



BREVE ENSAIO SOBRE O PRINCÍPIO DO MUTUALISMO, A FORÇA DA SUBROGAÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA PARA O RESSARCIMENTO

O seguro tem por finalidade reestabelecer o equilíbrio econômico perturbado. Por isso se diz que o seguro *“é uma operação pela qual, mediante o pagamento de uma pequena remuneração, uma pessoa, o segurado, se faz prometer para si próprio ou para outrem, no caso de um evento determinado, a que se dá o nome de risco, uma prestação de uma terceira pessoa, o segurador, que assumindo um conjunto de riscos, os compensa de acordo com as leis da estatística e o princípio do mutualismo”*.¹

Interessa aqui o estudo do princípio do mutualismo. E não apenas seu estudo conceitual, mas sua importância para a saúde do negócio de seguro, o sucesso do ressarcimento em regresso e a justiça da negativa de pagamento de indenização, quando o caso pedir.

Possui o seguro três características distintas: previdência, incerteza e mutualismo.

Tão importante é o mutualismo que, mais do que uma característica, é princípio informador do negócio de seguro.

E o que é o mutualismo?

No seguro é *“a união de pessoas, com interesses seguráveis comuns, que concorre para a formação de uma massa econômica, com a finalidade de suprir, em determinado momento, necessidades eventuais de algumas daquelas pessoas”*.²

Pode-se imaginar o princípio do mutualismo a partir da famosa frase que Alexandre Dumas cunhou aos Três Mosqueteiros e a D'Artagnan: *“Um por todos e todos por um”*. Eis a síntese do mutualismo, com uma espécie de selo não oficial, porém marcante.

Fez **Isabela Cristina Karkache**³ um interessante comentário a respeito dele: *“O princípio surgiu no Oriente Médio, e consiste, resumidamente, na contribuição de todos para o benefício individual de cada um dos contribuintes. É o compartilhamento das perdas e danos. O contrato de seguro se baseia neste princípio, ao ponto que o que um contribuinte faz, prejudica todos os contribuintes. (...) Basicamente, o princípio do mutualismo protege a seguradora de prejuízos - que são sempre compensados pelos próprios contribuintes. Nesta questão, entra também o princípio da boa-fé, visto que se as declarações de todos os contribuintes são sinceras, o risco é pré-determinado e, assim, o pagamento do prêmio também.”*

¹ Hermard, Joseph, *Introdução ao Seguro*, 2ª ed. – Rio de Janeiro: FUNENSEG, 1999, p. 15

² Op. Cit., p. 16

³ <https://jus.com.br/artigos/44814/a-boa-fe-e-o-principio-do-mutualismo-nos-contratos-de-seguro>



O grande autor **Pedro Alvim**⁴ ensina que *“Amadureceu, muito cedo, no espírito humano a importância da solidariedade, como fator de superação das dificuldades que assombravam a vida de cada um ou da própria comunidade. Percebeu-se que era mais fácil suportar coletivamente os efeitos dos riscos que atingiam isoladamente as pessoas. O auxílio de muitos para suprir as necessidades de poucos amenizava as consequências danosas e fortalecia o grupo. A mutualidade era, pois, uma condição altamente proveitosa para a coletividade sujeita aos mesmos riscos.”*

Vê-se, sem muito esforço, que a ideia de coletividade, a perspectiva de interesses comuns, o conceito de coletividade, tudo isso está presente na gênese do seguro.

Tanto que **Pedro Alvim**⁵ prossegue a dizer, com excelência, que foi *“a mutualidade que serviu de suporte a todos os sistemas de prevenção ou de reparação de danos, oriundos de riscos que interferem na atividade humana. Durante muitos séculos, esses sistemas tiveram organização simples, pois se limitavam a providências de socorro imediato àqueles que fossem atingidos por eventos danosos. Todo o grupo, por força da solidariedade, contribuía com sua participação em espécie ou em dinheiro para reparar as condições do companheiro, lesado em seus interesses materiais ou em sua saúde.”*

Magnífico, não?

Impossível não remeter ao conceito de companhia, nascido no Direito Medieval, sob influência do cristianismo: *“et cum panis”*, os que se sentam à mesma mesa e entre si repartem o pão.

Remição anacrônica, eis que se pode dizer que, de algum modo, o negócio de seguro e o princípio do mutualismo, muito anteriores, que em verdade influenciaram a formação das companhias.

