DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Luis Augusto Roux Azevedo

**A COMUTATIVIDADE DO CONTRATO DE
SEGURO**

ORIENTADORA:

PROFA. DRA. VERA HELENA DE MELLO FRANCO

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
São Paulo, 2010

À Cristiana
Por todo incentivo ao longo destes anos e seu incondicional apoio

À Luisa e à Camila
Por toda alegria

AGRADECIMENTOS

Gostaria de aproveitar a oportunidade para agradecer às pessoas que, de uma forma ou de outra, me auxiliaram na elaboração desta dissertação, especialmente para:

Na área acadêmica:

À minha orientadora, Professora Vera Helena de Mello Franco, com seus profícuos conhecimentos de direito securitário, por todas as diretrizes e recomendações, sem o que o presente trabalho não seria produzido.

Aos professores Alcides Tomasetti Júnior e Rachel Szatjn, pelos comentários e críticas recebidos durante o exame de qualificação.

Aos professores do curso de pós-graduação, em especial ao Professor Francisco Satiro, e ao Professor Alexsandro Broedel Lopes, da Faculdade de Economia da Universidade de São Paulo, por seu apoio na base técnica do contrato de seguro.

Na área profissional:

Aos meus colegas do escritório Xavier, Bernardes, Bragança Sociedade de Advogados, por sua paciência e compreensão acerca da difícil conciliação entre os estudos acadêmicos e a profissão de advogado e, em especial, ao Fernando Lobo, Ana Carolina Penteado, Leandro Bauch, Carolina Mascarenhas e Patrícia Conceição e Michele Silva, por toda ajuda e suporte e à Regina Tocci e à Conceição de Carlo, pela ajuda na bibliografia.

E, pessoalmente, à minha mãe, Ana Maria Roux Azevedo, pela revisão de meu trabalho.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO

CAPÍTULO II – SEGURO: FUNÇÃO ECONÔMICA E BASE TÉCNICA

- (i) Risco, Incerteza e Função Econômica do Seguro*
- (ii) A base técnica do seguro*
- (iii) Seguro: razões para sua contratação*

CAPÍTULO III – O CONCEITO DO CONTRATO DE SEGURO

CAPÍTULO IV – CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS DE SEGURO: A COMUTATIVIDADE

- (i) Contrato bilateral*
- (ii) Contrato oneroso*
- (iii) Contratos comutativos e aleatórios*
- (iv) O seguro como contrato comutativo*
 - 1. A doutrina estrangeira*
 - 2. A doutrina brasileira*
 - 3. A posição dos tribunais brasileiros*
- (v) Análise crítica*

CAPÍTULO V – O RISCO E A NATUREZA DO CONTRATO

- (i) O conceito de risco*
- (ii) Risco e a aleatoriedade do contrato*

CAPÍTULO VI – A GARANTIA E A ALEATORIEDADE

- (i) A obrigação de garantia*
- (ii) O interesse como objeto da garantia*

CAPÍTULO VII – A EMPRESARIALIDADE

Conclusões

CAPÍTULO VIII – OS DEVERES DAS PARTES

(i) Os deveres do segurado

1. *O pagamento do prêmio*
2. *O dever de informação. A assimetria de informações e a boa-fé na celebração e execução do contrato*
 - a) *Assimetria de informações e moral hazard*
 - b) *Boa-fé e os deveres associados à declaração e manutenção do risco*
3. *O dever de não agravar o risco*
4. *O dever de salvamento*

(ii) Os deveres a cargo do segurador

1. *Obrigação de pagar a indenização ao segurado*
2. *Obrigação de indenizar por medidas de salvamento*
3. *A regulação do sinistro*

CAPÍTULO IX – A INTEPRETAÇÃO DO CONTRATO DE SEGURO

CAPÍTULO X – CONCLUSÕES

CAPÍTULO I. INTRODUÇÃO

O contrato de seguro é certamente um dos contratos mais importantes para a economia de um país, na medida em que tem a função de prevenir os efeitos negativos de riscos que normalmente acometem pessoas e empresas.

A existência do seguro permite não somente a mitigação de danos para aqueles que os sofrem, com a conseqüente redução da destruição de valores econômicos a elas associadas, mas também permite sua utilização como uma ferramenta para a redução de capital necessário para a realização de atividades econômicas.

Números da Escola Nacional de Seguros – Funenseg dão conta de que no ano de 2007 o volume de prêmios pago no Brasil representou 3,0 % do Produto Interno Brasileiro¹.

Apesar de estes números estarem acima da média da região latino-americana (por volta de 2,5%), eles ainda representam um número muito abaixo do percentual encontrado em países economicamente mais desenvolvidos. De fato, considerando-se a mesma fonte, encontram-se os números de 8,9% para os Estados Unidos da América, 10,3% para a França, 6,6% para a Alemanha e incríveis 15,7% para a Inglaterra.

O Código Civil de 2002 consolidou alterações importantes na matéria, como a aceitação do legítimo interesse como objeto do contrato de seguro, a estipulação de que o segurador deve ser uma entidade autorizada a tal fim, a cobertura ao suicídio no seguro de vida, o tratamento dispensado à apólice, dentre outras.

Uma das principais alterações do ponto de vista legal, no entanto, é o reconhecimento de que a prestação essencial a cargo da seguradora é a prestação de garantia ao segurado, deslocando-se, pois, da obrigação condicional do pagamento de indenização.

Esta dissertação tem por objeto estudar os fundamentos técnicos do contrato de seguro e sua relação com esta alteração, bem como seus impactos sobre a polêmica a respeito da

natureza do contrato de seguro, para ao final desenvolver um exame das principais obrigações a cargo das partes, sob esta nova perspectiva e um exame da forma como o contrato é aplicado pelos tribunais nacionais.

De fato, não há consenso doutrinário sobre a natureza aleatória ou comutativa do contrato de seguro, em diversos ordenamentos jurídicos (como, por exemplo, Itália, França, Espanha, Portugal, Argentina, Colômbia e Chile) e entre doutrinadores brasileiros. Esta dissertação tem como objetivo analisar como esta discussão insere-se na disciplina deste contrato.

O contrato de seguro sempre foi concebido como um contrato aleatório, onde havia a chance de ganho ou perda para uma das partes, sem que tal chance representasse qualquer descumprimento contratual ou ilícito.

Nesse sentido, a obrigação do segurador, identificada com o dever de pagar a indenização no caso de verificação do sinistro para o evento coberto pela apólice, era identificada com esta chance de perda ou ganho: acaso não ocorresse o sinistro falava-se em perda para o segurado e ganho para o segurador; caso contrário, na verificação do sinistro o segurador perdia. A preocupação natural era com o volume monetário com o qual cada uma das partes contribuía.

Ao longo da evolução do instituto do seguro verificou-se, entretanto, que o contrato não pode ser isoladamente considerado. O contrato de seguro é parte de um todo maior, a operação de seguro, que se funda na pulverização de riscos e no mutualismo. Para que se apure a natureza do contrato de seguro faz-se necessário o exame de sua base técnica e as características econômicas da operação.

A partir daí o presente trabalho contempla o estudo do conceito do contrato de seguro, para então discutir as teorias a respeito dos contratos aleatórios e comutativos, inserindo o contrato de seguro nesta discussão.

¹ Disponível em: <http://www.funenseg.org.br/economiaeseguros.php>, acessada em 03 de dezembro de 2008, às 8 horas.

Serão apresentadas as doutrinas, estrangeiras e nacionais a respeito da questão, bem como a posição de tribunais nacionais.

Em seguida se procurará discutir as conseqüências da discussão no que diz respeito a elementos essenciais do contrato de seguro, como o risco, o seu caráter empresarial e a prestação de garantia.

Finalmente, o presente trabalho procurará examinar como os diversos deveres a cargo das partes no contrato de seguro se colocam nessa discussão a respeito da sua natureza, bem como a interpretação do contrato de seguro como é correntemente realizada e sua interação com a questão que se propõe.

CAPÍTULO II. SEGURO: FUNÇÃO ECONÔMICA E BASE TÉCNICA

Os contratos não são parte destacada da realidade, subsistindo num universo jurídico autônomo e independente. Os contratos, mais que qualquer outro instituto jurídico, têm um substrato econômico que lhes confere a origem, a função e a relevância. Os contratos refletem uma realidade exterior a si, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental².

Nesse sentido, as situações, relações e interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na idéia de operação econômica, na visão de Roppo³. O contrato como instituto jurídico, de outro lado, não se confunde com a operação econômica da qual deriva, guardando uma autonomia própria, mas sempre voltado para a instrumentalização da função econômica que lhe é subjacente⁴.

O contrato de seguro é exemplo claro desta relação. O aspecto jurídico do seguro é estreito, se comparado com a extensão da operação econômica (e técnica) que lhe dá suporte⁵. Como diz Garrigues, o seguro, como toda instituição jurídica, tem um impulso econômico, que é o desejo de se prevenir contra um risco futuro que ameace a nossa pessoa ou nossos bens. O seguro responde à preocupação conjunta à incerteza do futuro da vida humana permeado por riscos.⁶

De fato, analisar-se um contrato de seguro isoladamente não dá idéia do complexo de relações matemáticas, econômicas e até mesmo jurídicas que são exigidas para que aquele dado contrato possa ser negociado e traga ao segurado o resultado que espera da operação, qual seja o de prevenção dos efeitos negativos que um risco pode ter sobre si.

² ROPPO, Vincenzo. *O Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 7

³ *Idem ibidem*, p. 8.

⁴ *Idem ibidem*, p. 9

⁵ “*Le droit des assurances ne révèle que la face juridique d’une activité dont les aspects techniques et financiers sont aussi complexes qu’importants. Il ne saurait être question d’en faire ici l’étude. Néanmoins la substance même du contrat d’assurance doit être replacée dans son contexte technique plus large qui est celui de l’opération d’assurance tandis que le type de gestion financière, par répartition ou capitalisation, commande la classification des différentes branches d’assurance.*” (LAMBERT-FAIVRE, Yvone et LEVENEUR, Laurent. *Droit des Assurances*. 12a Ed. Paris: Dalloz, 2005, p. 41)

⁶ GARRIGUES, Joaquim. *O Contrato de Seguro Terrestre*. Madrid: JGD, 1983, p. 1.

É por conta desta realidade que o estudo do contrato de seguro, do ponto de vista jurídico, pode ser amparado pela análise anterior dos fundamentos econômicos e técnicos que lhe dão suporte.

Fábio Konder Comparato aponta com precisão a relação entre o contrato de seguro e a operação em que está inserido. Comparato destaca que um contrato de seguro deve ser visto como uma *“unidade de um conjunto homogêneo de contratos do mesmo tipo”*, para permitir a *“organização de uma mutualidade ou o agrupamento de um número mínimo de pessoas, submetidas ao mesmos riscos, cuja ocorrência e intensidade são suscetíveis de tratamento atuarial, ou previsão estatística, segundo a lei dos grandes números, o que permite a repartição proporcional das perdas globais, resultantes dos sinistros, entre todos os seus componentes”*⁷.

Sobre este mesmo ponto, Vera Helena de Mello Franco adverte para o fato de que o seguro é uma operação complexa, que pode ser visualizada sob um triplo aspecto: (i) a natureza econômica do seguro, que representa a base necessária de toda operação de seguros, consubstanciada na dispersão/pulverização de riscos e na mutualidade (a comunidade de riscos) e condiciona a atividade como sendo uma atividade de empresa, em seu aspecto técnico- comercial; (ii) a natureza jurídica, que vem a ser o contrato de seguro; e (iii) os aspectos sociais da operação, em que se destaca seu caráter previdenciário e o cunho solidarístico de determinadas modalidades, como o seguro de acidentes de trabalho⁸.

Os fundamentos técnicos são os elementos que se procura desenvolver, antes de se estudar propriamente o contrato de seguro do ponto de vista jurídico e, mais especificamente, a sua natureza. Os fundamentos técnicos auxiliam a identificar com clareza a natureza das prestações a cargo das partes, independentemente da verificação ou não dos riscos cuja cobertura é dada pelo contrato de seguro.

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. “Comentário a acórdão – Seguro – Cláusula de rateio proporcional – Juridicidade”, in *Revista de Direito Mercantil*, n.º 07, Ano XI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, pp. 102/112.

⁸ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos – Direito Civil e Empresarial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 269

(i) ***Risco, Incerteza e a Função Econômica do Seguro***

Antes de se falar em contrato de seguro há que se falar, portanto, na operação econômica de seguros. E, para tanto, é importante considerar os aspectos fáticos, partindo da constatação da existência de situações que possam causar prejuízos a um indivíduo ou a uma empresa.

A vida é repleta de acontecimentos inesperados que podem, em certa escala, afetar indivíduos ou empresas de formas variadas. A idéia de seguro toma em consideração a diminuição das conseqüências negativas dos riscos.

Um exemplo da afirmação feita acima é a possibilidade de uma morte prematura. O ser humano inserido no contexto social desenvolve atividades econômicas, envolve-se em relações afetivas, econômicas e sociais e, em geral, acaba sendo responsável por outras vidas. Uma morte prematura representa para as pessoas que dependem do falecido um acontecimento inesperado e potencialmente causador de grandes necessidades.

Vem daí a necessidade de se encontrar formas de prevenção a respeito das conseqüências negativas dos acontecimentos inesperados.

Pode-se lidar com acontecimentos negativos de diversas formas. Uma delas é procurar tratá-los de maneira objetiva. Há acontecimentos que, dada a sua homogeneidade e possibilidade de observação, podem ser objeto de tratamento matemático e estatístico de tal forma a possibilitar a um observador, diante de um dado conjunto de elementos, saber de antemão quantas vezes um determinado evento ocorrerá e qual a intensidade dos danos que causará.

De fato, existem situações na natureza cujos resultados conhecidos antes mesmo que aconteçam. Como exemplo tem-se o lançamento de um dado: antes mesmo de se jogá-lo (e considerando que o dado não seja “viciado”), sabe-se que a chance de sair uma face é de um sexto. Ao se jogar o mesmo dado por milhares de vezes se obterá um resultado muito próximo ou igual a um sexto para cada uma das seis faces do dado. Trata-se, pois, de um

comportamento esperado “a priori”, embora não se possa dizer, com certeza, qual a face que cairá no próximo lançamento do dado.

Há também comportamentos que revelam riscos, que não podem ser conhecidos “a priori”, mas que podem ser observados empiricamente e consolidados, observando características como tempo, espaço, intensidade, forma, etc. São eventos que podem ser verificados, agrupados e tratados matematicamente, mas que dependem de uma avaliação do que ocorre no mundo concreto.

A possibilidade de agrupamento, que exige homogeneidade, é uma importante característica dos riscos para permitir seu tratamento matemático. Vê-se, por exemplo, que é possível observar roubos e furtos de veículos em uma determinada região geográfica, dada a homogeneidade da situação (por exemplo, veículos de uma determinada marca e/ou ano). Há assim a possibilidade de se fazer a distribuição estatística do fenômeno “a posteriori”, observando o que ocorre empiricamente.⁹

De comum nas hipóteses acima mencionadas (comportamento esperado “a priori” e o tratamento estatístico de dados “ex post” de um conjunto de elementos submetido à observação) tem-se a admissibilidade do cálculo matemático.

Há, no entanto, acontecimentos que não podem ser tratados “a priori” (pela impossibilidade lógica) e tampouco permitem o tratamento estatístico, pela impossibilidade de que sejam agrupados. Neste caso, não há homogeneidade suficiente para permitir o

⁹ “For logical accuracy and in order to understand the different kinds of situations and modes of dealing with them in practice, a further distinction must be drawn, a distinction of the far-reaching consequences and much neglected in the discussion of economic problems. There are two fundamentally different ways of arriving at the probability judgment of the form that a given numerical proportion of X’s are also Y’s. The first method is by a priori calculation, and is applicable to and used in games of chance. this is also the type of case usually assumed in logical and mathematical treatments of probability. It must be strongly contrasted with the very different type of problem in which calculation is impossible and the result is reached by the empirical method of applying statistics to actual instances. As an illustration of the first type of probability we may take throwing a perfect dye. If the dye is really perfect and known to be so, it would be merely ridiculous to undertake to throw it a few hundred thousand times to ascertain the probability of its resting on one face or another. And even if the experiment were performed, the result of it would not be accepted as throwing any light on the actual probability. The mathematician can easily calculate the probability that any proposed distribution of results will come out of any given number of throws, and no finite number would give certainty as to the probable distribution. On the other hand, consider the case already mentioned, the chance that a building will burn. It would be as ridiculous to suggest calculating from a priori principles the proportion of buildings to accidentally destroyed by fire in a given region and time as it would to take statistics of the throw of dice.” (KNIGHT, Frank H., *Risk, Uncertainty, and Profit*. Orlando: Signalman Publishing, 2009. p. 110).

agrupamento e, via agrupamento, observar-se a sua distribuição estatística. O economista Frank Knight insere a decisão do empresário (num sentido genérico) neste último grupo, por referir-se a ela como sendo única, a impedir qualquer tipo de tratamento estatístico válido¹⁰.

Da distinção entre os tipos de incerteza acima mencionados (mensuráveis e imensuráveis) Frank Knight propõe a distinção entre risco propriamente dito e incerteza. O autor informa que o risco é genericamente associado a toda sorte de incerteza examinada do ponto de vista de uma contingência desfavorável e a incerteza relacionada a um resultado favorável. Fala-se, assim, no risco de uma perda ou na incerteza de um ganho.

O autor propõe, no entanto, que a palavra **risco** deve ser utilizada para as incertezas mensuráveis, enquanto a incerteza é imensurável. Outra proposição seria a utilização dos adjetivos “objetivo” e “subjetivo” para “riscos” e “incertezas”, respectivamente.¹¹

Após apresentar a diferença conceitual entre risco e incerteza, Knight debate a questão essencial da atitude do ser humano em face da incerteza, para dizer que se trata de um problema tão complexo como o da própria incerteza em si. Não só há uma diversidade de condutas de indivíduo para indivíduo como há um desvio diante do quanto seria esperado em termos de uma lógica pura. Knight, referindo-se a Adam Smith, afirma que os homens arriscariam perder uma pequena quantidade de dinheiro para ganhar um montante muito maior, enquanto irão recusar-se a uma chance pequena de perder um montante maior para uma pequena chance de perda.

O economista considera que, a despeito de situações em que a racionalidade abre espaço para tomada de decisões baseadas na autoconfiança e no “palpite”, caminha-se para a racionalidade e o julgamento “a priori” que é feito é no sentido de que, se o homem irá sacrificar algo num dado momento, é por uma recompensa maior para o sacrifício se isto é visto como contingente ao invés de dado como certo e que isto tem que ser maior em alguma proporção similar ao grau de incerteza na antecipação (do sacrifício).

¹⁰ *Idem ibidem*, p. 119. Vale observar que evolução das técnicas de administração pode ter reduzido o alcance da afirmação ao longo das últimas décadas, permitindo, cada vez mais, a decisão fundada sobre pesquisas quantitativas e qualitativas disponíveis ao empresário. Entretanto, sempre haverá decisões únicas que dependerão do juízo do empresário.

¹¹ *Idem ibidem*, p. 121.

Levado para o campo da decisão econômica, um empresário, diante de uma situação de incerteza, deve escolher entre uma recompensa menor com maior grau de certeza contra uma recompensa maior esperada com menor grau de certeza. No âmbito deste processo está a característica de antecipar o processo econômico¹².

A conduta humana visa, como regra, reduzir a incerteza, embora não num sentido completo¹³. Propõem-se, então, algumas atitudes humanas com relação à incerteza. O autor propõe duas atitudes básicas diante da incerteza: a sua redução por agrupamento e pela seleção de homens para suportá-la – consolidação e especialização, em outras palavras¹⁴. Para o autor, a incerteza tende a desaparecer com o aumento da inclusão em um grupo. Com probabilidades estatísticas, a mesma tendência é manifestada, em menor intensidade.

O seguro é a técnica de consolidação mais conhecida para se lidar com a incerteza. Trata-se da aplicação do princípio de eliminar incertezas ao se lidar com grupos de casos ao invés de indivíduos.

A diferença entre incerteza mensurável e imensurável é a possibilidade de se associar uma situação a um grupo de indivíduos e encontrar as proporções dos membros do grupo que podem exibir diferentes resultados. Para o autor, a aplicação do princípio do seguro, ao se converter uma perda contingente grande em uma parcela fixa menor depende da medida de probabilidade de uma divisão razoavelmente exata em grupos do universo observado¹⁵.

Assim, não é suficiente que o segurador que “toma” o risco de um grande número de casos seja capaz de prever suas perdas globais com suficiente acuidade para determinar os prêmios a serem pagos para manter seu negócio solvente, impondo, ao mesmo tempo, um

¹² *Idem ibidem*, p. 122

¹³ “We find ourselves compelled to strive after things which in a “calm, cool hour” we admit we do not want, at least not in fullness and perfection. Perhaps it is the manifest impossibility of reaching the end which makes it interesting to strive after it. In any case we do strive to reduce uncertainty, even though we should not want it eliminated from our lives.” (KNIGHT, Frank H. *Risk, uncertainty, and profit*, ob. cit. p. 123)

¹⁴ Agregam-se, ainda, o controle sobre o futuro e o aumento do poder de previsão. Um quinto método é a difusão das consequências negativas, onde se cita como exemplo o fato de que é melhor dois homens perderem um olho cada do que um homem perder dois olhos.. O sexto método é a possibilidade de dirigir a atividade industrial para o mínimo de incerteza. (cf. *Idem ibidem*, p. 124)

¹⁵ “The application of the insurance principle, converting a larger contingent loss into a smaller fixed charge, depends upon the measurement of probability on the basis of a fairly accurate grouping into classes.”(*Idem ibidem*, p. 128)

ônus ao segurador que não tem o mesmo alcance (número de casos) uma fração de sua perda. O segurador deve, também, ser capaz de demonstrar que seu segurado está contribuindo para o fundo global com uma parcela que corresponda razoavelmente à sua chance de perda, isto é, que o segurado também carregue sua parte do ônus¹⁶.

