

¹⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 808.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

POLIDO, Walter A. *O estágio atual da cobertura para Danos Pessoais (Corporais) nos contratos de seguros de responsabilidade civil no Brasil. Novos danos e(ou) novos direitos*. São Paulo: Roncarati e Conhecer Seguros, 2020. Disponível em e-book gratuito www.editoraroncarati.com.br; www.conhecerseguros.com.br; www.polidoconsultoria.com.br

POLIDO, Walter A. Danos Pessoais sofridos por empregados do segurado durante a circulação de veículos: aspectos jurídicos e técnicos das coberturas. In: TZIRULNIK, Ernesto. BLANCO, Ana Maria. CAVALCANTI, Carolina. XAVIER, Vítor Boaventura. (orgs) *Direito do Seguro Contemporâneo. Edição Comemorativa dos 20 anos do IBDS*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

POLIDO, Walter A. *SOAT - Seguro Obrigatório de Acidentes de Trânsito - Projeto de Lei n.º 8.338/2017 - é razoável a proposta legislativa na forma que ela se apresenta ou não?*, In: <<editoraroncarati.com.br>> Colunistas - Walter Polido. Também disponível em: <www.ibds.com.br>; <www.polidoconsultoria.com.br> Último acesso em 05.11.2021