Diante de todas essas considerações é que se afirma: o mutualismo é um fenômeno social, talvez o maior entre todos que reclamam adjetivação. Sendo fenômeno social, há todo sentido do mundo em enfatizar a função social do negócio de seguro, para a legítima proteção dos direitos e interesses do mútuo, do colégio de segurados.

Tão imbricado é o mutualismo na anatomia do segurado, e tamanha é a função social do negócio, que o maior estadista britânico de todos os tempos, **Sir Wiston Churchill**, disse: *“Se me fosse possível, escreveria a palavra seguro no umbral de cada porta, na frente de cada homem, tão convencido estou de que o seguro pode, mediante um desembolso módico, livrar as famílias de catástrofes irreparáveis.”*

O apelo de Churchill é tamanho que este modesto ensaio poderia terminar por aqui. Mas a ousadia recomenda mais.

⁴ O contrato de seguro, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999, p. 2

⁵ Idem, ibidem.



É muito importante entender que uma seguradora nunca defende apenas a si mesma, seus direitos e interesses. Ao posicionar-se, defende igualmente os do mútuo, os dos seus segurados e beneficiários, diretos e indiretos.

Ao negar o pagamento de uma indenização por razão justa, a Seguradora não prejudica um segurado ou algum beneficiário. Pelo contrário: preserva os direitos de todos, pois um pagamento indevido, irregular, causa dano ao conjunto de segurados.

Isso muitas vezes é ignorado pelas pessoas, e daí surgem estereótipos negativos do mercado segurador.

Só que, além da coletividade imediata, tipificada no princípio do mutualismo, a coletividade mediata também possui interesse em que o negócio de seguro se mantenha saudável. Sua dimensão social, sua finalidade de reestabelecer o equilíbrio econômico a todo mundo interessam.

E isso se dá de modo muito especial, quando as luzes se lançam sobre a sub-rogação e o ressarcimento em regresso. Direito poderosíssimo, a sub-rogação nos direitos do segurado enseja a busca do ressarcimento e, conseqüentemente, um vasto e fértil campo de circunstâncias e perspectivas.

Circunstâncias e perspectivas acompanham a jornada de dos nós e em tudo, inclusive no Direito. Como não lembrar da mais famosa máxima do grande **José Ortega y Gasset**: "*O homem é o homem e a sua circunstância*".?

As palavras do famoso pensador espanhol empregam-se muito bem para a sub-rogação e o ressarcimento.

Traz a circunstância da sub-rogação muitas e diferentes perspectivas sobre o ressarcimento, seu impacto no negócio de seguro e sua incomensurável importância.

É pela sub-rogação que se exerce o ressarcimento, e é por este que se garante a higidez do seguro, protegendo os legítimos interesses dos segurados e da sociedade em geral ao obrigar o causador do dano a reparar integralmente o que deve.

A sub-rogação é "*típica dos seguros de coisas e seguros financeiros, ou seja, aqueles seguros em que o objetivo é o pagamento de uma indenização proporcional ao dano ou ao prejuízo do segurado. (...) O titular de um bem deve escolher entre reivindicar a reparação do dano diretamente a reparação do dano diretamente ao causador ou optar pelo recebimento da reparação de seu segurador*".⁶

Classicamente, define-se a sub-rogação como o efeito do pagamento que permite a uma pessoa substituir outra em direitos e obrigações próprios de dada relação jurídica, com as limitações que a lei impuser. Pode ser convencional, quando resulta da vontade das partes, e legal, quando originada diretamente da lei.

Neste ensaio, o que interessa é a sub-rogação do segurador. A **Real Academia Espanhola**, por meio do **Conselho Geral do Poder Judiciário**, assim a define: "*Situación del*

⁶ Direito do Seguro, 8ª. ed. – Rio de Janeiro: Funenseg, 2006, p. 58



asegurador que paga la indemnización al asegurado y se sub-roga em los derechos y acciones que, por razón del sinistro, correspondiran a aquel frente a terceras personas responsables del mismo y hasta el limite de la indemnización pagada. LCS, art. 43.”⁷

Definição que é acadêmica, vocabular e ao mesmo tempo legal, eis que presente na Lei de Seguros do país. Tamanho é seu valor que, mais do que uma figura legal, nela habita um princípio.