Desta forma, o negócio do seguro, ao tratar com riscos, diminui a incerteza ao classificar em grupos os fatos da vida. Quanto maiores os grupos, mais o princípio da consolidação atuará em benefício da solidez do seguro.

A contratação do seguro está fundada, pois, na busca do indivíduo para reduzir suas incertezas, não a ponto de extingui-las, mas ao menos de diminuí-las consideravelmente.

(ii) A base técnica do seguro

Do ponto de vista estritamente técnico, pode-se encontrar que o seguro tem duas características fundamentais: “transferir” ou “deslocar” o risco de um indivíduo para um grupo e dividir perdas numa base equitativa por todos os membros de um grupo¹⁷.

Como o risco é suportado pela pessoa em si mesma, sendo o deslocamento apenas das consequências econômicas, a expressão, apesar de extremamente difundida, não é precisa. De uma perspectiva jurídica, ela corresponde a uma visão ultrapassada, posto que não há transferência de risco, mas a diluição de suas consequências negativas.

Para uma pessoa, isoladamente considerada, o seguro é um dispositivo econômico por meio do qual um risco financeiro maior incerto (contra as perdas da contingência assegurada que poderia existir caso o seguro não existisse) é substituído por um custo pequeno (o prêmio).

A função essencial do seguro é, pois, a criação da contraparte ao risco, que é a segurança. O seguro não reduz a incerteza do indivíduo em relação à ocorrência ou não do evento,

¹⁶ *Idem ibidem*, p. 128

¹⁷ VAUGHAN, Emmet J. e VAUGHAN, Therese. *Fundamentals of Risk and Insurance*. Hoboken: John Wiley & Sons, Inc., 2007, p. 34.

tampouco altera a probabilidade de sua ocorrência, mas reduz a probabilidade de perda financeira que está relacionada ao evento.

O seguro consiste em um método de distribuição das perdas. O que poderia ser uma perda devastadora para um indivíduo é espalhada de maneira equitativa a todos os membros do grupo e esta é a base sobre a qual o seguro pode existir¹⁸.

Na visão de Vaughan e Vaughan, do ponto de vista da sociedade o seguro reduz o risco como um todo, uma vez que a empresa de seguros não é somente uma somatória de riscos individuais, mas vai além, em virtude da capacidade que a empresa de seguros tem de fazer uma previsão das perdas que podem vir a ocorrer. Assim, quanto mais precisos os cálculos da companhia de seguros, menores as chances de perdas para os indivíduos, uma vez que em última instância os indivíduos correm o risco da solvência da seguradora e do sistema de seguros¹⁹.

Para que tal aconteça, as empresas de seguro valem-se de postulados matemáticos e atuariais. O mais conhecido é a lei dos grandes números. Em uma definição simples seu enunciado resume-se no seguinte: *a frequência observada de certo evento aproxima-se com maior intensidade da probabilidade da população à medida que o número de tentativas aproxima-se do infinito*²⁰. Naturalmente o tratamento estatístico sofisticase, com a introdução de outras variáveis, como a média, a variância e o desvio-padrão, que permitem maior acurácia no exame dos riscos.

A lei dos grandes números é importante à operação de seguros por duas razões: (i) porque uma amostra maior melhora a estimativa da probabilidade; e (ii) porque uma vez que a estimativa das probabilidades tenha sido feita, ela tem que ser aplicada a um número suficientemente grande de unidades expostas para permitir o “funcionamento” da probabilidade²¹. Esta realidade é fundamental para o entendimento da essencialidade do caráter empresarial do contrato de seguro.

¹⁸ VAUGHAN, Emmet J. e VAUGHAN, Therese. *Fundamentals of Risk and Insurance*, ob. cit., p. 35.

¹⁹ *Idem ibidem*, p. 36

²⁰ *Idem ibidem*, p. 37, tradução livre de “The observed frequency of an event more nearly approaches the underlying probability of the population as the number of trials approaches infinity.”

²¹ *Idem ibidem*, p. 40

Os referidos autores anotam ainda que a operação do seguro é importante para a sociedade por ser um artifício para reduzir e diminuir riscos na economia por meio de substituição de perdas incertas por um custo determinado. Assim, propõem um conceito para o seguro, qual seja um *“artifício econômico para reduzir e eliminar riscos por meio do processo de combinação de um número suficiente de exposições homogêneas em um grupo para tornar as perdas previsíveis para o grupo como um todo.”*²²

O seguro é importante do ponto de vista econômico na medida em que cria certeza sobre o ônus financeiro das perdas e porque espalha os efeitos das perdas ocorridas²³. Além disso, o seguro propicia uma otimização do emprego do capital, ao diminuir as reservas necessárias para fazer frente a acontecimentos imprevistos²⁴. Há quem diga, inclusive, que o seguro viabiliza diversas atividades econômicas modernas, diante do volume de risco que enfrentam²⁵.

²² Tradução livre de: “(...) insurance is an economic device for reducing and eliminating risk through the process of combining a sufficient number of homogeneous exposures into a group as a whole.” (Idem ibidem, p. 41)

²³ “Property that is destroyed by an insured contingency is not replaced through the existence of an insurance contract. True, the funds from the insurance company may be used to replace the property, but when a house or building burns, society has lost a want-satisfying good. Insurance as an economic device is justified because it creates certainty about the financial burden of losses and because it spreads the losses that do occur. In providing a mechanism through which losses can be shared and uncertainty reduced, insurance brings peace of mind to society’s members and makes costs more certain.” (VAUGHAN, Emmet J. e VAUGHAN, Therese. *Fundamentals of Risk and Insurance*, ob. cit., p. 42).

²⁴ “Insurance also provides for a more optimal utilization of capital. Without the possibility of insurance, individuals and businesses would have to maintain relatively large reserve funds to meet the risks that they must assume. These funds would be in the form of idle cash or would be invested in safe, liquid, and low-interested-bearing securities. This would be an inefficient use of capital. When the risk is transferred to the professional risk bearer, the deviations from expected results are minimized. As a consequence, insurers are obligated to keep much smaller reserves than would be the case if insurance did not exist. The released funds are then available for investment in more productive pursuits, resulting in much greater productivity of capital.” (Idem ibidem, p. 42)

²⁵ Do ponto de vista estritamente financeiro (uma vez que não se pode levar ao campo jurídico a questão da transferência do risco), Shimpi adverte para o conceito – e a possibilidade – de transferência de riscos para um terceiro, como segue: “A risk can be transferred from one party to another better equipped or more willing to bear it. One common way to transfer risk is through insurance. In Exchange for na agreed-upon premium the insurer agrees to indemnify its client, up to a specific limit, in the event of loss (Alternative risk transference arrangements, such as risk retention groups, play a similar role.) Insurance is critical to many types of economic activity. Without it, many business – farms, clinics, amusement parks and factories – would be too risky to operate. It is clear that insurance greases the wheels of economy.” (SHIMPI, Prakash. *Integrating Corporate Risk Management*, Texere, New York, London 1999. p. 18). Também vale destaque a referência de Luis A. Velasco San Pedro, para quem o seguro ocupa o lugar de instituições mais tradicionais na substituição de garantias pessoais e reais, bem como do próprio capital social, como segue: “La enorme expansión que está conociendo el seguro en estos tiempos no se puede comprender sin partir de estas circunstancias. El seguro no sólo está sirviendo para redistribuir socialmente los riesgos cada vez más intensos e inquietantes de la vida moderna, sino que está ocupando, merced a la idoneidad de sus métodos para reasignar con eficiencia riesgos económicos, el lugar de otras instituciones más tradicionales. Por poner sólo dos ejemplos, la creciente sustitución o complemento de las tradicionales garantías personales y reales por seguros, y los últimos desarrollos del Derecho de sociedades, procedentes del área norteamericana, donde se supera la concepción clásica del capital social como técnica de protección de

Os mesmos autores alertam ainda para o fato de nem todo risco ser assegurável. Assim, os riscos que podem ser cobertos pelo seguro devem apresentar uma série de características: (i) deve haver um número suficientemente grande de unidades sujeitas a uma exposição homogênea para tornar as perdas razoavelmente previsíveis; (ii) a perda produzida pelo risco deve ser definida e mensurável; (iii) a perda precisa ser fortuita ou acidental; e (iv) a perda não pode ser catastrófica.

A característica identificada com o número (i) é função direta da lei dos grandes números. Não se ignora, todavia, a existência de seguros “exóticos”, em especial envolvendo celebridades do cinema, televisão e esportes. Os autores apontam que a divisão do risco entre diversos seguradores do mercado londrino (“Lloyd’s Underwriters”) e o preço dos prêmios praticados (que superam em muito o que as probabilidades normalmente determinariam) tornam viáveis estas operações.

O item (ii) explicita que a perda deve ser difícil de ser forjada e capaz de uma medição financeira. Em (iii) tem-se o caráter contingencial do sinistro, que pode ou não ocorrer. O sinistro não pode estar sob controle do segurado. No item (iv) procura-se estabelecer que a probabilidade de um mesmo evento produzir perdas para um número muito grande de segurados ao mesmo tempo é muito remota. Uma guerra, por exemplo, seria um exemplo de um risco não assegurável em virtude da possibilidade de causar perdas a um número muito grande de segurados ao mesmo tempo²⁶.

(iii) Seguro: razões para sua contratação

Assentadas as bases técnicas e econômicas do contrato de seguro importa questionar por que razão as pessoas ou as empresas contratam esta proteção.

acreedores ante el riesgo que genera la limitación de responsabilidad de los socios, por el seguro.” (PEDRO, Luis A. Velasco San, in VICENTE, Pedro J. Rubio, “El deber precontractual de declaración del riesgo en el contrato de seguro. Madrid: Fundación Mapfre Estudios - Instituto de Ciencias Del Seguro, 2003. pp XIII).

²⁶ *Idem ibidem*, pp. 42/43

De fato, um estudo de probabilidades demonstra que a contratação do seguro é difícil de ser justificada apenas do ponto de vista de um cálculo racional, diante das reais chances em que um evento pode ocorrer diante do custo da proteção conferida pelo seguro.

Considerando que os seres humanos são racionais e têm por objetivo maximizar o uso de seus recursos, como defendem Jensen e Meckling²⁷, o cálculo racional para verificar a validade da contratação do seguro passa pela probabilidade de chance de ocorrer um evento multiplicado pelo valor presente da perda contra o valor do prêmio pago em determinado período de tempo.

Em um exemplo hipotético, tem-se que a chance de um determinado evento atingir um bem avaliado em 100 unidades monetárias é de 2%, o que leva a um valor presente de 2 unidades monetárias. Ao longo de dez anos, o valor estimado desta perda é de 20 u.m. ($100 \times 0,02 \times 10$). Por hipótese, o prêmio pago por ano é de 3 unidades monetárias (uma vez que a operação do seguro deve pagar as chances de perda, mais os custos e a margem de lucro da empresa de seguros), o que leva a um valor presente de 30 unidades monetárias para cobrir uma perda de 20. A avaliação racional certamente não recomendaria, numa primeira análise, a operação, posto que o ser humano, na definição acima proposta, não desperdiça seus recursos^{28 29}.

Entretanto, não obstante as considerações acima, a humanidade busca a proteção através do seguro.

Deve-se, pois, procurar a resposta à intrigante questão. A literatura econômica oferece a resposta baseada em dois fundamentos: a constatação da existência de custos de transação e a aversão do ser racional a riscos.

²⁷ JENSEN, Michael C., MECKLING, William H., *The Nature of man*, Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1988 Para os autores, a compreensão do comportamento humano é fundamental para entender como as organizações funcionam, independentemente se voltadas para o lucro ou para servir o interesse público.

²⁸ O que não é absolutamente verdadeiro se se pensar no desperdício de recursos naturais representado pela atividade humana, individual e coletiva.

²⁹ Como diz David Laster "*There is, at first blush, an economic argument to be made against expending corporate funds to manage risk. On average, for every dollar a company pays in insurance premiums, it receives less than a dollar in claims paid. Insurers incur many expenses other than claims paid - for legal, underwriting, marketing and distribution services, just to name a few. Further, an insurer's shareholders expect and are entitled to receive some measure of profit for the capital they put at risk. Thus, buying*

Na teoria econômica clássica, parte-se do princípio da alocação perfeita dos fatores de produção observando-se o componente econômico. Os fatores são alocados observando a lógica da demanda e da oferta, puramente. Trata-se do “pricing system”. Assim, todos os fatores de produção têm seu preço e é o preço do fator que determina a sua alocação ideal. As transações, como ponto de partida teórico, são conduzidas no ambiente livre do mercado³⁰.

Por este raciocínio, agentes de produção e de consumo transitam livremente e bens são substituídos por outros sem qualquer custo adicional que não o seu valor.

Coube a R. H. Coase desenvolver a teoria de que há outros custos envolvidos nas mais pequenas situações e que estes custos são relevantes do ponto de vista econômico. Trata-se aqui dos custos de transação, identificados pelo economista a partir da análise das firmas, indústrias e mercados.

Basicamente procura-se entender por que as pessoas organizam-se sob a forma de firmas ao invés de conduzir relações isoladas que atendam da mesma forma a sua finalidade. Coase identificou e conceituou a existência de custos de transação como sendo o fator determinante para que a firma exista. Estes custos, no âmbito da firma, podem ser exemplificados pela necessidade de contratação de pessoas para realizar determinadas tarefas.

O empresário pode contratar pessoas para realizar estas tarefas toda vez que houver necessidade e incorrerá, então, em custos decorrentes da identificação das pessoas, definição de preço para a tarefa, contratação, treinamento, entre outros. Se para cada vez

insurance would seem in average a losing proposition." (SHIMPI, Prakash. *Integrating Corporate Risk Management*, ob. cit., p. 3)

³⁰ Valendo a pena a transcrição da crítica de R.H. Coase: “*It is an intricate structure of high intellectual quality and has produced valuable insights. Economists study how the choice of consumers, in deciding which goods and services to purchase, is determined by their incomes and the prices at which goods and services can be bought. They also study how producers decide what factors of production to use and what products and services to make and sell and in what quantities, given the prices of the factors, the demand for the final product, and the relation between output and the amounts of factors employed. The analysis is held together by the assumption that consumers maximize utility (a nonexistent entity which plays a part similar, I suspect, to that of ether in the old physics) and by the assumption that producers have as their aim to maximize profit or net income (for which there is a good deal more evidence). The decisions of consumers*

que ele tiver que realizar a tarefa houver a necessidade de promover todas estas atividades, será natural pressupor que custos serão incorridos. A firma promove a redução destes custos, chamados de custos de transação, na medida em que permite a organização e a repetição das tarefas de forma a evitá-los ou minimizá-los³¹.

Os custos de transação estão na base da necessidade de se contratar seguros. Isso porque os efeitos das transações econômicas não se limitam as operações em si, mas porque há externalidades e as externalidades não de ser consideradas. Nesse sentido a advertência de George J. Stigler³².

A contratação do seguro, portanto, e a despeito da aparente irracionalidade no gasto de recursos de uma pessoa ou de uma empresa em comparação com o benefício econômico esperado pode ser explicado, sob este ponto de vista, na existência dos custos de transação. Ao celebrar um contrato de seguro a pessoa busca a redução de seus custos de transação.

Além dos custos de transação, a literatura econômica identifica outro fator capital para a contratação do seguro: a natural aversão do ser humano aos riscos. Riscos existem em toda atividade humana, individual ou empresarial. Neste sentido, como considerado no item precedente, o seguro é uma técnica de consolidação de riscos para se lidar com as incertezas.

*are brought into harmony by the theory of exchange.” (COASE, R. H., “The Firm, the Market and the Law” in *The Firm, the Market and the Law*, Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1988. p.2)*

³¹ *“The argument has proceeded up to this point on the assumption (explicit in sections III and IV and tacit in section V) that there were no costs involved in carrying out market transactions. This is, of course, a very unrealistic assumption. In order to carry out a market transaction, it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost.” (COASE, R.H. “The problem of social cost”. *The Firm, the Market and the Law*. ob. cit., p. 114)*

³² *“If transaction costs were zero, all parties to any economic activity would contract with respect to all benefits or detriments – there would be no external effects. This is obvious enough, but what was extraordinarily unobvious was the Coase theorem that the manner in which legal rights were assigned would have on effect whatever upon the methods of production. The same amount of smoke would be released from the factory’s chimney whether the factory owner or the householder was legally responsible for the smoke damage. If this proposition strikes you as incredible on the first hearing, join the club. The world of zero transactions costs turns out to be as strange as the physical world would be with zero friction. Monopolies would be compensated to act like competitors, and insurance companies and banks would not exist.” (STIEGLER, George J. “The law and economics of public policy: a plea to the scholars”, *The Journal of**

Finalmente, cumpre salientar que o seguro é importante forma de preservação de recursos para uma pessoa ou uma empresa. Se é verdade que o cálculo racional acima proposto implica uma “perda” de recursos diante do valor estimado dos prejuízos que podem vir a ser causados, não é menos verdade que o fato de o indivíduo ou a empresa poderem sofrer uma perda implica na necessidade, ao menos hipotética, da realização de poupança para enfrentar os reveses da vida.

Um bom exemplo desta afirmação é a atividade empresarial. O estudo de Prakash Shimpi demonstra que o recurso à utilização de seguros como ferramenta financeira pode diminuir a necessidade de capital (próprio ou de terceiros) da empresa. A análise, de natureza financeira, parte do princípio de que a empresa deve ter um mínimo de capital para suas próprias operações, para os riscos que naturalmente corre e para sinalizar ao mercado sua capacidade de pagamento³³.

De outro turno, a empresa pode conservar seus riscos internamente (isto é, serão suportados pela própria empresa) ou transferir riscos, a serem suportados por outra parte³⁴. Tomadas estas considerações, o autor propõe o recurso a formas de seguro combinadas com a estrutura de capital (próprio e de terceiros) para reduzir a necessidade de capital da empresa e manter, mesmo assim, a solidez financeira para se apresentar ao mercado³⁵.

Estas considerações acerca do conceito de risco, da função do seguro do ponto de vista econômico e do interesse do segurado na sua cobertura serão relevantes para o desenvolvimento dos próximos capítulos, em especial para o exame da natureza do contrato de seguro e seus efeitos práticos.

legal studies, vol. 1, no. 1, jan 1972, pp. 1-12, disponível em: <http://www.jstor.org/stable/724009>, acessado em 18/08/2009)

³³ SHIMPI, Prakash. *Integrating Corporate Risk Management*., ob. cit., pp. 26/27

³⁴ *Idem ibidem*, p. 30, novamente com a ressalva de que se trata de uma visão puramente financeira – e não jurídica – da questão.

³⁵ SHIMPI, Prakash., *Integrating Corporate Risk Management*, ob. cit., p. 25

CAPÍTULO III - O CONCEITO DO CONTRATO DE SEGURO

Assentadas as bases técnicas e econômicas sobre as quais se funda a operação de seguro, passa-se a discorrer sobre o seu aspecto jurídico, iniciando-se pelo seu conceito. O propósito deste capítulo é apresentar diferentes propostas doutrinárias de conceitos e suas eventuais críticas, para culminar com a definição adotada pela lei brasileira.

A definição guarda estreita relação com o objeto central do trabalho, pois é da identificação das prestações das partes que se retirará a natureza comutativa ou aleatória do contrato.

Iniciando-se a discussão com Planiol e Ripert, verifica-se que os autores franceses advertem para a dificuldade de se estabelecer um conceito unitário a respeito do contrato de seguro, em função da dicotomia seguro de vida e seguro de dano³⁶.

Para os referidos autores franceses, se há a possibilidade de uma definição única, ela seria a de que o seguro é um contrato pelo qual uma pessoa, o segurador, promete a outra pessoa, o segurado, uma prestação subordinada à realização de um risco determinado, mediante o pagamento de uma soma, o prêmio ou a cotização³⁷.

Na definição dos autores franceses podem ser encontradas duas importantes questões. A primeira no sentido da absoluta liberdade de contratação, podendo ser celebrado entre duas pessoas indistintamente, não importando se uma tenha que ser necessariamente organizada e autorizada (o segurador).

³⁶ As teorias sobre a natureza do contrato de seguro dividem-se em unitárias e dualistas. No cerne da questão está a possibilidade da existência de um conceito único que atenda a todos os tipos de contrato de seguro (seguro de danos e seguro de vida) ou se há a necessidade de se estabelecer dois conceitos para o contrato. Na essência da discussão encontra-se a possibilidade de se atribuir um valor à vida humana que permita identificar o conteúdo da prestação do segurador no caso de morte como uma indenização. Para o exame da questão – que não é objeto desta dissertação – vale conferir o trabalho de Tullio Ascarelli, “O conceito unitário do contrato de seguro” in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: BookSeller, 2001.

³⁷ PLANIOL, Marcel e RIPERT, Georges. *Traité Pratique de Droit Civil Français, Tome XI – Contrats Civils, deuxième partie*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1932,p. 553/4

Os autores advertem, no entanto, que a afirmação já não mais refletia a prática da operação à época da obra, na medida em que se exigia a organização profissional do segurador como forma de afastar um contrato de seguro do jogo ou da aposta³⁸.

Outro aspecto digno de relevo é a assertiva de que a obrigação do segurador é subordinada. Privilegia-se, pois, o aspecto indenizatório do contrato, o que em última instância leva à natureza aleatória do contrato, posto que, sob esta ótica, uma das partes pode auferir um ganho ou uma perda, caso o risco que está coberto pelo contrato se verifique ou não.

Para Vivante o seguro é um contrato pelo qual uma empresa constituída para o exercício desta indústria assume o risco alheio mediante o pagamento de prêmio antecipadamente fixado³⁹. A empresarialidade, em sua concepção, torna-se um elemento essencial do contrato de seguro.

Garrigues aponta para a dificuldade de se conceituar um único contrato de seguro, diante da dicotomia entre seguro de vida e seguro de dano. Para o autor espanhol, a idéia do contrato de seguro centrada no conceito de indenização encontra óbice na necessidade de se flexibilizar a própria noção de indenização com vistas a acomodar dentro deste conceito o valor pago pelo segurador ao segurado no caso de sinistro no contrato de seguro de vida⁴⁰.

Lambert-Faivre e Leveneur apresentam conceito em que se destacam três elementos essenciais: o risco, o prêmio e o sinistro, além da menção à atividade organizada do segurador, que promove a análise técnica dos riscos análogos⁴¹.

Para José Vasques, “*seguro é o contrato pelo qual o segurador, mediante retribuição pelo tomador do seguro, se obriga, a favor do segurado ou de terceiro, à indenização dos*

³⁸ *idem, ibidem*, p 556

³⁹ VIVANTE, Cesare. *Del Contratto di Assicurazione*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese; 1936. p. 26

⁴⁰ GARRIGUES, Joaquim. *Contrato de Seguro Terrestre*. ob. cit., pp. 35/36

⁴¹ «*Le contrat d'assurance est la convention para laquelle un souscripteur se fait promettre une prestation, pour lui ou pour un tiers, en cas de sinistre, moyennant le paiement d'une prime ; cette prestation est payée par une entreprise d'assurance que effectue la compensation de rsiques analogues en utilisant des méthodes statistiques.*» (LAMBERT-FAIVRE, Yvone et LEVENEUR, Laurent. *Droit des Assurances*. 12a ed. Paris: Dalloz, 2005, p. 251).

*prejuízos resultantes, ou ao pagamento de valor pré-definido, no caso de realizar-se um determinado evento futuro e incerto”*⁴².

Para Pontes de Miranda o “*contrato de seguro é o contrato com que um dos contraentes, o segurador, mediante prestação única ou periódica, que o outro contraente faz, se vincula a segurar, isto é, se o sinistro ocorre, entregar ao outro contraente soma determinada ou determinável, que correspondeu ao valor do que foi destruído, ou danificado, ou que se fixou para o caso do evento previsto.*”⁴³

Pedro Alvim define o contrato de seguro como “*o contrato pelo qual o segurador, mediante o recebimento de um prêmio, obriga-se a pagar ao segurado uma prestação, se ocorrer o risco a que está exposto.*”⁴⁴

Verifica-se dos conceitos acima reproduzidos, que buscam apresentar as noções de diferentes sistemas jurídicos em diferentes épocas, que o foco da doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, é o do trinômio prêmio – risco – indenização (ou sinistro).

Esta orientação constitui a base do regime legal do Código Civil de 1916, que trazia definição do contrato de seguro focada no dever do segurador de pagar a indenização ao segurado no caso de ocorrência do evento coberto pela apólice⁴⁵.

A evolução da atividade econômica, acompanhada pela doutrina, deixou a descoberto a insuficiência da definição, que não levava em conta aspectos essenciais da operação de seguro.

De um lado, a definição legal do Código de 1916 não considerava a organização da empresa de seguro como um elemento essencial, a despeito de o direito brasileiro sempre ter adotado o modelo do controle estatal sobre a atividade securitária⁴⁶.

⁴² VASQUES, José. *Contrato de Seguro*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 94.

⁴³ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado, Tomo XXXVIII*. Campinas: Bookseller, 2005. p. 397.

⁴⁴ ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro, 3ª Ed.*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 113

⁴⁵ Considera-se 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. De maneira análoga encontra-se a concepção do seguro marítimo no Código Comercial (art. 666).

⁴⁶ Conforme se lê em MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, ob. cit., p. 401 e seguintes.

De outro lado, a definição se mostra falha por concentrar a prestação do segurador no pagamento de indenização acaso o sinistro ocorra, por duas razões. A primeira delas refere-se à própria questão da indenização, posto que a afirmação é válida apenas para a modalidade do seguro de danos, já que no seguro de vida não se pode corretamente falar em indenização (mas sim no pagamento de uma soma ou capital determinado).

Além disso, a definição trazida pelo regime de 1916 não abrangia a contraprestação do segurador referente à garantia ao segurado, independentemente da ocorrência ou não do sinistro. A prestação do segurador na forma do Código revogado correspondia a uma obrigação condicional, sujeita a um evento futuro e incerto (o risco).

Coube a Fábio Comparato introduzir elementos mais contemporâneos no estudo da disciplina do contrato de seguro, reconhecendo a existência de uma prestação do segurador ao longo do contrato, não sujeita a evento futuro e incerto, qual seja a prestação de garantia. Na sua proposta para o capítulo dos seguros no anteprojeto do Código Civil há a essência da definição que seria adotada no Código de 2002, como sendo a seguinte: *“pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento de um prêmio, a garantir um interesse legítimo do segurado contra riscos predeterminados.”*⁴⁷

Apresentam-se, desta forma, os contornos delineados da nova definição, da qual sobressaem quatro elementos essenciais – o prêmio, o risco, a garantia e o interesse garantido, aos quais se juntaria um quinto elemento, qual seja a empresarialidade do segurador.

De fato, o Código Civil de 2002 rompeu o conceito até então vigente e reconheceu aqueles elementos, estabelecendo, em seu art. 757, que o contrato de seguro é *aquele pelo qual o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados*.

Deve-se agregar à definição o texto do parágrafo único, pelo qual *somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada*.

⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. “Notas explicativas ao substitutivo ao capítulo referente ao contrato de seguro no anteprojeto do Código Civil” in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Ano XI (Nova Série), nº 5, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, pp. 143-152.

O novo conceito é relevante para a discussão que se segue sobre a natureza do contrato, posto que para se definir se se trata de um contrato aleatório ou comutativo há que se observar o conteúdo das prestações das partes.

Assim, a existência de uma prestação de garantia a cargo do segurador será objeto de exame nos capítulos seguintes por ser figura chave para se determinar a natureza do contrato, bem como a relação dos demais elementos que constituem o contrato com a sua natureza.

CAPÍTULO IV - CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS DE SEGUROS: A COMUTATIVIDADE

A classificação dos contratos em categorias, nos dizeres de Orlando Gomes, revela-se importante por permitir a aplicação de regras de subordinação idênticas ou afins a cada uma delas, havendo, pois, interesse prático no conhecimento de cada uma destas categorias⁴⁸.

Tradicionalmente os contratos são divididos em bilaterais e unilaterais, onerosos e gratuitos, consensuais e formais, solenes e não-solenes, principais e acessórios, instantâneos e de duração, de execução imediata e de execução diferida, típicos e atípicos, pessoais ou *intuitu personae* e impessoais, civis e mercantis, individuais e coletivos, causais e abstratos e comutativos e aleatórios.

Os contratos de seguro são contratos bilaterais, onerosos, consensuais, de adesão e comutativos. Conquanto não haja controvérsia nas quatro primeiras categorias, há acentuada disputa a respeito da última.

Para muitos sistemas jurídicos e autores o contrato de seguro é um contrato aleatório. Antes de se examinar a controvérsia em si, passa-se a verificar as características que guardam mais estreita relação com ela, a bilateralidade e a onerosidade.

(i) Contrato bilateral (sinalagmático)

O contrato de seguro gera obrigações para ambas as partes: para o segurado, a obrigação principal é a de pagar o prêmio estabelecido pelo segurador para a garantia prestada; para o segurador, de prestar a garantia sobre o interesse legítimo do segurado e pagar a indenização ou o capital segurado, no caso de ocorrer o sinistro.

Além dessas obrigações, há outras, impostas por lei às partes contratantes. Sem pretender a exaustão das obrigações, há de se mencionar, do lado imposto ao segurado: a de prestar

⁴⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 83

informações e declarações corretas e completas ao segurador⁴⁹; a de preservar o risco durante a execução do contrato⁵⁰; a de comunicar o segurador sobre fatos que possam agravar o risco coberto⁵¹; a de comunicar o segurador sobre a ocorrência de sinistro⁵² e de tomar todas as medidas para minorar os danos ou prevenir o sinistro⁵³.

Já do lado do segurador, vale a pena mencionar a obrigação de constituir reservas e provisões, de eventualmente contratar co-seguro ou resseguro, de pagar ao segurado as despesas de salvamento⁵⁴ e a de promover a regulação do sinistro caso este ocorra.

Muito se diz a respeito da possível discrepância entre a prestação a cargo do segurado e a prestação a cargo do segurador, em ambas as hipóteses (de haver ou não haver o sinistro). No primeiro caso, a prestação indenizatória do segurador terá, muito possivelmente, um valor monetário maior do que o montante pago pelo segurado a título de prêmio. Caso o sinistro não se verifique, a alusão é contrária, no sentido de que o segurado acaba suportando uma prestação maior que a do segurador.

O exame da operação técnica do seguro afasta qualquer razoabilidade sobre essa discussão, na medida em que a operação do seguro se funda sobre a contribuição de vários indivíduos expostos a riscos homogêneos, visando a prevenção contra o acontecimento daqueles riscos. Sem a contribuição de todos não se faz possível atender às necessidades de fundos para fazer frente aos pagamentos devidos.

Coube a Orlando Gomes esclarecer que, mesmo que se admita o desequilíbrio nas prestações das partes no contrato de seguro (com o que não se está de acordo), ainda assim

⁴⁹ Artigo 765, Código Civil: “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”.

⁵⁰ Artigo 768, Código Civil: “O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”.

⁵¹ Artigo 769, Código Civil: “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”.

⁵² Artigo 771, Código Civil: “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 conseqüências. Parágrafo único. Correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento conseqüente ao sinistro”.

⁵³ Artigos. 771 (acima reproduzido) e 779, Código Civil: “O risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou conseqüentes, como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa”.

⁵⁴ Artigos. 771 e 779, Código Civil (ambos acima reproduzidos).

resta preservada a sua bilateralidade ou o sinalagma⁵⁵. Vale dizer que a lição, embora sem reconhecer expressamente a comutatividade da operação, logicamente a admite, ao propor que o segurador presta desde o momento da celebração do contrato, ao assumir que *a obrigação do segurador tem como objeto a tutela do interesse segurado em se cobrir contra determinado risco*.

A despeito da aceitação doutrinária de que os contratos aleatórios são bilaterais, a bilateralidade do contrato de seguro se afere do próprio exame das prestações a cargo do segurador. Não só elas existem para o segurador (o que não se discute mesmo admitindo-se a natureza aleatória do contrato), como estão presentes em todo e qualquer contrato de

⁵⁵ “A classificação do contrato de seguro não é pacífica. Incluem-no, mais freqüentemente, entre os contratos bilaterais ou sinalagmáticos, entre os onerosos, aleatórios, e entre os simplesmente consensuais. Contudo, objeções se levantam a essas qualificações.

Contesta-se em primeiro lugar, a interdependência das obrigações que origina para as partes, pondo-se em dúvida sua estrutura sinalagmática. Não haveria, na execução das obrigações, a co-respectividade própria dos contratos bilaterais. Certas particularidades obrigariam a não admitir a existência dos sinalagmas genético e funcional. Se fosse geneticamente bilateral, o segurado nada deveria receber do segurador, como devolução do prêmio pago, em caso de anulação ou rescisão do contrato. No entanto, tem direito a receber parte do que pagou. Se fosse funcionalmente bilateral, o segurado, nas mesmas hipóteses de cancelamento do seguro, teria direito à restituição integral do que houvesse pago – o que não ocorre, visto que a restituição é parcial. Diz-se, ademais, que o seguro não é contrato bilateral porque só existe sinalagma quando ambas as partes têm, necessariamente, as respectivas obrigações. Se as obrigações contraídas por uma das partes admitem o inadimplemento sem conseqüências, não pode ser contrato sinalagmático. Desde, pois, que a principal obrigação do segurador, que é o pagamento da indenização, pode deixar de ser cumprida se o evento danoso não se verifica, o seguro não seria, por essa razão, contrato sinalagmático. Daí a afirmação de que a “a causa do pagamento do prêmio não é o pagamento da indenização, porque, se assim fosse, toda vez que o sinistro não se verificasse e, portanto, sempre que a indenização não devesse ser paga, o segurado deveria ter direito à restituição dos prêmios.

A essas impugnações, responde-se que a estrutura sinalagmática de um contrato não requer a interdependência das obrigações quanto a seu cumprimento. Por outras palavras, o contrato, para ser bilateral, não precisa ter sinalagma genético e funcional. Não deixa de ser sinalagmático somente porque não há interdependência funcional. Observam outros que a estrutura dos contratos aleatórios é tão singular que refutem eles à classificação que leva em conta a unilateralidade ou a bilateralidade dos efeitos. O seguro não se enquadraria, assim, nos contratos bilaterais, nem entre os unilaterais. Argumenta-se ainda que as objeções à estrutura sinalagmática do contrato de seguro assentam na suposição falsa de que a obrigação típica do segurador consiste no pagamento da indenização. Uma vez que se aceite a doutrina de qual tal obrigação tem como objeto a tutela do interesse do segurado em se cobrir contra determinado risco, dúvida não se poderá ter de que o contrato é sinalagmático. O segurador, em troca do recebimento do prêmio, assume o risco, a ele se expondo enquanto dura o contrato. Assim, ainda quando não ocorra o sinistro, estará cumprindo sua obrigação, visto que se permanece adstrito a ressarcir o dano eventual, tanto que se verifique. Observe-se que o interesse do segurado desdobra-se; fundamentalmente, é o de que o sinistro não se verifique, mas, ocorrendo, que não sofra o prejuízo, pelo recebimento da indenização que o segurador lhe deve pagar. Portanto, independentemente da ocorrência do sinistro, as duas obrigações, do segurador e do segurado, estão a se cumprir enquanto o contrato se acha em curso. Mesmo, porém, que se admita como causa do seguro a função indenizatória, a bilateralidade do contrato não poderia ser contestada sob o fundamento de que o segurador não está obrigado a restituir o prêmio se o sinistro não ocorre porque a incorporação do recibo ao seu patrimônio é conseqüência natural da estrutura aleatória do contrato. Necessário não é, finalmente, que a interdependência das prestações se manifeste na sua execução. Se assim não fosse, os contratos aleatórios seriam inadmissíveis, porquanto são necessariamente bilaterais e se caracterizam justamente pela inexecução potencial da obrigação de uma das partes” (GOMES, Orlando. *Contratos*. ob.cit., p. 472/473.)

seguro, na medida em o segurador deve prestar garantia ao interesse legítimo do segurado contra riscos predeterminados, além da prestação condicional, de pagar ao segurado a indenização, para a hipótese (se e/ou quando) de se verificar o sinistro.

(ii) Contrato oneroso

Diz-se que o contrato de seguro é oneroso na medida em que compete ao segurado pagar o prêmio para obter a garantia prestada pelo segurador. A correta estipulação do valor do prêmio e o conseqüente pagamento pelo segurado geram efeitos não somente para a relação jurídica bilateral que se trava entre segurado e segurador, mas também e principalmente para a constituição das reservas da companhia de seguros para que faça frente aos valores devidos por conta de indenizações a serem pagas na hipótese de sinistros.

A operação de seguro é operação de massa. Ela somente existe em tempos modernos por conta da possível realização de cálculos estatísticos e atuariais pelo segurador que lhe permitem pulverizar os riscos pela coletividade de segurados. Um contrato de seguro singularmente considerado implicaria a assunção de elevado risco para o segurador, denotando, sem sombra de qualquer dúvida, um verdadeiro caráter aleatório.

O segurador, por sua vez, tem o direito de receber o prêmio e não tem a obrigação de devolvê-la acaso não se verifique o sinistro. O prêmio remunera o segurador por sua prestação de garantia e compõe o fundo de reservas técnicas para fazer frente ao sinistro.

Assim, à obrigação do segurador de prestar garantia implica a contraprestação a cargo do segurado de pagar o prêmio. O prêmio é, pois, a prestação do contraente que quer o seguro⁵⁶. A doutrina é unânime em reconhecer no pagamento do prêmio uma obrigação fundamental (ou essencial) do tomador do seguro⁵⁷.

⁵⁶ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. ob. cit., p. 444

⁵⁷ Neste sentido, FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de Direito Securitário*, ob. cit., p. 49; NICOLAS, Véronique, *Traité de Droit des Assurances – Tome 3 – Le contrat d’assurance*. Paris: L.G.D.J., 2002. p. 605; CALERO, Fernando Sánchez, *Ley de contrato de seguro*. ob. cit., p. 287. Este último autor faz a síntese das razões pelas quais o prêmio se mostra fundamental para o contrato de seguro: “*Se dice por todos los autores que la prima es un elemento esencial en el contrato de seguro. Desde un punto de vista técnico-económico, porque el asegurador no puede efectuar la cobertura del riesgo si no recauda los fondos suficientes para cubrir las necesidades de la mutualidad de asegurados. Desde un punto de vista jurídico, porque la Ley considera que el contrato de seguro es oneroso, lo que la voluntad de las partes no puede desvirtuar.*”

(iii) *Contratos comutativos e aleatórios*

Para os fins deste trabalho importa analisar mais de perto a distinção entre contratos aleatórios e comutativos. De imediato tem-se que não há consenso sequer sobre a existência de uma categoria autônoma de contratos aleatórios e comutativos. Orlando Gomes diz que se trata de uma subdivisão dos contratos onerosos⁵⁸, enquanto Caio Mário da Silva Pereira diz tratar-se de uma subdivisão dos contratos bilaterais⁵⁹.

Conquanto não haja consenso o fato é que os contratos aleatórios ou comutativos são necessariamente bilaterais e onerosos.

Os contratos aleatórios são bilaterais e, portanto, existe a chance de haver prestações devidas por ambas as partes. Entretanto, a álea está na certeza (ou incerteza) de que a prestação de uma das partes de fato ocorra, podendo, pois, gerar um desequilíbrio nas prestações do contrato. Ao contrário, no contrato comutativo há um equilíbrio entre as prestações desde o momento da celebração do contrato.

Para Planiol e Ripert, um contrato oneroso é comutativo quando a extensão das prestações que as partes se devem é imediatamente certa e que cada uma delas possa apurar imediatamente o ganho ou a perda que lhe reserva o contrato. De outro lado, é aleatório o contrato tendo em vista um risco de ganho ou perda, do qual se faz depender essencialmente a existência ou a extensão das suas obrigações.⁶⁰

Clovis Bevilacqua há muito já havia dito que “*comutativos serão os onerosos, quando houver equivalência, aproximada ou exata, entre as prestações das duas partes contratantes; aleatórios, se as vantagens a obter são incertas e vacilantes, podendo ser*

⁵⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*, ob. cit., p. 83. Na mesma orientação, PLANIOL, Marcel e RIPERT, Georges. *Traité Pratique de Droit Civil Français, Tome VI – Obligations, première partie* ». Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1930, p. 48.

⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, III*, 11ª Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 68.

⁶⁰ PLANIOL, Marcel e RIPERT, Georges. *Traité Pratique de Droit Civil Français, Tome VI – Obligations, première partie* ». Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1930, pp. 48/49

*maiores, iguais ou menores do que as prestações realizadas para obtê-la, ou, até, absolutamente nulas.”*⁶¹

Diz Orlando Gomes que nos contratos comutativos “*a relação entre a vantagem e o sacrifício é subjetivamente equivalente, havendo certeza quanto às prestações.*” Nos aleatórios, ao contrário, “*há incerteza sobre se a vantagem esperada será proporcional ao sacrifício*”. O autor aponta para o fato de que a equivalência é subjetiva, não se exigindo que seja objetiva. O que se requer como requisito objetivo é a *certeza objetiva* das prestações no ato da conclusão do negócio⁶².

Para Caio Mário da Silva Pereira, são aleatórios “*os contratos em que a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida e suscetível de estimativa prévia, inexistindo equivalência com a da outra parte. Além disto, ficam dependentes de um acontecimento incerto.*” Comutativos, por sua vez, são os contratos em que “*as prestações de ambas as partes são de antemão conhecidas, e guardam entre si uma relativa equivalência de valores.*”⁶³

Para Nélson Borges, contratos aleatórios “*são convenções em que uma das partes tem sua prestação determinada no momento da celebração e a contraprestação da outra parte condicionada a evento que, embora identificado na vinculação, é incerto quanto à efetiva ocorrência e ao quando ela se dará, com riscos implícitos de ganho ou perda para os contratantes.*” Ainda segundo o mesmo autor, nos contratos aleatórios existirá sempre a satisfação de uma *conditio*, envolta em incerteza, que consubstanciará a responsabilidade da outra parte, convocada a satisfazer objetivamente a sua obrigação⁶⁴.

Pontes de Miranda propõe uma distinção entre contratos aleatórios típicos e atípicos. Nos primeiros a álea está no tipo do contrato. Para o autor, os contratos de jogo, de aposta e de seguros são contratos aleatórios típicos. Nos atípicos haveria a introdução de uma álea externa como cláusula do contrato⁶⁵.

⁶¹ BEVILACQUA, Clovis. *Direito das Obrigações*. Campinas: Red Livros, 2000. P. 256

⁶² GOMES, Orlando. *Contratos*, ob. cit., pp. 88/89

⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil, III*, ob. cit., p. 68

⁶⁴ BORGES, Nelson. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 722.

Os contratos aleatórios, conquanto muito próximos aos contratos condicionais, não se confundem com eles. Nos contratos condicionais, a eficácia do contrato fica sujeita à verificação do evento futuro e incerto; nos aleatórios, *“a incerteza ocorre em relação à extensão das vantagens procuradas pelas partes; o risco está na alternativa de ganho ou perda”*, não se sabendo qual parte sofrerá a perda ou obterá o ganho⁶⁶.

Importa ainda dizer que não é permitido que a álea fique a cargo de apenas uma das partes, posto esta situação implicaria em uma condição potestativa. Nesta hipótese o contrato seria nulo.

A doutrina indica que a relevância da classificação dos contratos em aleatórios e comutativos encontra-se na possibilidade da aplicação do instituto da lesão e da propositura de ação redibitória, que seriam permitidos apenas para os contratos comutativos⁶⁷.