É exatamente o que diz **Maurício S. Gravina**⁸: *“Se trata de um principio de proporcionalidade y reequilíbrio de la posición de las partes frente ao contrato, a los daños causados y a su reparación. (...) Como consecuencia del contrato de seguro y del pago del sinistro, el asegurador cuenta com determinados derechos y acciones contra el tercero causador de los daños.”*.

E **Gravina**⁹, citando o doutrinador italiano **Cesare Vivante**, ainda nos diz: *“L’assicuratore é surrogato in tutti i diritti che competeno all’assicurato verso i terzi per causa del danno”*.

E é por meio desse princípio, dessa figura, que o ressarcimento se faz presente e, com ele, a materialização de muita coisa boa.

A primeira delas é o perfeito reconhecimento da transmissão de direitos e ações.

Pela sub-rogação, o segurado transfere ao segurador todos os seus direitos e ações contra o causador do dano que originou a indenização de seguro.

No Brasil, essa transferência não decorre apenas do contrato de seguro, em que existe semelhante disposição. Antes de tudo, é a lei que o determina. Fala-se exatamente do 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*].

Muito convém enfatizar que o Código Civil brasileiro é taxativo ao dispor que apenas direitos e ações se transmitem pela sub-rogação. Entendido da melhor forma, significa dizer que o segurador não absorve nenhum ônus, obrigação personalíssima ou pacto procedimental originalmente imposto ao segurado ou por este aceito.

Naturalmente há quem discorde. Mas não quer parecer a interpretação mais correta do Direito.

Não se trata, pois, de um apego exagerado ao formalismo literal da regra, mas de inteligência sistêmica da ordem jurídica, levando em conta até mesmo a ontologia do instituto. Ora, se ônus fossem também transferíveis, qual a razão de ser da sub-rogação e do exercício de direitos e ações?

⁷ Diccionario del Español Jurídico (Santiago Muñoz Machado), Real Academia Española, 2016, Espasa Libros: Barcelona, p. 1545

⁸ Princípio jurídicos del contrato de seguro. – 1ª ed. – Buenos Aires-Madrid-México: Ciudad Argentina-Hispania Libros, 2015, p. 147.

⁹ Idem Ibidem



O segurador pode e deve se beneficiar dos direitos e ações; e já que o próprio instituto da sub-rogação foi criado para beneficiar o pagante, este não pode de modo algum ser prejudicado por interpretações que lhe impute ônus de qualquer espécie.

Trata-se de algo presente no *cover* da definição do instituto, como bem exposto na citação da Real Academia Espanhola um pouco antes reproduzida (*Situación del asegurador que paga la indemnización al asegurado y se sub-roga em los derechos y acciones*). Qualquer que seja a definição, acadêmica ou legal, a ideia presente será sempre a de transmissão apenas de direitos e ações, nunca ônus, de qualquer condição restritiva de direitos, ainda que eventualmente válidas e eficazes ao segurado, transmitente.

Com isso não se quer premiar o casuísmo nem se defender leitura adernada do Direito, mas se homenagear o princípio do mutualismo e a função social do contrato de seguro.

Quando busca o ressarcimento em regresso, o segurador, insiste-se, não defende apenas os seus direitos e interesses. Defende, também ou mais ainda, os do colégio de segurados, os do mútuo. O êxito do ressarcimento protege o mútuo e impacta diretamente na precificação do seguro, beneficiando, ainda que reflexamente, toda a sociedade.

Embora algo lógico e ontológico, o legislador ainda cuidou de bem regulamentar a impossibilidade de transferência de ônus, fazendo-o no §2º do mesmo art. 786: *É ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo.*

Infelizmente, essa disposição, radiante como três sistemas solares, vez ou outra é ignorada, e todo o mútuo se vê prejudicado por ato do segurado que, prejudicando o direito de regresso do segurador, esvazia a dignidade da sub-rogação e inibe a materialização da justiça.

Outros sistemas legais pelo mundo tratam o assunto da mesma forma, como se vê na Espanha: LCS, art. 43, CC; Portugal: DL 72/2008, arts. 136 e 181; Itália, art. 438, CC; Argentina: LS, art. 80; Chile: art. 534, CC; México: LS. Art. 111, 143 e 163¹⁰.

Há, portanto, proteção quase universal da sub-rogação e do ressarcimento. Proteção no sentido de não serem jamais prejudicados, seja pelo próprio segurado, transmissor dos direitos e ações, seja, muito menos, por terceiros.