De acordo com o art. 458, do Código Civil de 2002, é aleatório o contrato que diz respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assumirá, sem que tal fato afete o direito de a outra parte receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir.

Para o campo do contrato de seguro, entretanto, a distinção se mostra relevante para que se determine quais são as prestações das partes e, em especial, se há uma prestação devida pelo segurador independentemente da verificação do risco ou não.

Pode-se especular também a respeito de uma preocupação subjacente com a aceitação da natureza comutativa do contrato de seguro no que se refere à eventual obrigação de o segurador devolver o prêmio com a não verificação do risco. Esta seria uma possibilidade diante da não verificação do sinistro e, portanto, do fato de o segurador não pagar a indenização.

⁶⁵ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado, Tomo XXXVIII*. ob.cit. p. 493.

⁶⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. ob. cit., p. 89

Tal assertiva é absolutamente infundada, na medida em que a admissão da natureza comutativa do contrato de seguro parte do fundamento de que há um dever de prestar garantia e que essa garantia é prestada a partir do início da vigência da cobertura. Não por outra razão o Código Civil repudia tal hipótese a teor do seu artigo 764.

(iv) O seguro como contrato comutativo

Há acentuada divisão na doutrina estrangeira e na brasileira no que diz respeito à qualificação do contrato de seguro como comutativo ou aleatório.

Como visto, o contrato aleatório implica em duas características: a prestação de uma das partes subordinada à realização da álea cuja realização seja incerta, sem que isso signifique normalmente a possibilidade de a outra parte opor a exceção do contrato não cumprido, sendo a segunda característica diretamente associada à primeira, qual seja a possibilidade de haver uma perda ou ganho para uma das partes.

Levando o conceito para o campo do contrato de seguro, tem-se que a doutrina tradicional aplica-o por identificar neste contrato uma chance potencial de ganho ou perda para uma das partes contratantes. Essa perda potencial nasce da possibilidade de o segurador receber o prêmio e nada dever ao segurado, caso não se verifique o sinistro no curso de duração do contrato, ou da possibilidade de o segurador sofrer uma perda por ter de pagar uma indenização muito superior ao valor do prêmio recebido.

De outro turno tem-se o entendimento de que o contrato de seguro contém uma prestação incondicional a cargo do segurador, verificável desde o início da contratação ou, ao menos, desde o início da sua vigência.

1. A doutrina estrangeira

O recurso à doutrina estrangeira não traz unanimidade a respeito da natureza comutativa ou aleatória do contrato de seguro, muitas vezes por conta de disposições legais expressas,

⁶⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. ob. cit., p. 90; PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, III, ob. cit., p. 69

como ocorre na França, sendo de se notar, no entanto, um pendor para a natureza aleatória do contrato.

Planiol e Ripert informam o caráter aleatório do contrato de seguro, justificando a previsão legal da lei francesa. Para os autores, cada segurado é devedor do prêmio, enquanto a prestação do segurador é subordinada ao acaso, seja no que diz respeito à sua existência ou ao seu termo. Contudo, os autores reconhecem que, paradoxalmente, o benefício primordial do contrato de seguro é a supressão, do ponto de vista pecuniário, das áleas da existência. Apesar de haver uma potencial contradição, os autores entendem que a conciliação se dá na medida em que para o segurado o seguro compensa os riscos da vida e suprime as suas consequências econômicas.

Os mesmos autores reconhecem, no entanto, que o contrato, do ponto de vista do segurador, somente pode ser considerado como aleatório se analisado do ponto de vista de um contrato isolado, na medida em que a organização científica do seguro e a sua massificação permitem a neutralização das áleas relativas aos contratos. Assim, concluem que a supressão da álea é o resultado econômico final do contrato, que mantém, contudo, o caráter aleatório do ponto de vista jurídico⁶⁸.

Vivante, a quem cumpre, dentre outros grandes méritos, destacar a empresarialidade como elemento essencial do contrato de seguro, reconhece a importância da técnica securitária, que permite que a sua indústria seja mais equilibrada e prudente, mas manifesta-se no sentido da aleatoriedade do contrato individualmente celebrado.

A existência da possibilidade de perda ou ganho para uma das partes está na essência do contrato de seguro isoladamente considerado e nesta possibilidade reside a aleatoriedade do contrato⁶⁹. Para o autor italiano, mesmo que o contrato de seguro seja para o segurado a

⁶⁸ PLANIOL, Marcel e RIPERT, Georges. *Traité Pratique de Droit Civil Français, Tome XI – Contrats Civils, deuxième partie*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1932, p. 555. Ver também o Tomo VI – Obrigações, onde destacam, em nota de rodapé, a mesma questão, valendo destacar a seguinte passagem: “*Il est vrai qu’en fait, par le groupement d’un grand nombre d’opérations semblables, un des contractants, l’assureur professionnel ou l’organisateur d’une loterie par exemple, peut réduire à rien l’ensemble des aléas assumés par lui.*» mas destacam que «*Mais un contrat aléatoire envisagé individuellement engendre des risques de gain et de perte pour les deux parties.*» PLANIOL, Marcel e RIPERT, Georges. *Traité Pratique de Droit Civil Français, Tome VI – Obligations, première partie*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1930, pp. 49.

⁶⁹ VIVANTE, Cesare. *Del Contratto di Assicurazione*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese; 1936. p. 26

antítese da álea, ainda assim não se foge de seu caráter, porque aquele que contrata um seguro para prevenir-se de um risco que o ameaça, estipula um contrato de seguro que contém uma álea em sentido inverso.

Conclui Vivante que não há grande relevância prática para a questão, ao dispor que não há regras jurídicas distintas para os contratos aleatórios capazes de influírem sobre a disciplina jurídica do contrato de seguro. Entretanto, destaca que a precisão científica exige a solução da questão⁷⁰.

Donati retoma a questão e também defende a aleatoriedade do contrato de seguro. Para ele, não se exige para a aleatoriedade do contrato a incerteza da prestação, bastando que do evento dependa a proporção da quantidade da prestação que constitui o objeto da obrigação. Lembra ainda que não é necessário que o evento seja incerto, podendo ser certo, mas sem previsão de quando ocorra, como ocorre com a morte. Havendo a incerteza, o autor conclui que nem o caráter anti-aleatório do seguro para o segurado nem o caráter de empresarialidade para o segurador retiram a aleatoriedade do contrato.

Donati reconhece, já à época, a existência de dúvidas a respeito do caráter aleatório do contrato, fundada no duplo argumento de que, para o segurado, o contrato de seguro tem este caráter anti-aleatório e, para o segurador, a organização de uma empresa de seguros elimina a álea com a pluralidade de contratos. Entretanto, ainda assim o autor considera superadas estas teorias, posto que há o risco que recai sobre o segurado e há a álea contratual. De um lado, há a segurança da indústria de seguros em seu complexo e, de outro, a álea presente no contrato individual⁷¹.

Na Espanha, Fernando Sánchez Calero parte da análise do conceito de contrato de seguro determinado pela lei espanhola de seguros de 1980⁷². Para este autor o legislador espanhol partiu de um projeto que contemplava mais o aspecto da prestação indenizatória a cargo do

⁷⁰ VIVANTE, Cesare. *Del Contratto di Assicurazione*. ob. cit. p. 27

⁷¹ DONATI, Antigono. *Tratatto del Diritto delle Assicurazioni Private – Volume Secondo*. Milano: Multa Pacis, 1954. pp.40/41.

⁷² Artículo 1. Definición. “El contrato de seguro es aquel por el que el asegurado se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.”

segurador para, posteriormente, adotar a redação final, que tem como conceito central a cobertura de um risco.

Contudo, ao debater a natureza do contrato, o autor apresenta fundamentos apontados por aqueles que defendem a natureza comutativa do contrato, em especial a questão da supressão da álea pela atividade em massa necessariamente realizada pela indústria securitária, para apontar a crítica que mais se verifica a este respeito: a de que a atividade do segurador não se confunde com o contrato de seguro isoladamente considerado. Para o autor espanhol, o contrato, considerado desta forma, mantém a álea que permite o ganho ou a perda⁷³.

Na mesma linha encontra-se Joaquim Garrigues, para quem o contrato de seguro é um contrato aleatório, que preenche os requisitos do art. 1.790 do Código Civil Espanhol⁷⁴. Mais adiante, ao discorrer sobre as características do contrato de seguro, o insigne jurista espanhol retoma a aleatoriedade, sob o argumento de que o Código Civil daquele país assim cuida da matéria e que tal posição é aceita por ampla maioria da doutrina.

Desta forma, entende Garrigues que as prestações dependem de um acontecimento futuro e incerto (dano) ou que há de ocorrer em tempo indeterminado (morte)⁷⁵. Não deixa, porém, de reconhecer que a exploração em massa da atividade securitária suprime a “álea” no sentido de existir uma vantagem ou desvantagem para o segurador, porque as desvantagens

⁷³ “*Tampoco puede negar-se el carácter aleatorio del contrato por el hecho de que la actividad aseguradora no lo sea. Aquí, como se ha reprendido por los autores que constituyen la opinión dominante, se inciden en el equívoco de confundir la explotación del seguro – que ciertamente tiende a ser antialeatoria – con lo que sucede en el contrato de seguro considerado aisladamente. Este contrato es aleatorio porque en el momento de su conclusión “las partes no saben cuáles podrán ser las consecuencias económicas de la verificación del siniestro y, además, muy frecuentemente, se ignora por completo si este se verificara, así que puede suceder que el asegurador, aun habiendo cobrado las primas, no deba pagar la indemnización o bien que la cuantía de la indemnización sea más modesta que las primas o, al contraria, que sea mucho mayor. Esta aleatoriedad se produce también en los contratos de seguro de vida, ya que en éstos el pago de la indemnización del asegurador depende de que se produzca un hecho futuro e incierto (como sucede en el supuesto de seguros temporales para el caso de muerte y en los de sobrevivencia) o bien de un evento futuro del que es al menos incierto el momento en que ha de realizarse (seguros para caso de muerte a vida entre, seguros mixtos).”* (CALERO, Fernando Sánchez, *Ley de contrato de seguro: Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005, p. 46.)

⁷⁴ GARRIGUES, Joaquim. *O contrato de seguro terrestre*. 2a ed., Madrid, 1980. p.14

⁷⁵ “*Nuestro Código Civil menciona el seguro entre los contratos aleatorios, y este carácter es admitido por la mayoría de la doctrina. En el momento de cerrar el contrato, no sabe el contratante del seguro cuánto tendrá que pagar, ni sabe el asegurador si tendrá que pagar algo, cuándo y cuánto (seguro contra daños), o cuándo tendrá que pagar el capital convenido (seguro sobre la vida). Las prestaciones dependen de un acontecimiento incierto (el daño) o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado (muerte).*” (GARRIGUES, Joaquim. *O contrato de seguro terrestre*. 2a ed., Madrid, 1980. p.45)

de uns contratos compensam-se com as vantagens de outros e a exploração total se faz de acordo com cálculos precisos. Entretanto, da mesma forma que Sanchez Calero, reconhece que o contrato de seguro, isoladamente considerado, reveste-se da característica de aleatoriedade⁷⁶.

Jean Bigot, no Tratado de Direito de Seguros, inicia sua análise sobre a própria dificuldade de se conceituar o contrato aleatório no Código Civil Francês. Para o autor, o Código daquele país contempla duas definições para o contrato aleatório: uma em que as perdas podem ocorrer para as duas partes (art. 1104⁷⁷) e outra em que a chance de perda é para apenas uma das partes (1964⁷⁸).

Para referido autor, “o que caracteriza o contrato aleatório é a álea, a saber, o evento incerto”. Este evento incerto tem duas características distintas: de uma parte, ele torna a execução da prestação de uma das partes incerta. De outra parte, é esta incerteza sobre a existência, o montante ou a data de execução da prestação que é suscetível de gerar um ganho ou um risco de perda, seja para uma, seja para a outra parte, não se sabendo para qual antes do contrato. É (a álea) um elemento necessário e suficiente para caracterizar o contrato aleatório, pois ela integra de uma parte a incerteza do evento e de outra parte a aceitação e mesmo a busca de um desequilíbrio entre as prestações⁷⁹.

É deste conceito que grande parte dos autores aponta a álea como um elemento necessário do contrato de seguro, como decorre do art. 1.964 do Código Civil francês. O autor

⁷⁶ *Idem ibidem*, p. 45

⁷⁷ Article 1104 :

“ Il est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle.
Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire.”

⁷⁸ Article 1964 :

“ Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain.

Tels sont:

Le contrat d'assurance

Le prêt à grosse aventure

Le jeu et le pari

Le contrat de rente viagère.

Les deux premiers sont régis par les lois maritimes.”

⁷⁹ Tradução livre de : “ *Il nous semble que ce qui caractérise le contrat aléatoire, c'est l'aléa, c'est-à-dire l'événement incertain.* ” (BIGOT, Jean. *Traité de Droit des Assurances*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002, p. 63).

discorda, entretanto, dessa opinião. Para ele, não é certo que o contrato seja aleatório no sentido do art. 1.964, mas sim que o evento assegurado o seja.

A sua análise se estende para as origens do contrato do seguro na França, considerando que apenas os seguros marítimos eram previstos (e os seguros de vida proibidos por ilícitos e imorais). Para os seguros marítimos, o autor considera a aleatoriedade natural. Com a evolução dos seguros e a realização de operações de seguro de vida, houve o acréscimo de dificuldades conceituais. No seguro de vida “puro” o evento é certo, mas incerto o volume de prestações a cargo do segurado, pois não se sabe quando o evento ocorrerá. Nesse sentido, conclui que “*a necessidade de incerteza do evento no contrato de seguro é, portanto, evidente.*”⁸⁰ A incerteza é característica da prestação do segurador, não sendo pertinente, contudo, a existência de perda ou ganho para uma ou outra parte.

Jean Bigot recusa o caráter de perda ao fato de o segurador ter de efetuar o pagamento de uma indenização. Para ele, esta prestação é a contrapartida ao recebimento dos prêmios. A justificar sua posição, argumenta com a impossibilidade de o segurador de valer-se da sub-rogação antes da edição de lei própria prevendo esta medida (em 1930), porque se tratava de uma obrigação própria do segurador. Em sua concepção, as perdas podem ocorrer no nível da operação, mas não no do contrato tomado isoladamente.

Da mesma forma, para o segurado, o fato de não haver um sinistro não representa perda. Diferentemente do jogo ou aposta, onde o contratante joga com a sorte, no contrato de seguro este aspecto é estranho às partes. O seguro é feito por precaução.

Paradoxalmente a sua conclusão é no sentido de que, do ponto de vista jurídico, a noção de seguridade que é essencial ao contrato de seguro se traduz, do lado do segurador, em uma obrigação de cobertura do risco, diferentemente da obrigação de pagar a indenização, que pressupõe a sua realização.

Ao contrário da obrigação de pagar a indenização, que é aleatória, a obrigação de cobertura não é afetada por nenhuma álea. Ela existe desde a assunção do risco e confere ao contrato

⁸⁰ *Idem ibidem*, p. 65.

de seguro certo caráter “comutativo”. A álea é somente o requisito do evento. Em contrapartida, a existência de chance de perda ou ganho para as partes não é requisitada⁸¹.

André Favre Rochex e Guy Courtieu compartilham a mesma opinião de Jean Bigot. Como mencionado, a lei francesa estipula o contrato de seguro como aleatório e os autores defendem que, apesar da operação de seguro permitir a gestão coletiva dos riscos, “*os contratos de seguro, tomados individualmente devem permanecer aleatórios, sob pena de se fixar os prêmios no montante real dos sinistros que os concernem.*”⁸².

Yvone Lambert-Faivre e Laurent Leveneur também defendem o caráter aleatório do contrato de seguro, ressaltando, além da definição na própria lei, que a natureza aleatória do risco dá validade ao contrato de seguro. Os autores propõem, ainda, a divisão entre a operação de seguro e o contrato de seguro isoladamente considerado⁸³.

Hubert Groutel, na mesma linha, sustenta que o caráter aleatório do contrato de seguro requer a presença de uma dupla incerteza: a incerteza do evento, antes de tudo – o evento posto em risco é incerto por princípio, ao menos quanto à data de sua ocorrência – ou a incerteza do resultado, em seguida: a relação final dos efeitos produzidos pelo contrato é ignorada no momento da sua conclusão e depende da sorte⁸⁴.

José Vasques também defende a aleatoriedade ao se posicionar no sentido de que no contrato de seguro “*as partes se sujeitam a uma álea: a possibilidade de ganhar ou perder – a prestação da seguradora fica dependente de um evento futuro e incerto*”, concluindo que o contrato de seguro depende do risco, que por sua vez é considerado como o “*aspecto negativo da situação de incerteza, na medida em que reflete mais propriamente o perigo de um mal*”⁸⁵.

Isaac Halperin, por sua vez, repudia a idéia de que o contrato de seguros não tenha natureza aleatória, rejeitando a noção de que a exploração em caráter empresarial (e,

⁸¹ *Idem ibidem*, p. 67, com referência à doutrina de Luc Mayaux.

⁸² Rochex, André Favre e Courtieu, Guy. « *Le droit du contrat d'assurance terrestre* ». Paris : L.G.D.J., 1998. p. 76

⁸³ LAMBERT-FAIVRE, Yvone et LEVENEUR, Laurent. *Droit des Assurances. 12a Ed.* Paris: Dalloz, 2005, pp. 192/193. A citação é tradução livre de « (...) *les contrats d'assurance pris individuellement doivent rester aléatoires, à peine de fixer leurs primes au montant réel des sinistres qui les frappent.* »

⁸⁴ GROUTEL, Hubert. *Traité du contrat d'assurance terrestre*. Paris: LexisNexis Litec, 2008. p. 106

portanto, volumoso) exclua a álea. Para o jurista argentino a organização da atividade securitária pressupõe a álea⁸⁶. A mesma posição é adotada por Miguel A. Piedecabras⁸⁷.

Na Colômbia o contrato de seguro é legalmente definido como sendo aleatório. Esta característica não impede, porém, que Jaime Bustamante Ferrer e Ana Inês Uribe Osório critiquem a generalidade da definição. Para estes autores, a evolução da atividade securitária retira a álea do contrato (definida como a possibilidade de uma parte sofrer uma perda ou ganho) e não se poderia falar em contrato aleatório para uma parte e comutativo para a outra. Ao final, concluem que para certos riscos onde não há um volume suficiente de operações, poderia haver a aleatoriedade, mas refutam a noção da aleatoriedade como característica genérica do contrato de seguro⁸⁸.

De maneira análoga, Sérgio Baeza Pinto rejeita enfaticamente a natureza aleatória do contrato de seguro no Chile, por entender que não há perda nem ganho na atividade do segurador. Para o autor o contrato compreende transferência do risco e o prêmio é pago para essa transferência⁸⁹.

2. A doutrina brasileira – a corrente aleatória

A doutrina tradicional brasileira, forte nas características do contrato de seguro estabelecidas no Código Civil de 1916, não vacila em qualificá-lo como sendo um contrato aleatório. Nessa linha perfilam juristas de primeira grandeza como Carvalho Santos⁹⁰, Pontes de Miranda⁹¹, Eduardo Espínola⁹², Orlando Gomes⁹³, Caio Mário da Silva Pereira⁹⁴, Pedro Alvim⁹⁵ e Arnoldo Wald⁹⁶, dentre outros.

⁸⁵ VASQUES, José. *Contrato de Seguro*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 104/105

⁸⁶ HALPERIN, Isaac; BARBATO, Nicolás H. *Seguros – Exposición Crítica de Las Leyes 17.418, 20.091 y 22.400*. 3ª Ed.. Lexis Nexis Depalma.

⁸⁷ PIEDECABRAS, Miguel A. *Regime Legal Do Seguro – Ley 17.418*. Rubinzal: Culzoni Editores, 2006, p. 41.

⁸⁸ FERRER, Jaime Bustamante; OSORIO, Ana Inés Uribe. *Principios jurídicos del seguro*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1996, p. 14 e seguintes.

⁸⁹ PINTO, Sergio Baeza. *El Seguro*. Edición actualizada por Juan Achurra Larraín y Juan José Vives Rojas. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 34 e seguintes.

⁹⁰ CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1988, Vol. XIX, p. 205.

⁹¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo 45, p. 411.

⁹² ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2001, p. 658.

Em geral, o caráter aleatório do contrato de seguro relaciona-se diretamente com a noção de que a prestação essencial do segurador é a de pagar a indenização (ou a soma prevista nos casos de seguro de pessoa) no caso de ocorrência do sinistro, conforme preconizava o art. 1.432 do Código Civil de 1916⁹⁷.

Assim, o contrato de seguro tem seu eixo na figura do risco, que pode ou não acontecer. As prestações não têm equivalência no momento da contratação, sendo que o segurado pode ganhar ou perder neste momento, enquanto o segurador afasta a álea por meio da massificação da operação de seguro⁹⁸.

Sem embargo da função de indenização destacada no artigo do Código revogado, cumpre dizer que boa parte da doutrina referida já verificava no estudo do instituto outra prestação a cargo do segurador, desde a celebração do contrato, relacionada com a cobertura, fazendo pressupor a existência de uma obrigação de garantia⁹⁹.

De fato, Pontes de Miranda considera que há uma contraprestação do segurador ao assumir a álea¹⁰⁰. Afasta, pois, a idéia de que possa ou não haver prestação, dada a cobertura do risco¹⁰¹.

⁹³ Gomes, Orlando, op. cit., p. 463.

⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. III, p. 453.

⁹⁵ ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*, ob. cit., pp. 123 e seguintes

⁹⁶ WALD, Arnoldo. “*Direito Civil. Contratos em Espécie*”. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 286.

⁹⁷ Valendo fazer referência à doutrina de Pedro Alvim, que discorre sobre a questão da “transferência de risco do segurado ao segurador”, onde se lê que a “a prestação do segurador é a razão de ser do contrato. Constitui seu objeto. Corresponde aos efeitos econômicos do risco. Embora suportado pelo segurado, pode ele transferir, porém, por via do contrato, suas conseqüências financeiras para o segurador. É a indenização nos seguros de dano e a soma prevista nos contratos dos seguros de pessoa. Consiste, geralmente, num pagamento em dinheiro, mas pode ser também sob a forma de reposição, como acontece nos seguros de automóveis. O segurador manda reparar o veículo em oficina de sua confiança e o entrega ao segurado nas condições em que se achava antes do sinistro.” *Idem ibidem*, p. 114

⁹⁸ *Idem ibidem*, p. 123

⁹⁹ Nesse sentido, Pontes de Miranda aponta: “Cumpra observar que a contraprestação, que faz o segurador, no caso de sinistro, não é o objeto da dívida e das obrigações principais do segurador. Tal pagamento é eventual. O segurador contrapresta segurando, assumindo a álea. O contraente tem interesse no seguro mesmo se o sinistro não vem a ocorrer. No momento da conclusão do contrato de seguro, o segurador contrapresta. Cf. Antígono Donati (*Tratatto Del Diritto delle assicurazione private*, II, 20 s.) e Luca Buttaro (*L’interesse nell’assicurazione*, 96 s.)”. (MIRANDA, Pontes de, ob. cit., loc. cit.)

¹⁰⁰ *Idem ibidem*, p. 411

¹⁰¹ *Idem ibidem*, p. 410, valendo a sua citação: “Não se pode dizer que o segurador, se ocorre o sinistro, ou se cedo ocorre, presta a soma do seguro e, se não ocorre, enriquece-se com o prêmio, ao passo que o segurado, mesmo se há o sinistro, não ganha, porque só recebe indenização do que perdeu (sem razão, M.I. Carvalho de Mendonça, *Contratos no Direito Civil*, II, 280). O risco foi coberto até que se desse o sinistro e

Orlando Gomes chega mesmo a analisar a teoria da tutela do interesse segurado em sua obra, mas encontra na função econômico-social a razão para a aleatoriedade do contrato (o que deveria, inclusive, ser o motivo para que concluísse de outra forma). Para o mestre baiano, “a vantagem do segurador depende de não ocorrer o sinistro ou de não se verificar o evento em certo prazo.” Haveria no contrato de seguro uma “alternativa de ganho ou perda, não se sabendo qual das partes obterá a vantagem, ou sofrerá o prejuízo.”¹⁰²,

É de se dizer que a questão ganha, ou ao menos deveria ganhar, novo contorno com a disciplina do Código Civil de 2002, que, como visto, altera sobremaneira o conceito do contrato, para introduzir o elemento da garantia como o objeto da prestação do segurador.

Não obstante a nova disciplina, verifica-se que Ricardo Bechara defende enfaticamente o caráter aleatório do contrato de seguro. Diz que o art. 757 do Código Civil trata essencialmente de riscos, o que remete a eventos futuros e incertos. Enquanto a prestação do segurado é certa e incondicional (o pagamento do prêmio), a prestação do segurador é condicional e, portanto, incerta.

Em princípio, no momento da celebração do contrato nenhum dos contratantes poderá saber de antemão se terá um ganho ou uma perda, até que se verifique o evento, que é o que caracteriza o contrato aleatório. A questão da garantia é tratada por Ricardo Bechara como um “meio para que o fim colimado, dependente de um acontecimento futuro e incerto, seja realizado”¹⁰³. Verifica-se que para o autor o contrato centra-se somente no risco, razão pela qual o resultado de ganho ou perda para uma das partes é possível, conferindo ao contrato de seguro a natureza aleatória.

A despeito da previsão do art. 757, ensaios recentes demonstram a atualidade e a pertinência da discussão. Paulo Ricardo Vidal Rodrigues Junior sustenta a aleatoriedade do contrato de seguro, calcado na noção da essencialidade do risco para a existência do

o segurado obteve a cobertura; mesmo se o sinistro não sobreveio, cobriu-se-lhe o risco. Há sempre a prestação e a contraprestação, porque a entrega da soma é em virtude do que aconteceu, devido à álea.”

¹⁰² GOMES, Orlando, ob. cit., loc. cit.. Para a visão da análise de Orlando Gomes vale a transcrição feita na nota 55 acima.

¹⁰³ SANTOS, Ricardo Bechara dos, ob. cit., p. 16.

contrato. Para o autor, o contrato de seguro, do ponto de vista jurídico, deve ser considerado individualmente e, neste caso, há a sobrevivência da álea. O argumento da prestação do segurador como sendo a garantia do interesse segurado é refutado sob a ótica de que o contrato de seguro é bilateral e sinalagmático, aí residindo os direitos e deveres recíprocos dos contratantes¹⁰⁴.

Adalberto Pasqualotto¹⁰⁵ faz uma comparação entre a recente lei portuguesa que disciplina o contrato de seguros e o regime do Código Civil de 2002. O autor analisa as teorias que tratam o contrato de seguros como comutativo, para concluir que não têm embasamento, havendo uma confusão entre a causa do contrato e as prestações a cargo das partes.

Referido autor parte do princípio de que a garantia é a causa do contrato de seguro e não a prestação do segurador e recusa a idéia de que a garantia possa ser tratada como prestação¹⁰⁶, fundado na sua percepção de que haveria aí uma confusão entre o conceito de comutatividade e bilateralidade, que seria seu pressuposto. Para o autor, independentemente do contrato de seguro ser bilateral – pois haveria interdependência nas prestações – a prestação do segurador não é certa, o que lhe confere o caráter de aleatória¹⁰⁷.

Prosseguindo, o autor indaga a respeito do papel da garantia – se causa ou prestação – com relação aos seus efeitos sobre dois pontos essenciais: o primeiro, relativo às consequências sobre o contrato do risco inexistente e o segundo referente à natureza dos direitos do segurado enquanto não se verifica o sinistro.

Para o autor, o contrato de seguro sem risco é nulo, pelo que, como a garantia é cobertura do risco e, assumido que fosse prestação do segurador, não se poderia chegar à conclusão da nulidade dado que prestação não é requisito de validade de contrato¹⁰⁸.

¹⁰⁴ RODRIGUES JUNIOR, Paulo Ricardo Vidal. “A álea nos contratos de seguro e o risco para o segurador”, in Cadernos de Seguro, Janeiro de 2007, p. 19 e seguintes.

¹⁰⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. “Os papéis da álea e da garantia no contrato de seguro: uma visão das leis portuguesa e brasileira” in Revista dos Tribunais 885, julho de 2009, pp. 9 e seguintes.

¹⁰⁶ “Garantia – ou cobertura – é causa do contrato de seguro, pois realiza a função econômica-social de proteção dos interesses legítimos do segurado. Causa em sentido objetivo, porque também corresponde à atuação finalística do segurador, ao oferecer ao segurador a segurança de que ele necessita.” PASQUALOTTO, Adalberto. *Os papéis da álea ...* ob. cit., p. 22.

¹⁰⁷ *Idem ibidem*, p. 23

¹⁰⁸ *Idem ibidem*, p. 25

No que diz respeito à existência de uma pretensão do segurado com relação ao segurador antes da verificação do sinistro o mesmo autor a qualifica dentro da teoria dos direitos expectativos, que só se materializa com a ocorrência do sinistro¹⁰⁹. Desta forma, conclui que a natureza do contrato de seguro é de fato aleatória.

3. *A doutrina brasileira – a corrente comutativa*

Do outro lado encontram-se os autores que consideram o seguro como um contrato de natureza comutativa, na medida em que há equilíbrio entre as prestações das partes, não havendo a chance de ganho ou perda para nenhuma delas.

A comutatividade no contrato de seguro parte da observação da sua base técnica, retirando-lhe por completo a álea. De fato, se o contrato de seguro, isoladamente considerado, poderia levar à concepção de que uma parte pode “ganhar” ou “perder” sobre a outra parte, caso ocorra ou não o sinistro (que é um evento futuro e, no caso de danos, incerto), a consideração a respeito da massa de operações de contratos de seguro, devidamente tratada por métodos estatísticos e atuariais, permite que o segurador retire por completo o caráter aleatório do contrato.

Não somente por essa razão, mas também pelo fato de que desde o momento da sua conclusão o segurador presta uma garantia ao interesse do legítimo do segurado, entende-se que o contrato de seguro não é um contrato aleatório, mas um contrato verdadeiramente comutativo, em que a prestação das partes independe de qualquer evento futuro ou incerto.

Nessa corrente de interpretação encontram-se Vera Helena de Mello Franco, Ernesto Tzirulnik, Nélon Borges, J.J. Calmon de Passos, Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Konder Comparato, dentre outros¹¹⁰, sendo pertinente o exame dos pontos pelos quais os referidos juristas entendem ser o contrato de seguro um contrato comutativo.

¹⁰⁹ *Idem ibidem*, p. 27

¹¹⁰ Devendo haver menção ainda a Ivan de Oliveira Silva (*Curso de Direito de Seguro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008); Flávio de Queiroz B. Cavalcanti (“O conteúdo da prestação securitária e o contrato aleatório” in *Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil* – TZIRULNIK, Ernesto e CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B. (coord.) MP Editora, Ano 1, 1ª edição, janeiro de 2009. p. 95).

Vera Helena de Mello Franco indica justamente a empresarialidade da atividade securitária, associada ao dever de prestar a garantia, como o fundamento para a comutatividade do contrato¹¹¹. Em obra mais recente, a autora defende que a redação do art. 757 do Código Civil, que substitui a expressão indenização por garantia, torna clara a natureza comutativa do contrato¹¹². A autora aponta para a necessidade do exame da base extrajurídica do contrato para se compreendê-lo como um instrumento de prevenção e não somente de transferência de riscos¹¹³.

J.J. Calmon de Passos também menciona a estrutura da operação de seguros, pela qual se dá a constituição de um fundo comum de interesse dos segurados, gerido pela seguradora, como a razão pela qual o contrato deve ser tratado como comutativo e não aleatório¹¹⁴.

¹¹¹ “Para alguns, seria aleatório, pois a prestação da seguradora dependeria da ocorrência ou não do sinistro que, como acontecimento incerto, pode ou não ocorrer.

Mas não é essa a visão correta do contrato.

E aqui adentram na cena os fundamentos técnico-econômicos da exploração do seguro.

É que, em decorrência da exploração em massa do seguro pelas empresas seguradoras e das bases técnicas da sua exploração (idéia de mutualidade e de dispersão de riscos), a álea, no sentido de vantagem ou desvantagem para o segurado, é suprimida.

Tem-se em vista o conjunto dos contratos celebrados, pois as vantagens de um contrato são compensadas com as vantagens do outro e a exploração total é realizada com cálculos precisos.

Ademais, a prestação da seguradora não ocorre só no momento do pagamento da indenização ajustada, e sim desde o momento do aperfeiçoamento do contrato.

É desde a conclusão do contrato que a seguradora presta a garantia de resguardar o segurado contra as conseqüências de um evento futuro e incerto.

A prestação da seguradora não é o montante devido pelo sinistro, mas a garantia de que não terá conseqüências econômicas para o segurado.” (FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de direito securitário: seguros terrestres privados*. ob. cit., p. 26)

¹¹² FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos – Direito Civil e Empresarial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 277

¹¹³ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos – Direito Civil e Empresarial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 268, de onde se destaca: “Esses dados são importantes, pois não é possível apreender o instituto do seguro integralmente sem a compreensão dos seus fundamentos técnicos extrajurídicos. Sem a compreensão da mecânica operacional deste contrato e da sua base econômica, é impossível assimilar a existência do contrato de seguros como uma operação de prevenção – e não de mera transferência de riscos. E é esta visão que vai permitir, do ponto de vista jurídico, identificar o contrato de seguro como um contrato sinalagmático (comutativo e não aleatório), posição que mantenho ferrenhamente, em que pesem os mais de trinta anos, desde a primeira vez em que escrevi sobre seguros.”

¹¹⁴ “A doutrina contemporânea já precisou a natureza peculiar do contrato de seguro. É ele um contrato comutativo, em verdade um negócio jurídico coletivo, integrado pelos muitos atos individuais que aportam para o fundo comum os recursos tecnicamente exigidos para a segurança de todos em relação às incertezas do futuro. A massa comum dos recursos financeiros a ninguém pertence, em termos de propriedade individual, sendo algo em aberto e permanentemente disponível para atender às necessidades que surjam e para cuja satisfação foi constituída. Deve ela ser permanentemente reconstituída a cada utilização que se efetive, como deve estar ao alcance de quem precisa respirar, revestindo-se de boa qualidade que assegura a vida saudável, o ar que nos cerca.” (PASSOS, J.J. Calmon, “A atividade securitária e sua fronteira com os interesses transindividuais – responsabilidade da SUSEP e competência da Justiça Federal” in *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ano 88, Volume 763, maio de 1999, p. 95-102.)

Ernesto Tzirulnik defende a mesma posição, baseando-se na prestação de garantia a que está obrigado o segurador, aliado ao caráter transindividual do contrato de seguro, que exige uma multiplicidade de operações para que seja viável¹¹⁵.

Para Ovídio A. Baptista da Silva, o caráter comutativo do contrato de seguro advém da estrutura lógico-objetiva do próprio conceito, inserido num contexto comunicativo. O autor defende que de pouco adianta se pretender normatizar o contrato como sendo aleatório, como fazem diversas legislações, posto que nesta última circunstância o “*negócio jurídico de seguro desaparece, para dar lugar a outro contrato*”¹¹⁶.

Vale destacar, para encerrar a questão sob o ponto de vista da doutrina brasileira, a posição de Fábio Konder Comparato. Em sua tese de livre docência a respeito do seguro de crédito Comparato critica a posição da doutrina tradicional, não somente por conta de argumentos teóricos, mas especialmente por conta da observação do que ocorre na realidade social.

Para Comparato, a teoria tradicional, que limita a prestação do segurador ao pagamento da indenização não explica de forma suficiente a ausência de prestação do segurador no caso de não verificação do sinistro, o que feriria o caráter bilateral do contrato. Mais ainda, a teoria tradicional não levaria em conta a própria intenção do segurado ao subscrever uma apólice de seguro, pois é certo que procura a “*garantia de supressão do risco que pesa sobre si*”¹¹⁷.

Deve-se destacar que a crítica feita por Comparato à possibilidade de supressão da bilateralidade do contrato encontra a resposta na análise de Orlando Gomes, que a repele por conta da característica aleatória do contrato (conforme nota n. • acima).

¹¹⁵ Valendo a pena destacar as seguintes passagens de sua obra: “É importante frisar que o ser de garantia a obrigação a cargo do segurador implica a natureza comutativa do contrato de seguro: desde o estabelecimento do vínculo, contra o pagamento do prêmio pelo segurado, o segurador, imediatamente, passa a dever-lhe e, continuamente, prestar-lhe garantia.” (...) “O segurador necessariamente se vincula simultânea e sucessivamente a uma grande quantidade de segurados, sem o que a operação do seguro será impossível. E cada um dos vínculos individuais é do interesse de toda a massa de contratantes.” (TZIRULNIK, Ernesto *Regulação de sinistro (ensaio jurídico)*, São Paulo: Editora Max Limonad, 2001, p. 56 e seguintes)

¹¹⁶ DA SILVA, Ovídio A. Baptista. “Relações Jurídicas Comunitárias e Direitos Subjetivos”, in *1º Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001, pp.38/39.

¹¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito*. São Paulo: Editora RT, 1968. p. 136

Entretanto, a idéia de que há uma prestação de garantia que atrai o segurado para a celebração do contrato é a grande diferença para a doutrina tradicional e corresponde com exatidão ao exame da base técnica do contrato de seguros, posto que o que move o indivíduo a contratar seguros não é a possibilidade do recebimento de uma indenização em dinheiro, mas sim a sua aversão natural ao risco que faz com que esta técnica seja utilizada para se lidar com esta forma de incerteza.

(v) *A posição dos tribunais brasileiros*

A despeito do Código Civil de 2002 e das modificações introduzidas na disciplina do contrato de seguro, os tribunais brasileiros continuam firmes na posição de que o contrato de seguro é um contrato de natureza aleatória. A seguir são apresentados alguns exemplos de julgamentos, todos realizados já sob a ótica da nova lei, em que há apenas uma menção à possibilidade de reconhecimento da natureza comutativa do contrato de seguro.

Na apelação cível 1123271-0/8¹¹⁸, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo apreciou questão referente ao pedido de devolução dos prêmios pagos ao longo dos anos por segurado que teve seu pedido de renovação de seguro de vida rejeitado. O Tribunal entendeu que não teria ocorrido violação a nenhum direito do segurado, fundando-se na operação técnica e econômica do contrato de seguro. Não obstante a compreensão do contrato, calcada na soma de prêmios para a constituição de um fundo comum que paga apenas os sinistros ocorridos, o Tribunal entende que o contrato é aleatório.

Para aquela corte, *“a renovação compulsória do contrato de seguro de vida não tem base legal, porque implica retirar do contrato seu caráter aleatório e agravar os riscos, se não são mantidas condições seguras de equilíbrio entre o fundo mútuo arrecadado com os prêmios e os riscos que serão cobertos”*.

No corpo do acórdão verifica-se a menção ao fato de que o contrato *“não tem perfil comutativo, ou seja, não são coexistentes prestações recíprocas dotadas de certo equilíbrio entre si.”* Assim, o contrato *“é marcado pela aleatoriedade. O interesse do*

¹¹⁸ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apelação cível 1123271-0/8, 25ª Câmara, Rel. Des. Sebastião Flávio, j. 16/12/2008

segurado é que sequer seja ele uma das vítimas do evento coberto, mas apenas que, se o for, tenha garantida a vantagem econômica estipulada.”

O contrato de seguro, como adverte Vera Helena de Mello Franco, tem um cunho solidarístico inegável¹¹⁹. A importância das questões submetidas aos tribunais não pode ser ignorada, em especial quando se trata de casos de seguro de vida e de saúde. No caso em debate, entretanto, o tribunal paulista analisou e recusou pedido de devolução dos prêmios pagos ao longo da execução do contrato pelo segurado, diante da recusa da seguradora em renovar seu seguro.

Apesar de o tribunal ter entendido que a devolução não seria devida por conta do caráter aleatório do contrato de seguro (com chances de perdas para ambos os lados), o fato é que caso se tivesse reconhecido a sua natureza comutativa a conclusão haveria de ser a mesma. De fato, como o segurador presta com a garantia concedida ao segurado desde a contratação ou a vigência da apólice, não há que se falar em ausência de sua prestação. Desta forma, para cada período de tempo em que se deu a cobertura houve a correspondente prestação por parte do segurador, a rechaçar a pretensão do autor da ação.

No julgamento da apelação cível n. 218.922-4/7¹²⁰, o Tribunal de Justiça de São Paulo examinou hipótese que dizia respeito à validade de cláusula de contrato de seguro de transportes de bens e valores que excluía de cobertura situação em que o referido transporte se fizesse por apenas uma pessoa, sem a necessária escolta.

A sentença havia julgado a cláusula abusiva e o Tribunal reformou-a, por entender que a conduta do segurado configurava agravamento de risco, não havendo abusividade na cláusula, que se encontrava em conformidade com os postulados gerais do contrato de seguro, que admitem a exclusão de riscos, desde que haja coerência e seja objeto de informação ao segurado.

¹¹⁹ Conforme capítulo I e nota n. 46

¹²⁰ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apelação cível 218.922-4/7, 9ª Câmara – B Rel. Des. Mauricio Simões de Almeida Botelho Silva, Revisora Des. Maria Goretti Beker Prado, j. 27/03/2009, valendo destacar que a Revisora apenas reconhece a existência das duas correntes, sem manifestar adesão a alguma delas. A importância é no reconhecimento da existência de uma visão alternativa, posto que a ampla maioria das decisões refere-se ao contrato como aleatório, sem maiores considerações.

A desembargadora revisora, no entanto, negou provimento ao recurso, e, em voto bastante detalhado a respeito da natureza do contrato de seguro, reconhece a possibilidade de se tratar de um contrato comutativo, em que “*a prestação da seguradora é certa, garantia*”, sendo a função do contrato a de “*suprimir os efeitos do ato danoso, ao menos quanto ao seu conteúdo econômico*.” Não obstante, acolhe pedido do autor da ação, estendendo a garantia concedida no contrato, com o que se feriu a base técnica da operação por não se observar a existência de limites aos riscos assumidos e suas derivações.

O mesmo tribunal, ao decidir questão que versava sobre eventual má-fé do segurado, decidiu que a prestação de declarações falsas ou a omissão de informações a respeito das reais condições de saúde do segurado representam a supressão da álea que é intrínseca ao contrato, transformando-o em um contrato comutativo, pelo fato de que a prestação da seguradora seria certa.

Nas palavras do relator deste último acórdão, “*o contrato de seguro é tipicamente um contrato aleatório*”, com o que as informações omitidas e equivocadas levaram a que “*um contrato aleatório pela própria natureza foi transformado em comutativo, a dano de uma das partes, com o que o direito não se compadece*.”¹²¹,

Novamente o recurso ao caráter aleatório do contrato não justifica a decisão tomada, apesar da coerência interna do acórdão, posto que o contrato aleatório sem a álea é nulo.

Entretanto, há que se ressaltar que a prestação de declarações atende ao princípio da boa-fé que norteia o contrato de seguro, conforme será melhor detalhado em item apropriado. A idoneidade das declarações relaciona-se com o conhecimento do risco por parte do segurador, para que possa decidir se aceita ou não aquela cobertura e sobre o cálculo do prêmio, com especial interesse à composição do fundo comum de recursos para cobrir os eventuais sinistros. O vício encontra-se, pois, na formação do contrato de seguro, por violação a um dever por parte do segurado, e não na supressão da álea que justificaria a decisão.