Isso tudo também porque a sub-rogação permitirá o ressarcimento contra o causador do dano, o que, além de beneficiar a coletividade de segurados, brindará a sociedade com benefícios. E isso não se resume só a seguro mais barato, mas também a uma sensação de justiça mesmo. Não pode o causador do dano se ver impune porque outro alguém, o segurado ou estipulante, previdentemente, tratou de contratar um seguro e pagar o prêmio devido.

Sabe-se que a função primordial da responsabilidade civil é reparar o dano, e espécie de função subsidiária dar a justa punição a quem o causou. Aquele que causa o dano tem de responder por isso. Não é porque a vítima conta com proteção securitária que esse dever¹¹ vai

¹⁰ Fontes legais extraídas da obra citada de Maurício S. Gravina (p. 147)

¹¹ Daí o erro de se querer discutir em um litígio de ressarcimento em regresso do segurador sub-rogado contra o causador do dano, questões relativas ao contrato de seguro. O clausulado é irrelevante ao bem da vida deste litígio. Ainda que o segurador



mudar. E nessa função secundária subsiste o interesse social, a dobrada legitimidade moral do ressarcimento ancorado na sub-rogação.

Assim, fala-se em direito de regresso do colégio de segurados e de dever por parte do segurador sub-rogado.

Esse segurador não tem só um direito de regresso, mas um dever de providenciá-lo, marcado pelo selo social e pela estampa da dignidade, pelo respeito ao colégio de segurados, aos acionistas e aos membros em geral da sociedade.

Buscar o ressarcimento é, pois, um direito-dever. O segurador tem o direito, exercendo-o em nome de muitos, do mútuo, mas também o dever de buscar o ressarcimento, razão pela qual, independentemente da poderosa regra do §2º do art. 786 do Código Civil, o Supremo Tribunal Federal já havia pacificado o assunto pela Súmula 188: *“O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até o limite previsto no contrato de seguro”*.

O direito de regresso segurador se funda na lei e em vigência do contrato de seguro, não em qualquer outra coisa, ainda que o suporte fático da causa geradora do dano se revista de especial interesse e autorize a imputação de responsabilidade.

Assim, se o segurador paga indenização ao dono de uma carga avariada durante o transporte, exercerá o direito de regresso contra o transportador não porque houve a inexecução da obrigação contratual de transporte, mas porque pagou a indenização de seguro e, por isso, faz jus ao reembolso integral do valor indenizado.

É claro que o segurador pode se valer das regras legais que disciplinam a responsabilidade civil do transportador de carga (qualquer que seja o modo de transporte), mas não se submete ao clausulado do contrato.

E não se submete porque o contrato de transporte é de adesão, normalmente eivado de cláusulas abusivas, e principalmente porque este em nada lhe diz respeito e, portanto, pode prejudicar a plenitude do direito de regresso, que é absoluto.

Querendo, o segurador, ainda no caso do exemplo escolhido, pode até mesmo desprezar as regras especiais que tratam da responsabilidade civil de um dado modo de transportador, para usar as gerais de responsabilidade civil: artigos 186, 927 e 944 do Código Civil.¹²

tenha, por erro ou qualquer outra situação, efetuado o pagamento da indenização de modo indevido, subsiste o dever de reparação integral do danador, situação que em nada depende do negócio jurídico em si, mas das regras de responsabilidade civil.
¹² **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. 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.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.



E o que vale para o seguro de transporte vale para qualquer seguro (com possibilidade de sub-rogação) e para o dever de reparação por parte do danador.

Importa menos o fundamento legal da responsabilidade civil do causador do dano do que o do direito-dever de ressarcimento, o já comentado art. 786 do Código Civil, com especial destaque ao §2º, fortalecido pelo também já comentado enunciado de Súmula 188 do Supremo Tribunal Federal.

Tudo isso por conta da primazia do mutualismo e da sub-rogação, princípios fundamentais do negócio de seguro.

Princípios são normas especiais e que se sobrepõem às outras na exegese, na interpretação e na aplicação. Aos que não se guiam pelo positivismo jurídico, aos que não se seduzem pelo formalismo pelo formalismo, os princípios jurídicos são normas fundamentais e inspiradas no Direito Natural. E exatamente por isso, pela fonte maior, não podem jamais serem vencidas por outras normas quando confrontados, notadamente as de caráter contratual.

Por isso, nenhuma condição preexistente ao exercício do ressarcimento pelo segurador sub-rogado, ainda que válida e eficaz ao segurado ou qualquer outro, pode minimamente causar prejuízo. O segurador só se submete aos limites da indenização paga e aos interesses do mútuo, sociais por excelência. Nada aquém, nada além.