¹²¹ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apelação cível 992.03.038379-9, 29ª Câmara, Rel. Des. Luís de Carvalho, j. 21/10/2009.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, não tem dúvidas em reconhecer a natureza aleatória do contrato de seguro. Em diversas vezes, provocado sobre a possibilidade de repetição de prêmios pagos pelo segurado para a cobertura do seguro de vida, aquela corte decidiu que *“os valores pagos a título de prêmio pelo seguro por invalidez ou morte não são passíveis de restituição, uma vez que a entidade suportou o risco, como é próprio dos contratos aleatórios”*¹²².

Mais uma vez o recurso ao caráter aleatório não se mostra suficiente, pois a mesma conclusão seria atingida se se admitisse a comutatividade do contrato, na medida em que o segurador presta com a garantia concedida ao segurado.

Em outra oportunidade, o mesmo tribunal enfrentou questão referente à assinatura de aditivo contratual durante grave cirurgia cardíaca, o que levou à discussão matérias como a aplicação do instituto do estado de perigo aos contratos aleatórios¹²³. Nesta situação, o Superior Tribunal de Justiça, apesar de partir do princípio de que o contrato de seguro é um contrato aleatório, entende possível a aplicação do instituto do estado de perigo para a anulação do referido aditivo contratual.

A natureza aleatória do contrato, segundo o Superior Tribunal de Justiça, implicaria na possibilidade, em tese, de que um consumidor viesse a jamais se utilizar da cobertura oferecida (isto é, a chance de perda ou ganho), sem que haja, por conta desta possibilidade, qualquer hipótese de inadimplemento ou enriquecimento sem causa de uma das partes (no caso, da seguradora).

(vi) Análise crítica

Do exame das teorias acima apontadas infere-se que a característica aleatória dos contratos de seguro fundamenta-se essencialmente na análise deste contrato isoladamente considerado, em detrimento da análise do conjunto de operações que constitui a base técnico-econômica da operação de seguros.

¹²² Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 617.152 – DF, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 02/08/2005.

No contrato de seguros isoladamente considerado, sob a visão tradicional, exsurge a possibilidade de perda ou ganho para uma das partes, sem que tal possibilidade configure um ilícito contratual, conformando-se com o preceito contratual. A possibilidade de perda ou ganho relaciona-se com o dever do segurador de pagar ou não a indenização ou o capital segurado na ocorrência do sinistro.

A mesma doutrina também recusa, de forma geral, a empresarialidade como um elemento essencial do contrato de seguro, abrindo o espaço para o exame de forma individualizada que se faz do contrato. Entretanto, esta afirmação não significa que não se reconheça a necessidade de a operação de seguros ser conduzida em massa, como uma exigência da mutualidade que caracteriza a operação.

A organização da empresa do seguro para a gestão da técnica da operação não é uma característica intrínseca ao contrato e, por conta disso, rejeita-se, também sob este fundamento, o caráter comutativo ao contrato, novamente sob o fundamento da análise individualizada do contrato de seguro.

Indo além, verifica-se que para o exame da natureza do contrato de seguro exige-se a análise do conteúdo das prestações a cargo das partes, segurador e segurado, mais especificamente na consideração a respeito do papel que a “prestação de garantia” exerce sobre a questão.

Neste sentido cogita-se a respeito do conteúdo da prestação a cargo do segurador – se de garantia ou de pagar uma quantia determinada – valendo destacar a posição de parte da doutrina que trata a garantia como uma “impressão subjetiva” do segurado ou mesmo como a causa do contrato, ao invés de ser, em si mesma, uma prestação.

Para o melhor desenvolvimento destes temas, visando atingir uma conclusão, os próximos capítulos tratarão destes elementos essenciais do contrato de seguro – o risco, a empresarialidade e a garantia e sua relação com a natureza do contrato de seguro.

¹²³ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 918.392 – RN, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11/03/2008

Ao final, assentada a natureza comutativa do contrato, serão apreciadas os deveres das partes e a interpretação proposta do contrato de seguro como consequência desta natureza.

CAPÍTULO V. O RISCO E A NATUREZA DO CONTRATO

A qualificação do contrato de seguro como um contrato aleatório decorre diretamente de seu vínculo com o risco. Nesse ponto, vale dizer que o risco antecede o contrato, como uma situação da natureza ou da sociedade. O contrato de seguro é técnica de se lidar com riscos, fazendo com que o risco seja um elemento essencial¹²⁴, exigindo sua compreensão, para que se destaque do contrato em si.

Yvonne Lambert-Faivre adverte para o fato de que risco é um conceito polissêmico, posto ser filosófico, econômico, cultural, técnico, antropológico, sociológico, jurídico, etc¹²⁵. O

¹²⁴ O seguro é um contrato e, portanto, um negócio jurídico. Para a distinção entre o seguro e outras figuras contratuais é importante se levar em consideração seus aspectos fundamentais. Antônio Junqueira de Azevedo define negócio jurídico como *todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide*. O **fato jurídico**, por sua vez, é o nome que se dá a todo fato do mundo real sobre o qual incide norma jurídica. O exame de qualquer fato jurídico deve ser feito em dois planos: existência e eficácia. O negócio jurídico admite este exame de existência e eficácia, mas requer, como caso especial do fato jurídico, a declaração válida. Interpõe-se, pois, o plano da validade entre o plano da existência e o plano da eficácia. A análise do negócio jurídico em três planos, na obra de Junqueira de Azevedo, determina o seu exame na busca dos elementos, requisitos e fatores. **Elemento do negócio jurídico** é tudo aquilo que compõe sua existência no campo do direito. Os elementos podem ser classificados como gerais, categoriais e particulares. Os **elementos gerais** são os elementos comuns a todos os negócios. Podem ser intrínsecos ou constitutivos (circunstancias negociais, objeto e forma) ou extrínsecos ou pressupostos (agente, tempo e lugar). Já os **elementos categoriais** são próprios de cada tipo de negócio; são *os elementos que caracterizam a natureza jurídica de cada tipo de negócio e são revelados pela análise doutrinária de cada categoria de negócio*. Eles não resultam da vontade das partes, mas da ordem jurídica, isto é, da lei e do que a doutrina e jurisprudência sobre ela constroem. Os elementos categoriais podem ser distintos em dois tipos: os que servem para definir cada categoria de negócio e que, portanto, caracterizam sua essência (*os elementos categoriais essenciais ou inderrogáveis*) e os que, embora sejam defluam da natureza do negócio, podem ser afastados pela vontade das partes, sem afetar o tipo de negócio (*os elementos categoriais naturais ou derogáveis*). Junqueira de Azevedo propõe como exemplo dos elementos categoriais essenciais o consenso sobre coisa e preço, na compra e venda; a manifestação do **animus donandi** e o acordo sobre a transmissão de bens ou vantagens, na doação; o consenso sobre a entrega e a guarda de objeto móvel, no depósito; o acordo sobre a entrega e o uso gratuito de coisa infungível, no comodato; a declaração de comunidade de vida entre um homem e uma mulher com celebração pela autoridade, no casamento; a disposição de bens para depois da morte, no testamento, etc. Para os elementos categoriais naturais os exemplos são da responsabilidade pela evicção, na compra e venda e nos contratos onerosos de disposição de bens; a responsabilidade pelos vícios redibitórios, nos contratos comutativos; a gratuidade, no depósito, no mútuo e no mandato, etc. (pp. 34/35).

Junqueira de Azevedo propõe ainda que toda declaração de vontade compõe-se de três elementos: circunstâncias negociais, forma e objeto, sendo o primeiro elemento a essência de todo negócio jurídico, dando-se a origem da variação de tipo de negócio para negócio nos outros dois elementos (forma e objeto). Assim, há negócios cujo elemento categorial inderrogável é a forma, pelo que são chamados de negócios abstratos e outros cujo elemento categorial inderrogável é o objeto, constituindo os negócios causais. Propõe-se, em função da causa, sendo ela referente a fatos anteriores ou fatos futuros, a divisão entre elementos objetivos com causa pressuposta e elementos objetivos com causa final. (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio, *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000)

¹²⁵ LAMBERT-FAIVRE, Yvone et LEVENEUR, Laurent. *Droit des Assurances*. 12a Ed. Paris: Dalloz, 2005, p. 253.

risco permeia a atividade humana, seja no que diz respeito ao indivíduo, seja no que se refere às empresas. O risco relaciona-se com a incerteza, mas na teoria econômica de Frank Knight apreende-se que dela se separa por permitir seja objeto de estudo e tratamento estatístico atuarial¹²⁶. Assim, o risco está na base técnica do contrato de seguro.

i. Conceito

De acordo com Pedro Alvim, a noção de risco se assemelha a acontecimento ou evento e seu conceito é o de “*acontecimento possível, futuro e incerto, ou de data incerta, que não depende somente da vontade das partes.*”¹²⁷

Para Sánchez Calero, o risco é a possibilidade de um evento danoso, destacando-se que o risco que interessa ao contrato de seguro é aquele que está nele contemplado, uma vez que o contrato deve fixar os limites e modalidades do risco coberto pelo segurador. Para o autor espanhol, da definição infere-se que os elementos essenciais do risco são a possibilidade e o evento danoso¹²⁸.

Pode-se dizer, então, que o risco corresponde ao evento possível, futuro e incerto cuja verificação implica em lesão ao interesse do segurado.

Dessa definição extraem-se as seguintes características do risco: (i) acontecimento possível; (ii) futuro; e (iii) incerto.

(i) *Acontecimento possível*: o risco, como consequência lógica, refere-se a um evento que possa acontecer, que possa se verificar concretamente. Pedro Alvim menciona a possibilidade de duas espécies de impossibilidade, a absoluta e a relativa. A primeira resultaria da própria natureza das coisas ou de impedimento legal, enquanto a segunda decorre de circunstâncias existentes por ocasião do contrato¹²⁹.

¹²⁶ Conforme Capítulo I

¹²⁷ ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*, ob. cit., p. 215.

¹²⁸ CALERO, Fernando Sanchez (director). *Ley de Contrato de Seguro*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2005.

¹²⁹ ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*, ob. cit., p. 216. É importante notar que o autor apresenta, como exemplo da impossibilidade absoluta por restrição legal, a figura do suicídio voluntário, que à época da obra não podia ser objeto de cobertura no seguro de vida. Com o advento do Código Civil de 2002 e a disposição contida no parágrafo único do art. 798, que fulmina de nulidade a cláusula excludente da obrigação de pagamento do seguro em caso de suicídio após o prazo estabelecido no “caput”, a conclusão seria naturalmente diferente.

Vera Helena de Mello Franco indica que entre a impossibilidade e a certeza encontram-se os graus de possibilidade do evento, sendo que a sua graduação depende de elementos subjetivos de prudência ou negligência do segurado¹³⁰.

(ii) *Acontecimento futuro*: o risco, além de ser possível, deve se referir a acontecimentos que possam ocorrer no futuro. Não há seguro para risco passado. O Código Civil de 1916 estabelecia expressamente na definição do contrato de seguro que a proteção era conferida para “riscos futuros”. O Código atual não traz esta característica no conceito do contrato, mas impõe pena ao segurador que sabe passado o risco de que o segurado pretende se cobrir, qual seja a de devolver ao segurado o dobro do prêmio recebido (art. 773).

Trata-se de disposição legal em estreita consonância com a base técnica do contrato de seguro. O seguro advém da prevenção do risco por sua pulverização entre indivíduos que se encontram expostos aos mesmos riscos. Se não há exposição do indivíduo ao risco há o locupletamento do segurador, justificando-se a pena¹³¹.

Para que se dê a aplicação da pena, no entanto, exige-se o prévio conhecimento do segurador, sem o que a questão se resolve pela nulidade do contrato. Caso a equação seja inversa, isto é, o risco passado se deva a comportamento imputável ao segurado, este perde o direito à indenização e continua obrigado ao pagamento do prêmio, como decorrência do dever de prestar declarações exatas ao segurador (art. 766)¹³².

O contrato de seguro terrestre não se ocupa da figura do risco putativo, que se refere ao risco que existe no imaginário do segurado, mas que ou já passou ou já se verificou. Apenas o Código Comercial, no seguro marítimo, contempla tal previsão, que se justifica

¹³⁰ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos – Direito Civil e Empresarial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 295.

¹³¹ Pontes de Miranda assim comentou a justificativa da pena: “*Risco inexistente na ocasião da conclusão do contrato*. Pode ocorrer que o risco, de que se cogita, nunca tenha existido, ou haja cessado de existir antes da conclusão do contrato. A técnica legislativa tem duas atitudes à sua escolha: ou a) considera que a inexistência do risco por si só faz nulo o contrato, ou b) o tem por nulo se o segurador conhecia a inexistência, mas estabelece pena ao segurador ciente. O Código Civil, art. 1.446, preferiu a solução b). Assim, se o risco não existia, mas o segurador ignorava isso, é nulo o contrato. É preciso que o segurador o conhecesse para que haja sanção. Assim também estatui o Código Comercial, art. 679, com mais rigor. É a chamada solução jurídica do risco putativo.” (MIRANDA, Pontes de, *Tratado de Direito Privado*, Tomo XLV, p. 462)

¹³² FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de Direito Securitário*, ob. cit., p. 45

muito mais por características históricas – condições tecnológicas da telecomunicação – que tende ao desuso dado o avanço dos meios de comunicação entre os navios e as bases em terra firme.

(iii) *Acontecimento incerto*: a essência do risco é sua incerteza. O segurador pode, com base em suas análises e estudos técnicos, prever com boa dose de acurácia as frequências e intensidades de verificação de cada um dos riscos, mas não pode prever com qual segurado e a que momento o risco se verificará. A incerteza do risco vem desta característica.

A incerteza pode ser absoluta ou relativa. A primeira forma refere-se à incerteza quanto à verificação do evento (*como, se e quando*), enquanto a relativa diz respeito a quando o evento ocorrerá, uma vez que não há dúvida sobre a sua verificação (e.g., a morte no seguro de vida) ¹³³. Pedro Alvim estabelece dessa diferença que a obrigação do segurador no contrato de seguro, no primeiro caso, seria condicional, enquanto no segundo representaria uma obrigação a termo¹³⁴. Conquanto seja possível concordar com a afirmação, deve-se ressaltar que a obrigação essencial do segurador é a de prestar garantia ao segurado. A obrigação de indenizar é dependente, aí sim, da condição ou do termo.

ii. *risco e aleatoriedade do contrato*

O risco é um acontecimento essencialmente aleatório. Ele pode ou não ocorrer durante a execução do contrato de seguro, dando ensejo ao dever de indenizar. Entretanto, dada a possibilidade de tratamento estatístico dos eventos associados aos riscos, o segurador tem condições de saber a frequência e a intensidade com que ocorrerão, sem, porém, saber sobre quem incidirá o sinistro.

Não se pode, contudo, extrair do caráter aleatório do risco a natureza aleatória do contrato de seguro. Haveria, nessa situação, uma confusão indevida entre a característica de um elemento do contrato com a sua própria natureza. O fato de se considerar que o contrato de seguro sem o risco é nulo (ou, na doutrina de Junqueira de Azevedo inexistente por faltar-

¹³³ ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*, ob. cit. p. 218; FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de Direito Securitário*, ob. cit. p. 45.

¹³⁴ ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*, ob. cit., p. 218

lhe um elemento categorial inderrogável) não implica reconhecer a aleatoriedade do contrato, por transmissão daquela característica do risco à natureza do contrato.

Vale dizer, novamente, que a aleatoriedade relaciona-se com a chance de ocorrer perda ou ganho de uma das partes contratantes, sem que isso represente qualquer forma de ato ilícito. O risco, nesse sentido, é aleatório, sem implicar, todavia, na qualificação do contrato de seguro, uma vez que esta depende do exame das prestações a cargo das partes e o risco não entra neste exame.

Nesse sentido verifica-se que a prestação principal devida pelo segurador em decorrência da celebração do contrato de seguro é a de garantia, o que lhe confere o caráter comutativo. Este será o objeto de estudo do capítulo seguinte.

CAPÍTULO VI - A GARANTIA E A ALEATORIEDADE

Este tópico busca avaliar o conceito de garantia e sua incorporação como um elemento essencial do contrato de seguro, após o que se discutirá se a garantia é causa do contrato ou prestação a cargo do segurador, o que se revela importante para se fixar a sua natureza.

(i) *A obrigação de garantia*

Diz-se, tradicionalmente, que as obrigações são de meio e de resultado. Nas primeiras, a prestação do devedor contém acentuado caráter pessoal e, embora se busque o resultado desejado pelas partes na contratação, há especial ênfase em “como” a obrigação foi prestada. Ao contrário, na obrigação de resultado o devedor deve prestar o resultado contratado¹³⁵.

Fábio Comparato considera a existência de um “tertium genus” a ser observado na classificação das obrigações: as obrigações de garantia. Para o autor, o conteúdo da obrigação “*é a eliminação de um risco que pesa sobre o credor.*” A eliminação do risco corresponde, em essência, à reparação das consequências de sua realização, mas o autor adverte que “*mesmo que esta [o risco] não se verifique, a simples assunção do risco pelo devedor da garantia representa o adimplemento da sua prestação*”. Para o autor as obrigações do segurador são desta natureza¹³⁶.

¹³⁵ Valendo transcrever excerto da lição de Fábio Konder Comparato: “*Há, assim, certas obrigações cuja prestação não consiste em um resultado certo e determinado a ser produzido pelo devedor, mas simplesmente numa atividade diligente deste em benefício do credor. O exemplo-padrão é o contrato de prestação de serviços profissionais pelo médico ou pelo advogado. O paciente que procura um médico deseja obviamente o restabelecimento de sua saúde. Mas este resultado, embora seja a causa essencial do contrato, não pode constituir o objeto do pactuado. O que o paciente está no direito de exigir é que o médico lhe dispense um tratamento consciencioso, diligente e conforme aos progressos da ciência médica. Não pode, porém, exigir que tenha infalivelmente a sua cura; nem pode este inculcá-la ou anunciá-la como infalível, sob pena até de navegar nas águas do curandeirismo (Código Penal, art. 283). Por outras palavras, o conteúdo da obrigação, na hipótese, não é um resultado determinado, mas a própria atividade do devedor, isto é, os meios tendentes a produzir o resultado almejado.*” (COMPARATO, Fábio Konder. “Obrigações de Meios, de Resultado e de Garantia” in *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1978. pp. 526/527)

¹³⁶ *Idem ibidem.*, p. 537

A questão da eliminação do risco deve ser examinada sob a ótica do contrato de seguro. Já se ressaltou que no seguro não se opera a transferência do risco do segurado ao segurador¹³⁷, mas a prevenção das consequências do risco por sua pulverização por um grupo de elementos¹³⁸ homogêneos expostos ao mesmo risco, em que apenas poucos serão afetados pelas consequências negativas da realização dos riscos cobertos.

A garantia em geral não é considerada como uma prestação a cargo do segurador pela parte da doutrina que considera o contrato de seguro como um contrato aleatório. Entretanto, há que se destacar que há a aceitação de alguns autores de que o segurador presta, ainda que o sinistro não se verifique¹³⁹.

Vera Helena de Mello Franco afirma que a contraprestação da seguradora é a garantia, pois esta assume, a partir da conclusão do contrato, “*as consequências econômicas dos danos, porventura carreados ao segurado.*”

Como consequência, tem-se que a contratação do seguro já implica em deveres para o segurador, tais como o de constituir reservas para eventuais sinistros, contratar resseguro, dentre outras, evitando o risco de insolvência.¹⁴⁰ A garantia contrapõe-se à indenização por ser uma obrigação constante, que tem início com a conclusão do contrato e perdura por todo o período coberto¹⁴¹.

Donatti rejeita esta posição, por entender que o atendimento às bases técnicas do contrato de seguro não representa uma obrigação que deriva da vontade das partes nem da lei, mas sim da disciplina da empresa: trata-se de uma obrigação do segurador com relação ao

¹³⁷ Conforme nota 113.

¹³⁸ Indivíduos ou empresas

¹³⁹ Nesse sentido a clara manifestação de Pontes de Miranda para quem “*O segurador vincula-se com a promessa, mas cumpre a promessa pelo fato mesmo de segurar. Prestou o seguro, isto é, prestou a suportação do risco. A prestação é o seguro: vincular-se a segurar é vincular-se a indenizar ou entregar o benefício. A existência da álea perturba os incautos na análise da figura contratual; mais ainda os dois tempos: o da prestação, que é o seguro, e se chegou o momento de indenizar ou de entregar o benefício, esse adimplemento após o adimplemento básico, que foi a vinculação do seguro.* É, pelas razões acima expostas que, se não se verifica o sinistro, o segurador adimpliu.” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Tomo XLV. Campinas: Bookseller, 2006. p. 425)

¹⁴⁰ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de Direito Securitário*, ob. cit., pp. 56/57 e *Contratos*, ob. cit., p. 303.

¹⁴¹ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos*, ob. cit., p. 303.

estado e não ao segurado, que não tem direito de ação para o cumprimento do dever¹⁴². Para o conceituado autor italiano, a obrigação principal do segurador é a que tem por objeto a prestação de pagamento da indenização¹⁴³.

Para Ernesto Tzirulnik *et alii*, a garantia corresponde ao objeto principal do contrato de seguro e à prestação essencial do segurador.¹⁴⁴

Fábio Comparato estabelece claramente a diferença entre o dever do segurador de indenizar o segurado na ocorrência do sinistro da existência de uma obrigação de garantia. A obrigação de garantia (que corresponde, para o autor, a um *tertium genus* da obrigação de diligência e obrigação de resultado¹⁴⁵) independe do sinistro e verifica-se ao longo do contrato de seguro¹⁴⁶.

Parte da doutrina contemporânea, contudo, ainda não considera a relevância da garantia na conformação do contrato de seguro, a despeito da redação do art. 757 do Código Civil de 2002, com a definição legal do contrato de seguro.

Nesta linha, Ricardo Bechara, fiel à natureza aleatória do contrato de seguro, reduz a importância da garantia no contrato de seguro, por considerar que a sua concessão, desde a contratação ou aceitação do risco pelo segurador, “*seria a oferta de uma sensação de*

¹⁴² DONATI, Antigono. *Tratatto del Diritto delle Assicurazioni Private – Volume Secondo*. Milano: Multa Pacis, 1954. pp.31

¹⁴³ *Idem ibidem*, p. 31

¹⁴⁴ “A comutatividade tem por base justamente o reconhecimento de que a prestação do segurador não se restringe ao pagamento de uma eventual indenização (ou capital), o que apenas se verifica no caso de sobrevir lesão ao interesse garantido em virtude da realização do risco predeterminado. Tal prestação consiste, antes de tudo, no fornecimento de garantia e é devida durante toda a vigência material do contrato. A comutação ocorre entre prêmio (prestação) e garantia (contraprestação). Ao obter garantia do interesse para a hipótese de realização do risco predeterminado (sinistro), o segurado obtém uma vantagem ou atribuição patrimonial sem a qual permaneceria em estado potencial de dano. É por isso que a garantia, como prestação devida pela seguradora, deve estar respaldada em provisões patrimoniais bastantes que, ausentes, caracterizam inadimplemento independentemente da efetiva ocorrência de sinistros.” (TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 30)

¹⁴⁵ Obrigações de Meios, de Resultado e de Garantia” in *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1978. Também sobre o tema, conferir, deste mesmo autor: “Notas Retificadoras sobre Seguro de Crédito e Fiança, in *Direito Empresarial*”. In: *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 444.

¹⁴⁶ “Daí a concepção da obrigação própria do segurador como uma obrigação de garantia, ou dever de prestar segurança (*Sicherheitsleistung*), e a qualificação do contrato de seguro como um contrato de garantia. Pelo contrato de seguro, o segurado obtém, independentemente do sinistro, e pois da indenização, a transferência à seguradora do risco que afeta o seu interesse.” (COMPARATO, Fábio Konder, *O seguro de crédito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1968, p. 136)

conforto para o segurado, consistindo apenas no meio, para que o fim colimado, dependente de um acontecimento futuro e incerto, seja realizado.^{147,}

Não parece, contudo, que a proposta redução da importância do elemento garantia na análise do contrato de seguro deva ser acolhida sem ressalvas. A definição da garantia como uma mera sensação de conforto não encontra respaldo no texto legal, que a coloca claramente como uma ação a cargo do segurador.

Ademais, viu-se, com base no trabalho de Fábio Comparato, que a obrigação de garantia pode ser considerada como uma espécie de obrigação, não sendo razoável reduzi-la a mero meio para a obtenção de uma finalidade. É fato que a garantia implica em obrigações acessórias por parte do segurador, em especial a de se preparar para fazer frente ao pagamento eventual de sinistros, cumprindo-lhe, neste sentido, fazer as reservas necessárias para tal finalidade.

O seguro, como forma de prevenção de riscos, conforma-se com a obrigação de garantia que incumbe ao segurador, pelo que não se pode concordar com a idéia de que a garantia seja um mero meio para se atingir um resultado.

Adalberto Pasqualotto, em estudo já citado¹⁴⁸, propõe que a análise da garantia está no cerne da definição do contrato de seguro como aleatório ou comutativo. Para que se aprofunde o exame, o autor propõe que duas questões sejam esclarecidas: a primeira, referente aos efeitos do contrato de seguro sobre risco inexistente e a segunda sobre eventual pretensão do segurado antes da verificação do sinistro.

No que diz respeito à primeira, o autor parte da noção de que o contrato de seguro sobre risco passado é nulo, para argumentar que *“se a garantia – que é cobertura do risco – fosse prestação não se poderia cogitar de nulidade, pois prestação não é pressuposto de validade do contrato (nem requisito de existência), é efeito”*¹⁴⁹.

¹⁴⁷ SANTOS, Ricardo Bechara dos. *Direito de seguro no novo código civil e legislação própria*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2006, p. 16.

¹⁴⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. *O papel da álea.*, ob. cit.

¹⁴⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. *O papel da álea.*, ob. cit., pp. 24/25

A questão colocada pelo autor a respeito da nulidade do contrato sem o risco ignora, entretanto, o fato de que o risco em si é um elemento essencial do contrato de seguro. É a ausência deste específico elemento que fulmina de nulidade o contrato – e não a indagação a respeito da natureza da garantia como prestação ou elemento do contrato que nulifica o negócio jurídico.

Vale ainda dizer, observando o rigor técnico, que o risco é elemento de existência do contrato, conforme propõe Junqueira de Azevedo¹⁵⁰. Os elementos categoriais inderrogáveis, que permitem a identificação do tipo contratual, encontram-se na lei.

Com a clareza do disposto no art. 757 é irrefutável que ambos – a garantia e o risco – constituem elementos essenciais desta figura contratual. Risco e garantia não se confundem. O risco é o acontecimento futuro e incerto cujos efeitos danosos são prevenidos ou mitigados pelo contrato de seguro, como verificado no capítulo V. A garantia, por sua vez, é a contraprestação do segurador que existe desde o momento da contratação do seguro ou da entrada em vigor da apólice, caso não sejam coincidentes.

Pasqualotto propõe ainda a discussão acerca da posição do segurado diante do segurador antes da verificação do sinistro, para que se apure se a garantia é uma obrigação e se o seu descumprimento por parte do segurador ensejaria qualquer forma de pretensão por parte do segurado.

Como em tese não há tutela jurídica para qualquer pretensão do segurado diante do segurador, não se estaria diante de uma verdadeira prestação. Conclui, então, o autor que a garantia *“é causa do contrato e fator externo. O risco, elemento essencial e fator interno, relaciona-se com o interesse protegido.”*

Importa considerar, neste particular, a questão da causa do contrato. Conforme a doutrina de Junqueira de Azevedo, *“a causa é um fato externo ao negócio, mas que o justifica do ponto de vista social e jurídico, enquanto o elemento categorial objetivo é justamente a referência que se faz a esse fato, no próprio conteúdo do negócio.”*¹⁵¹

¹⁵⁰ Conforme nota 124 supra.

¹⁵¹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio Jurídico...* ob. cit., pp. 147/148

Prosseguindo em sua análise, Junqueira de Azevedo expõe que o elemento categorial inderrogável objetivo¹⁵² consiste numa referência à causa, sendo que é o primeiro e não a segunda quem fixa o regime jurídico a que o negócio obedece¹⁵³. Esclarece, ainda, que nos dias de hoje predomina a noção de sentido objetivo da causa, como sendo a função prático-social ou econômico-social do negócio¹⁵⁴.

O conceito de causa do negócio jurídico foi elucidado por Betti, para quem “*a causa ou razão do negócio se identifica com o negócio todo, na síntese de seus elementos essenciais, como totalidade e unidade funcional no qual se explica a autonomia privada. Os elementos necessários para a existência do negócio jurídico são pressupostos indispensáveis à função típica que é a sua característica. A causa é, portanto, a função econômico-social do negócio, enquanto explicitação da autonomia privada, a qual é um fenômeno social antes de ser, como o reconhecimento, um fato jurídico. Na verdade, se a causa fosse simplesmente a função jurídica, ela não seria a síntese funcional dos elementos do negócio, mas a síntese dos efeitos que o direito lhe reconhece*”¹⁵⁵.

Há, pois, estreita relação entre o elemento categorial inderrogável e a causa objetiva do negócio. Entretanto, não se pode concordar com Pasqualotto quando diz que a garantia é a causa e, portanto, externa ao contrato, sendo apenas o risco um elemento interno e essencial, daí advindo o caráter aleatório, porque o elemento categorial inderrogável objetivo que integra o negócio jurídico faz uma referência à causa.

Como explica Junqueira de Azevedo, a causa relaciona-se com a função prática-social ou econômico-social do negócio e mantém relação estreita com o elemento categorial inderrogável objetivo. No contrato de seguro a causa é a prevenção de riscos¹⁵⁶ e guarda relação estreita tanto com o risco como com a garantia.

¹⁵² É importante notar que para Junqueira de Azevedo há “*os negócios jurídicos abstratos, cujo elemento inderrogável é formal, e os elementos negócios causais, que se caracterizam por ter elemento categorial inderrogável objetivo (objeto típico). Isto significa que no conteúdo (objeto) dos negócios causais há caracteres que, por se repetirem em diversos negócios concretos, levam o ordenamento jurídico a lhes dar um regime jurídico próprio, formando um tipo de negócio. Estes caracteres não se identificam com todo o objeto, mas fazem parte dele.*” (Idem *ibidem*, p. 143)

¹⁵³ Idem *ibidem*, p. 148

¹⁵⁴ Idem *ibidem*, p. 151

¹⁵⁵ BETTI, Emilio. *Teoria Generale del Negocio Giuridico*, p. 183, apud SILVA, Clóvis do Couto, “Teoria da Causa no Direito Privado” in *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre: 1997, p. 64.

¹⁵⁶ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos – Direito Civil e Empresarial*, ob. cit., p. 266

A garantia, sob este aspecto, insere-se no rol dos elementos essenciais do contrato de seguro e corresponde a uma prestação do segurador.

Importa finalmente considerar o último aspecto da crítica levantada por Pasqualotto referente à conformação de uma obrigação de garantia a cargo do segurador, que demandaria a existência de uma pretensão do segurado contra o segurador antes que se verifique o sinistro.

A questão que parece não ter sido considerada pelo autor diz respeito ao fato de a garantia ser a obrigação principal a cargo do segurador, da qual derivam obrigações secundárias. Vera Helena de Mello Franco indica que “a prestação de garantia implica uma obrigação adicional, que é a de adquirir e manter capacidade econômica para fazer frente aos riscos futuros, afastando a possibilidade de sua insolvência. Isso significa a obrigação de fazer reservas.”¹⁵⁷

Ernesto Tzirulnik também compartilha o entendimento, enxergando na má-gestão da empresa seguradora um inadimplemento do dever contratual de importância que se equipara à de pagar à indenização ao segurado¹⁵⁸.

Independentemente de se considerar a existência de ação direta do segurado contra o segurador pelo fato do descumprimento do dever de fazer as reservas técnicas, importa considerar que o segurador, que está sujeito ao controle estatal, submete-se inequivocamente a este dever e responde por seu descumprimento, o que certamente não foi considerado na crítica levantada.

¹⁵⁷FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos – Direito Civil e Empresarial*, ob. cit., pp. 302/303

¹⁵⁸ “O segurador cumpre sua obrigação, fundamentalmente, prestando garantia ao regular desenvolvimento da economia humana, preservando as forças produtivas, mesmo que, por razões múltiplas não ocorra um sinistro com um determinado segurado ou, ocorrendo, não venha a ser paga, porque eventualmente indevida, uma específica indenização.

Constitui, por isso, direito de cada segurado, o controle sobre a solvabilidade de sua seguradora – e co-seguradoras – ou qualquer ato que implique ameaça ou lesão à garantia adquirida com a celebração do seguro. Desse modo, não é necessário que um determinado segurado tenha sofrido um sinistro para que possa exigir da sua seguradora o cumprimento da obrigação de garantia. Pagamentos de indenizações indevidas, constituição de reservas insatisfatórias, má gestão de planos de co-seguro, enfim, tudo quanto possa ameaçar a solvabilidade que esforça a garantia devida ininterruptamente e ab initio, representa inadimplemento do segurador perante todos e cada um dos seus segurados, conformando direito difuso, e gerando efeitos imediatos.” (“Apontamentos sobre a operação de seguros” publicado na *Revista da*

Finalmente cumpre destacar que o seguro é utilizado com frequência como um instrumento financeiro a serviço das empresas, sendo inclusive divulgado nos balanços como uma informação relevante, em especial para as companhias abertas.

Como já mencionado, a utilização adequada do seguro permite diminuir a necessidade de capital, o que leva à consideração de que há um equilíbrio subjetivo entre as vantagens conferidas a ambas as partes, na linha da definição do contrato comutativo proposta por Orlando Gomes.

A garantia prestada pelo segurador tem como objeto um interesse do segurado. Nesse sentido, e como forma de permitir a incorporação dos elementos essenciais do contrato de seguro, apresenta-se a seguir a descrição geral do interesse segurado como um destes elementos.

(ii) O interesse

Garrigues, ao discorrer sobre o interesse no contrato de seguro, indica que se trata de um conceito multívoco, de onde sobressai uma noção vulgar e uma noção econômica. Para o contrato de seguro o aspecto econômico é o que importa.

Para o autor, ter interesse em algo significa tomar parte em um resultado ou nas consequências econômicas de algum assunto ou sociedade.

Com isso, Garrigues justifica a importância do conceito para o seguro de danos, e um conceito essencialmente vinculado ao de riscos, já que somente há interesse na preservação das coisas sobre as quais se tem um interesse. Assim, somente pode contratar o seguro (de danos) quem tenha interesse em que o sinistro não se produza, por se encontrar em uma relação econômica com a coisa assegurada (que chama de interesse subjetivo ou concreto).¹⁵⁹

Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de C. Procópio – Revista de Divulgação V. 1, N. 1 – Novembro de 2001).

¹⁵⁹ GARRIGUES, Joaquim. *O contrato*, ob. cit. p. 128

A noção de interesse associada ao contrato de seguro não é nova no direito brasileiro. Apesar de o Código Civil de 1916 não lhe ter feito menção¹⁶⁰, o Código Comercial reservou-lhe espaço no art. 677, I¹⁶¹, respeitante aos seguros marítimos. O Decreto-lei n. 73/66 também lhe fez referência (art. 11, §2º).

O Código Civil de 2002 acolheu a doutrina do interesse e o colocou como objeto do contrato de seguro. A garantia de interesse legítimo do segurado constitui, pois, o objeto do contrato de seguro, sem distinguir entre seguro de dano e de vida¹⁶².

Vera Helena de Mello Franco o define como o “*objeto do contrato de seguro*” (em oposição à causa do contrato) e o estabelece como “*a relação valorizada de uma pessoa perante um bem ou outra pessoa que se coloca em risco.*”¹⁶³,

O interesse legítimo é o objeto da garantia e, nas palavras de Ernesto Tzirulnik *et alii*, o objeto mediato do contrato de seguro¹⁶⁴.

Fernando Sánchez Calero o conceitua como “*uma relação de carácter económico entre um sujeito e um bem*”, para destacar, ainda, uma concepção subjetiva do interesse, “*já que a relação há de referir-se a um sujeito*”, que em suas palavras é precisamente o segurado¹⁶⁵.

Consoante Juan Bataller Grau *et alii*, o interesse pode ser conceituado como “*a relação entre uma pessoa (segurado) e uma coisa, direito ou património (objeto assegurado) suscetível de valoração pecuniária, relação que pode sofrer um dano por consequência de*

¹⁶⁰ Fábio Konder Comparato adverte que “Embora o Código Comercial Brasileiro, na esteira do Código Francês de 1807, haja acolhido já em meados do século passado o conceito de interesse como distinto da coisa a que se refere, o nosso Código Civil, que nesta matéria já nasceu ultrapassado, ainda apresenta uma concepção puramente corpórea do objeto do seguro.” In *O seguro de crédito*. São Paulo: RT, 1968. p. 24

¹⁶¹ “Art. 677. O contrato de seguro é nulo: 1. Sendo feito por pessoa que não tenha interesse no objeto segurado.”

¹⁶² Artigo 757, Código Civil: “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. Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada”.

¹⁶³ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos – Direito Civil e Empresarial*, ob. cit., p. 292. Vale também observar sua definição no sentido de que “o interesse é aquilo sobre o que o risco incide. O interesse é uma relação de valor, acatada esta expressão em sentido amplo que se apresenta no seguro como uma situação de vantagem ou desvantagem para o segurado, quer com relação a uma pessoa (inclusive a própria), quer com relação a um bem (material ou imaterial)”. Idem, p. 290.

¹⁶⁴ TZIRULNIK, Ernesto. *O Contrato de Seguro*, ob. cit., p. 32.

¹⁶⁵ CALERO, Fernando Sánchez. *Ley de Contrato de Seguro. Cizur Menor (Navarra)*: Aranzadi, 2005, p. 472.

um evento determinado. Em consequência, o valor do interesse ou valor assegurável é o valor que ostenta a relação entre o segurado e os bens segurados”¹⁶⁶.

Das menções acima infere-se que o interesse pressupõe (i) uma relação (ii) entre um sujeito e uma coisa (iii) suscetível de valoração econômica (iv) existente no momento da contratação do seguro (v) devendo ser legítimo e lícito.

(i) *relação*: a relação pressupõe um vínculo, mas não se trata de uma relação estritamente jurídica. As relações jurídicas estabelecem-se entre sujeitos de direito. Daí o título interesse, que se refere justamente a essa relação entre pessoa e coisa, direito ou patrimônio, que possa ter o seu valor econômico aferível ou ao menos estimável, ainda que arbitrariamente.

(ii) *entre um sujeito e uma coisa*: a leitura é que a relação se estabelece entre um sujeito de direitos e uma coisa, direito ou patrimônio. O interesse não se confunde com a coisa que é parte da relação. Sob esta perspectiva permite-se que interesses diversos incidam sobre a mesma coisa, e, portanto, mais de um seguro, como o seguro contratado pelo proprietário e pelo inquilino sobre o imóvel¹⁶⁷.

(iii) *suscetível de valoração econômica*: o interesse pode ser objeto de uma lesão (o dano, como redução parcial ou total no seu valor), em função de um evento determinado (os riscos). Em consequência, tem-se a noção de que o valor do interesse é o valor que a relação entre o segurado e os bens segurados apresenta.

¹⁶⁶ Tradução livre de: “*El interés asegurado puede definirse como la relación entre una persona (asegurado) y una cosa, derecho o patrimonio (objeto asegurado) susceptible de valoración pecuniaria, relación que puede sufrir un daño por consecuencia de un evento determinado. En consecuencia, el valor del interés o valor asegurable es el valor que ostenta la relación entre el asegurado y los bienes asegurados.*” (GRAU, Juan Bataller; CHINER, Nuria Latorre; IGLESIA, Jesús Olavarría. *Derecho de Los Seguros Privados*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 213)

¹⁶⁷ “*El contrato de seguro, aun en los llamados seguros de cosas, lo más importante no es la cosa o el bien asegurado (aun cuando sean relevantes), sino más bien el interés sobre esa cosa. Se tutela con el contrato el interés del asegurado y no sobre la cosa, permite comprender fácilmente que si existen varios intereses distintos sobre una misma cosa (por ejemplo, del propietario, el arrendatario o el acreedor hipotecario) pueden coexistir contratos de seguros diversos, sobre una misma cosa, ya que los intereses son distintos (o concurrentes), a diferencia de lo que acontece cuando los intereses asegurados son los mismos.*” (CALERO, Fernando Sánchez. *Ley de Contrato de Seguros*, ob. cit., pp. 473/474).

Podem ser identificados três diferentes momentos para a aferição do valor do interesse: o momento da celebração do contrato de seguro; o momento da execução do contrato; e o momento imediatamente anterior ao da verificação do sinistro.

No momento da celebração do contrato de seguro a garantia não pode ultrapassar o valor do interesse segurado¹⁶⁸.

A lei comina a perda do direito à garantia como sanção ao descumprimento da norma de que a garantia não pode ultrapassar o valor do interesse segurado¹⁶⁹. O fundamento para tanto é a vedação de que o contrato de seguro se converta em aposta. O interesse que há de prevalecer é o de que o risco não se verifique e o segurado não pode ter incentivo a que isto ocorra.

De outro turno, como consequência direta do princípio indenitário¹⁷⁰ (aplicável apenas aos seguros de danos), a indenização a ser paga ao segurado não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro. A regra não se aplica ao seguro de vida na medida em que aqui se trata do pagamento de capital segurado e não de indenização propriamente dita.

Finalmente, o valor do interesse segurado durante a execução do contrato de seguro é relevante na medida em que compete ao segurado o dever de manter o segurador informado, como decorrência do princípio da boa-fé.

Dado que no seguro de vida o valor do interesse é definido na apólice e não sofrerá alterações por definição, a valoração do interesse interessa muito mais ao seguro de danos, posto que aí há a oscilação e a necessidade de sua aferição, em especial no momento da ocorrência do sinistro.

¹⁶⁸ Artigo 778, Código Civil: “Nos seguros de dano, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato, sob pena do disposto no art. 766, e sem prejuízo da ação penal que no caso couber”..

¹⁶⁹ Artigo 766, Código Civil: “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.

Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio.”.

¹⁷⁰ Objeto de exame no capítulo VIII.

(iv) *existente no momento da contratação do seguro*: o interesse deve estar presente neste momento, sob pena de se converter o seguro em aposta, para que o contrato não seja convertido em forma de especulação.

Sánchez Calero aponta para a necessidade de que o correto seria exigir-se que o interesse estivesse presente no momento em que a apólice passa a vigor e não no de sua contratação¹⁷¹.

(v) *interesse legítimo e lícito*

A legitimidade advém da relação da pessoa com o bem, de um interesse direto na preservação do bem, não se exigindo que seja seu proprietário. Admite-se, pois, que haja mais de um seguro do mesmo interesse, quando de classes diversas¹⁷².

A licitude do interesse é requisito de validade, como decorrência da aplicação de princípio geral de direito civil. O interesse ilícito fulmina de nulidade o contrato.

Ricardo Bechara expõe que no caso específico do seguro de danos, o interesse segurável é qualquer interesse lícito sobre a conservação da coisa direta ou indiretamente, decorrente de um vínculo com o bem segurado. Assim, no caso do seguro de responsabilidade civil, há o interesse do titular de um patrimônio, no seu conjunto, de que este patrimônio seja mantido indene acaso ocorra algum fato ou ato que gere dano a terceiro pelo qual o titular venha a ser ameaçado a responder¹⁷³.

Da mesma forma Vera Helena propõe a distinção entre o interesse no seguro de danos diretos do de danos indiretos. No primeiro, o interesse recai sobre uma coisa que integra o patrimônio do segurado (ou poderá integrá-la). A coisa (ou coisas) deve ser individualmente identificada. Ao contrário, no seguro de danos indiretos, o interesse não é uma coisa determinada no patrimônio do segurado, mas seu próprio patrimônio, sobre o qual podem recair responsabilidades por suas ações ou omissões¹⁷⁴.