Seu direito de ressarcimento, um dever de índole moral, é absoluto, principiológico, porque gestado em outro princípio, o da sub-rogação, que, por sua vez, remete ao princípio maior do mutualismo.

Qualquer interpretação de contextos voltados mais ao danador do que ao segurador ofende a dinâmica de solução dos conflitos aparentes de normas, desrespeita os princípios gerais do Direito e, no caso, os específicos do negócio de seguro. Ferem de morte o ressarcimento, esgarçam a sub-rogação e prejudicam os legítimos interesses do colégio de segurados, diretamente, e os da sociedade em geral, indiretamente.

Além de substancial e juridicamente errada, a interpretação beneficia a vítima do dano, substituída legalmente pelo segurador sub-rogado e o mútuo, ao tempo em que beneficia o causador do dano, deformando a essência do Direito e obliterando o sentido da Justiça.

Inibir ou diminuir o ressarcimento nada mais é do que abrandar o fogo da sub-rogação e, com isso, premiar o autor de ato ilícito, prejudicando o conjunto de segurados, corrompendo os ideais de justiça, especialmente aqueles fundamentais, bem traduzidos na máxima do antigo Código do Imperador Justiniano — dar a cada um o que é seu.

Daí a importância invulgar de se proteger esses princípios, mutualismo e sub-rogação, vitaminando o ressarcimento.

Qualquer que seja a situação fática do dano, qualquer que seja a qualidade do autor do dano, qualquer que seja ainda a fonte legal de imputação de responsabilidade, a proteção dos princípios do mutualismo e da sub-rogação, bem como a do ressarcimento integral, é primaz, é absoluta (como poucas coisas no Direito costumam ser) e irrenunciável.



Por isso, normas contratuais, convencionais e legais, nacionais ou internacionais, que esbarrem minimamente nesses princípios vetores e atinjam negativamente o ressarcimento são, ao menos no instante e contexto do conflito, antijurídicas.

Não há que se falar em limitação de responsabilidade, declinação involuntária da garantia fundamental constitucional de acesso à jurisdição, decadência por ausência ou intempestividade de carta-protesto, suposto vício de legitimação ativa, formalismo imotivado para a comprovação do pagamento de indenização de seguro, eventual pagamento *ex gratia*, análise de clausulado de apólice de seguro, apuração unilateral de danos e prejuízos e mais um robusto acervo de causas estranhas ao perfeito caminho de busca do ressarcimento contra aquele que, no mundo dos fatos, é o responsável pelo dano que motivou a indenização securitária.

A compreensão da natureza principiológica e absoluta do ressarcimento em regresso é imprescindível para que o danador não se veja eventualmente impune, indevidamente exonerado, do dever de reparação civil integral (reembolso), beneficiado por situações estranhas à verdade e ofensivas ao seguro.

Neste modesto ensaio não se advoga um repensar do Direito do Seguro e do Direito Civil, mas apenas o pensar segundo o princípio da identidade, ou seja, segundo o que realmente é cada um desses princípios: mutualismo, sub-rogação e ressarcimento, dando-lhes o devido e preferente tratamento, a fim de evitar deformação dele e, conseqüentemente, da própria Justiça.

No 19º dia do mês de janeiro de 2021 a.D.

Paulo Henrique Cremonese, é sócio fundador de Machado, Cremonese, Lima e Gotas – Advogados Associados, mestre em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos, especialista em Direito do Seguro e em Contratos e Danos pela Universidade de Salamanca (Espanha), acadêmico da ANSP – Academia Nacional de Seguros e Previdência, autor de livros jurídicos, membro efetivo do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo e da AIDA – Associação Internacional de Direito do Seguro, diretor jurídico do CIST – Clube Internacional de Seguro de Transporte, membro da “Ius Civile Salmanticense” (Espanha e América Latina), associado (conselheiro) da Sociedade Visconde de São Leopoldo (entidade mantenedora da Universidade Católica de Santos), patrono do Tribunal Eclesiástico da Diocese de Santos, laureado pela OAB-SANTOS pelo exercício ético e exemplar da advocacia, professor convidado da ENS – Escola Nacional de Seguros e colunista do Caderno Porto & Mar do Jornal A Tribuna (de Santos).



Machado, Cremonese
Lima e Gotas

advogados associados

50
anos