¹⁷¹ CALERO, Fernando Sánchez. *Ley...ob. cit.*, p. 477

¹⁷² FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de Direito Securitário*. ob. cit., p. 87; CALERO, Fernando Sánchez. *Ley...ob. cit.*, p. 477

¹⁷³ SANTOS, Ricardo Bechara dos, op. cit., p. 18 e seguintes.

¹⁷⁴ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de Direito Securitário*. ob. cit., pp. 85/86

Ernesto Tzirulnik *et alii* apontam para a necessidade de que o interesse seja relevante. Dessa forma, há de haver uma legitimidade entre o titular do interesse e o bem para que (a) o sujeito queira sua preservação; (b) não queira a modificação da situação; e (c) não queira nem lhe seja vantajosa a realização do risco garantido¹⁷⁵.

Nesse sentido, destaca-se que o adjetivo “legítimo” que qualifica o interesse confere essa relevância do interesse. Não é permitido, pois, que uma pessoa faça um seguro sobre qualquer bem caso não tenha esse interesse legítimo. No caso dos seguros de vida, há uma presunção de interesse em determinadas situações (conforme parágrafo único do art. 790, para os casos de cônjuge, ascendente ou descendente do proponente).

O interesse constitui elemento essencial do contrato de seguro¹⁷⁶. Nesse sentido, e de acordo com a proposta de classificação e com os conceitos doutrinários expostos, o interesse se constitui em um elemento categorial inderrogável do contrato de seguro.

¹⁷⁵ TZIRULNIK, Ernesto, op. cit., p.32.

¹⁷⁶ COMPARATO, Fábio Konder. “Substitutivo ao capítulo referente ao contrato de seguro no anteprojeto de Código Civil” in *Revista de Direito Mercantil* n.º 5, Ano XI, 1972, pp. 143/152; FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos*, ob. cit., p. 291

CAPÍTULO VII - A EMPRESARIALIDADE

Os contratos de seguro evoluíram com o desenvolvimento da economia e a própria operação de seguros. De um instituto voltado especificamente às empreitadas marítimas, o contrato passa a cobrir os riscos produzidos por incêndios e a própria vida¹⁷⁷.

As necessidades associadas às empreitadas marítimas, em conjunção com o risco de insolvência das seguradoras, levaram à constituição de companhias seguradoras por decretos reais. A formação de companhias de seguro, seja por iniciativa estatal (por ordens reais), seja por conta da iniciativa privada, revelou-se a resposta adequada aos riscos de insolvência e para fazer frente à constante e crescente ameaça dos sinistros dolosos¹⁷⁸.

A empresa de seguro revela-se, pois, uma forma adequada e necessária de se tratar o risco por parte dos seguradores, evitando que o contrato se transforme em um contrato de jogo ou aposta, bem como o risco que o segurado corre com a insolvência de seu segurador.

De outro turno, o exame da base técnica do contrato de seguro, e em especial as possibilidades e as conseqüências que derivam da aplicação da lei dos grandes números, mostra claramente que a operação de seguro requer a organização empresarial para a atividade securitária, em contrapartida à exploração individual do contrato, de maneira atécnica. A eventual celebração de um contrato de seguro com indivíduo ou empresa que não está organizada e autorizada a funcionar como seguradora implica, aí sim, na transferência do risco que incide sobre o interesse segurado para o risco de solvência do segurador, posto que o contrato se transforma numa verdadeira aposta.

A qualidade específica de segurador mostra-se, pois, necessária para distinguir o seguro de outros contratos que contemplam a assunção de um risco sem a formação de um fundo comum destinado a ressarcir os sinistros¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Nesse sentido a clássica descrição da evolução do contrato por Cesare Vivante (*Del Contratto di Assicurazione*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese; 1936. p. 3 e seguintes).

¹⁷⁸ VIVANTE, Cesare. ob. cit., p. 4

¹⁷⁹ *Idem ibidem.*, pp. 9/10. Vale a pena destacar sua referência no sentido de que “*Sicchè può concludersi, como conseguenza di tutte le precedenti osservazioni, che quel solo contratto è capace di produrre tutt’i gli effetti (le azioni e le eccezioni) di un contratto di assicurazione, il quale sia assunto da un’impresa*”.

No exame efetuado no capítulo IV a respeito da natureza comutativa ou aleatória do contrato viu-se que a unanimidade da doutrina aceita a idéia de que a operação de seguro exige a escala empresarial, isto é, pela realização de múltiplas operações, que permitem pulverizar o risco. Há, porém, divergências entre se aceitar a empresarialidade como algo externo ou interno ao contrato de seguro.

Em outras palavras, cumpre verificar se a empresarialidade é um elemento essencial do contrato ou é dispensável, valendo lembrar que Donati não reconhecia nesta figura tal atributo¹⁸⁰.

De fato, para o mestre italiano, a organização da empresa não é suficiente nem necessária ao contrato de seguro, porque, de um lado, a organização empresarial não permite distinguir o contrato de seguro de um contrato de jogo (que também ser organizado sob a forma de empresa, como ocorre, por exemplo, com os cassinos) e, de outro, não é nem mesmo requisito essencial ao conceito jurídico da relação securitária, não sendo válido o recurso aos conceitos econômicos, que não se confundem necessariamente¹⁸¹.

Ainda consoante Donati, ainda que se admitisse a empresa como um elemento de fato, não se poderia atribuir a este elemento a natureza de um requisito de conceito abstrato de um tipo negocial. Para o autor, apenas o direito objetivo poderia, portanto, elevar a organização empresarial como um requisito do conceito¹⁸².

Entretanto, conclui o jurista, não se encontra este requisito nem na base do argumento exegético nem dogmático. Exegético porque não se encontra na definição legal nenhuma norma a requerendo e, quando há a menção na lei especial a respeito do exercício empresarial, não se tem em mente a relação individual de seguro. Dogmático porque não se

assicuratrice, cioè da un'impresa che esercita quell'industria formando coi versamenti degli assicurati un fondo di premi destinato a somministrarle i capitali assicurati alle scadenze promesse."

¹⁸⁰ DONATI, Antígono: "Ma questi dubbi sono stati ormai da tempo superati (così nello stesso VIVANTE, *Tratatto*, IV, n. 1865) in base all'esatta considerazione, da un lato, che una cosa è il rischio che incombe sull'assicurato ed altra è l'alea contrattuale; dall'altro, che una cosa è la sicurezza dell'industria assicurativa nel suo complesso e altra è l'alea del singolo contratto (cfr. per tutti COPPA ZUCCARI, *L'alea del contratto di assicurazione*, 1899, pag. 17 e segg.), a prescindere a questo proposito dalla considerazione che l'organizzazione ad impresa non è affatto essenziale al contratto di assicurazione." *Tratatto del Diritto delle Assicurazioni Private – Volume Secondo*. Milano: Multa Pacis, 1954. p. 42.

¹⁸¹ *Idem ibidem*. p. 15

¹⁸² *Idem ibidem*. p. 16

aceita que a organização empresarial retorne à causa do contrato, pois, de fato, a função de uma relação se verifica com o exame da prestação e não por meio de elementos que lhe são estranhos¹⁸³.

No âmbito interno, Pedro Alvim destaca que as idéias de Vivante a respeito da essencialidade da organização do segurador sob a forma de empresa foi tratada por muitos como uma “impropriedade jurídica”¹⁸⁴.

O Código Civil de 1916 não refletiu as observações a respeito da natureza empresarial do contrato e a exigência de um assegurado qualificado, até mesmo como decorrência da ideologia liberal que lhe deu inspiração¹⁸⁵. A necessidade de controle estatal desde os primórdios do contrato no país, no entanto, não passou despercebida da doutrina¹⁸⁶.

O Decreto-lei n. 73/66, ao contrário, exige que os seguradores se organizem sob a forma de sociedades anônimas (ou cooperativas, em hipóteses especiais, tudo conforme o art. 24¹⁸⁷) e que tenham autorização para realizar suas operações (art. 74 do DL 73/66¹⁸⁸).

Como decorrência, os seguradores são obrigados a manter capital social e reservas técnicas para suas operações, na forma determinada pelas autoridades competentes (no caso o Conselho Nacional de Seguros Privados), bem como atender a um regime específico de responsabilidade para seus administradores.

¹⁸³ *Idem ibidem*. p. 17. Assim, encerra o autor com a menção de que “*In conclusione, pur riconoscendo la essenzialità economica della mutualità e la grandissima rilevanza giuridica dell’organizzazione dell’impresa anche sul rapporto assicurativo quando è concluso da chi esercita sistematicamente l’attività assicurativa, non possiamo elevarla a requisito del concetto del rapporto, e in ogni caso, anche quando esiste, non è sufficiente a permetterne la distinzione da rapporti affini.*”

¹⁸⁴ ALVIM, Pedro. *Contrato de Seguro*, ob. cit., p. 180

¹⁸⁵ Pedro Alvim inclusive diz que “em face das normas jurídicas que figuram nas codificações modernas, toda pessoa capaz de obrigar-se, segundo o direito comum, pode estipular o seguro, na condição de segurador. Não existe incompatibilidade, pois se trata de um contrato como outro qualquer previsto na legislação civil ou comercial.” (ALVIM, Pedro, *Contrato de Seguro*, ob. cit., p. 178)

¹⁸⁶ Conforme se lê em Pontes de Miranda: “*A limitação à liberdade econômica, ao auto-regramento da vontade, no tocante à manifestabilidade eficaz do querer, tem de derivar da regra jurídica contida em lei, que respeite os princípios constitucionais. As empresas seguradoras operam com os interesses que são de relevância social, mesmo se privatísticas; e o fato da álea dos contratos, com a suposição de organização especial para a solvabilidade dos seguradores, sugere que o Estado vele pela autorizabilidade e o modo de funcionamento das empresas de seguros.*” (Tratado, ob. cit., p. 403)

¹⁸⁷ Art. 24. “Poderão operar em seguros privados apenas Sociedades Anônimas ou Cooperativas, devidamente autorizadas.”

¹⁸⁸ “Art. 74. A autorização para funcionamento será concedida através de Portaria do Ministro da Indústria e do Comércio, mediante requerimento firmado pelos incorporadores, dirigido ao CNSP e apresentado por intermédio da SUSEP.”

O Código Civil de 2002 dispôs, no parágrafo único do art. 757, que “*somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada*”.

A especialidade da atividade securitária é também refletida no regime da insolvência. A aplicação da Lei n. 11.101/05 às sociedades seguradoras é subsidiária e parcial, sendo-lhes vedado o recurso à recuperação judicial ou extrajudicial, consoante reza o art. 197 daquela lei¹⁸⁹.

A discussão que compete, é, pois, saber se a empresarialidade configura um elemento essencial do contrato de seguro ou se se trata de requisito de validade, isto é, se um contrato que se aparenta como um contrato de seguro (que compromete-se a prestar a garantia a interesse legítimo de outrem contra riscos predeterminados) é um contrato de seguro ou outra figura jurídica, ou se a consequência de um contrato de seguro com parte não autorizada é apenas de nulidade.

Dizia Pontes de Miranda que “*no tocante aos pressupostos que as empresas de seguros têm de satisfazer para que possam operar, não se deve falar de capacidade, nem, sequer, de capacidade especial. Trata-se de requisitos de composição e de capital e de requisitos de validade das manifestações de vontade que podem vincular pelo contrato de seguro.*”¹⁹⁰,

A observação aparentemente afasta o plano da validade (requisito de capacidade) para exigir requisitos de composição e de capital (isto é, como uma conformação específica da sociedade para operar contratos de seguro), mas encerra novamente com a questão do requisito de validade da manifestação de vontade, que se assemelha à questão da capacidade, não jogando a luz necessária sobre a questão.

¹⁸⁹ Entende-se, à semelhança do que ocorre com as instituições financeiras, que o tratamento adequado para a crise financeiro-econômica dessas empresas não é a negociação direta com seus credores, o que se daria mediante a utilização dos processos de recuperação, mas sim outras figuras, como a fiscalização e a liquidação pelo poder estatal, a fim de preservar, na máxima extensão possível, os interesses dos milhares de segurados. Nesse sentido, a aplicação da Lei n. 11.101/05 é apenas subsidiária, pois ao liquidante, observada a hipótese legal, é permitido o pedido de conversão da liquidação extrajudicial em falência. Não se admite, de outro turno, que a seguradora seja objeto de pedido de falência por credor individual.

¹⁹⁰ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*., ob. cit., p. 408.

Fábio Konder Comparato, em suas notas explicativas ao substitutivo ao capítulo referente ao contrato de seguro no anteprojeto de Código Civil não inclui o atributo da empresarialidade como essencial, elencando o interesse, o risco, a garantia e o prêmio como os quatro elementos fundamentais do contrato¹⁹¹.

Para Ernesto Tzirulnik *et alii*, para quem a empresarialidade constitui, de fato, um quinto elemento na estrutura do contrato de seguro, mencionando a recepção pela lei brasileira deste conceito¹⁹².

De fato, a indicação pelo Código Civil de que somente entidade legalmente autorizada pode ser parte no contrato de seguro parece indicar que a empresarialidade foi incorporada pelo ordenamento como um elemento essencial deste contrato.

De um lado, atende-se ao reclamo de Donati, para quem a empresarialidade poderia ser considerada como um argumento jurídico se estivesse prevista na lei. A lei brasileira claramente indica essa necessidade.

De outro turno, com base em Junqueira de Azevedo¹⁹³, os elementos categoriais inderrogáveis permitem distinguir os negócios jurídicos, uns dos outros. Assim, aproveitando a lição de Vivante, é de se concluir que a organização especial do segurador na forma da lei é um elemento que integra a natureza do contrato e não apenas um requisito de sua validade.

Como elemento essencial pode-se concluir pela comutatividade do contrato, posto que a obrigação de ser uma entidade legalmente autorizada a operar como seguradora implica uma série de obrigações secundárias com relação à constituição de reservas, provisões,

¹⁹¹ COMPARATO, Fábio Konder. “Notas explicativas ao substitutivo ao capítulo referente ao contrato de seguro no anteprojeto de Código Civil”, in RDM 05/143, p. 147.

¹⁹² TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 39, valendo destacar a posição dos autores, para quem “Longo foi o debate doutrinário (ou não) da empresa para a caracterização do contrato de seguro. O Código tomou explícito partido, e ao nosso entender, de forma acertada. No Direito do Seguro, mais do que em qualquer outro ramo, as questões técnicas vinculam as soluções jurídicas. A técnica securitária exige, indispensavelmente, que as operações se procedam de maneira alcançável apenas por meio de atividades exercidas de maneira empresarial. Ressalte-se, a propósito, que o conceito de empresa, consagrado a partir da doutrina italiana, descende diretamente dos estudos levados a cabo por Vivante. A empresarialidade ínsita à concepção moderna de seguro é destacada pelo redator do Substitutivo: “O contrato de seguro não pode ser desligado do conjunto operacional no qual se insere, sem ser desfigurado em sua natureza.”

contratação de co-seguro, resseguro, dentre outras, tudo visando à prestação da garantia. Contrário senso, se não se considerar a empresarialidade como um elemento essencial, poder-se-ia conceber o contrato de seguro isoladamente concebido, como referido por Pedro Alvim, onde não se poderia exigir daquela parte que se compromete com a garantia o cumprimento de suas obrigações.

Conclusões a respeito da natureza do contrato

O exame da natureza comutativa ou aleatória do contrato de seguro depende intrinsecamente da operação de seguro, como já examinado no primeiro capítulo deste trabalho. Há muito retirou-se do segurador a âlea de seu negócio, substituída por cálculos matemáticos e estatísticos que lhe permitem dizer com acentuada precisão o conteúdo de sua obrigação de indenizar. Mais do que isso, no entanto, o exame da operação – e das razões pelas quais as pessoas e as empresas contratam seguro – demonstra que há a preocupação com os custos de transação, com a aversão ao risco e, para as empresas, com sua organização financeira.

Ora, estas três razões permitem identificar claramente que não se trata de um contrato aleatório, na forma clássica de que pode haver uma perda para uma ou para a outra parte. Como diz Orlando Gomes, o que confere o atributo da comutatividade é o equilíbrio subjetivo das prestações. Há trocas entre as partes: o segurado paga o prêmio e contribui para o fundo comum; o segurador presta ao segurado a garantia desde o momento da celebração do contrato.

De um ponto de vista estritamente jurídico, a lei brasileira não define expressamente que o contrato de seguro seja um contrato aleatório (ao contrário de outras legislações, como a colombiana e a francesa). A definição codificada do contrato aleatório é aberta e para ela uma das partes corre o risco de perder ou ganhar, sem que tal condição influa na prestação devida pela outra parte.

Nesse sentido, a disposição legal a respeito do contrato de seguro distribui as prestações entre as partes, não havendo espaço para a noção de perda ou ganho. O segurado sabe a sua

¹⁹³ Conforme nota n. 124 supra.

obrigação, consistente no pagamento do prêmio; ao segurador cumpre prestar a garantia durante a execução do contrato e, eventualmente, indenizar ou pagar ao segurado o capital garantido, na hipótese de sinistro.

Ao assim proceder, a lei brasileira dá especial ênfase ao caráter de garantia ao seguro, razão pela qual – e com o devido respeito às doutrinas dos mais influentes juristas brasileiros e estrangeiros – o contrato de seguro, sob a ótica da lei brasileira, deve ser considerado como um contrato comutativo.

É por essa razão que a prestação devida pelo segurador – de garantia do interesse legítimo do segurado – deve prevalecer para a identificação do contrato de seguro como sendo um contrato comutativo, observando-se ainda que a organização empresarial da atividade securitária, absolutamente necessária diante das complexas exigências da economia moderna, exerce capital influência sobre a função social do contrato e, via de consequência, sobre a interpretação que deva ser observada, sob pena de desvirtuamento do sistema.

CAPÍTULO VIII OS DEVERES DAS PARTES

Assentada a natureza comutativa do contrato de seguro, este capítulo procurará tratar das prestações que incumbem às partes no âmbito de um contrato de seguro e sua relação com a comutatividade da operação.

Como adverte Comparato o estudo da posição de cada uma das partes, nas relações contratuais da obrigação pode ser feito tanto do ponto de vista dos direitos como das situações jurídicas passivas. Entretanto, para fins didáticos, o autor recorda que a análise é geralmente feita a partir das situações jurídicas passivas¹⁹⁴. A análise que se segue parte do exame das situações jurídicas passivas impostas ao segurado, em primeiro lugar.

(i) Os deveres do segurado

A principal obrigação imposta ao segurado é o pagamento do prêmio, mas o estatuto de seus deveres não se esgota aí, posto que a disciplina do contrato impõe uma série de obrigações secundárias, cujo exame também se mostra apropriado no âmbito de uma avaliação da comutatividade do contrato de seguro.

No que diz respeito à análise das situações jurídicas passivas contratuais do segurado há acirrada disputa doutrinária sobre a sua natureza, sendo que parte da doutrina defende a existência de ônus, enquanto outros defendem a existência de deveres¹⁹⁵.

Ao se falar em ônus como uma situação jurídica passiva deve-se obrigatoriamente mencionar a obra de Carnelutti, que aprofundou o seu estudo e estabeleceu a diferença para com a obrigação, no sentido de que a obrigação (ou o dever, no texto de Comparato) constitui-se na “*subordinação de interesse do obrigado ao interesse de outrem*”, enquanto que o ônus “*é subordinação de um interesse do onerado a um (outro) interesse próprio*”¹⁹⁶.

¹⁹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito*, ob. cit. p. 119

¹⁹⁵ *Idem ibidem*; p. 119

¹⁹⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*, Lejus, 1999, p. 289

Dessa forma, adverte Comparato, ao ônus não corresponde um direito e uma pretensão, ao contrário do que ocorre no dever¹⁹⁷. Assim, nas palavras de Carnelutti, “*a melhor pedra de toque para distribuição entre ônus e obrigação é ver se a violação do preceito é suscetível ou não de definir-se como ato ilícito.*”¹⁹⁸

Essa teoria, trazida para o campo do contrato de seguro, fez com que as situações jurídicas passivas a cargo do segurado, à exceção do dever de pagar o prêmio, fossem classificadas como ônus. Comparato lembra, porém, que esta afirmação não restou isenta de críticas¹⁹⁹.

Para Comparato não se pode classificar as situações jurídicas passivas a cargo do segurado como ônus, pois “*longe de existência no interesse do segurado, as imposições legais ou contratuais são estabelecidas no interesse da companhia seguradora incumbida da gestão da naturalidade do segurado.*”

O autor não aceita, então, as considerações capitaneadas por Donati no sentido de que apenas na falta de pagamento do prêmio há uma pretensão do segurador diante do segurado, sendo que para as demais situações o remédio seria o decaimento do direito à garantia, justificando sua posição com a análise de questões derivadas do próprio contrato de seguro, pois o não pagamento do prêmio inicial implica desde logo a perda do direito à garantia, baseado no princípio da interdependência das prestações nos contratos bilaterais²⁰⁰.

Assim, conclui que ônus não constituem um elemento da relação de obrigação, pois a situação do devedor na relação obrigacional é de dever e não de necessidade. Segue-se, então, que a necessidade de cumprir ou de não cumprir determinado ato a fim de exercer em direito não existe no interesse alheio, e sim no interesse do próprio titular. Desta maneira, as situações passivas que incumbem, pela lei ou pelo contrato, ao segurado, são deveres e não ônus²⁰¹.

¹⁹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito*, ob. cit. p. 120

¹⁹⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*, Lejus, 1999, p. 289

¹⁹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito*, ob. cit. p. 121

²⁰⁰ *idem, ibidem*, p. 122

²⁰¹ *idem, ibidem*, p. 123

Garrigues, por sua vez, menciona que não há consenso doutrinário a respeito da natureza das situações passivas a cargo do segurado, considerando, no entanto, que a lei e as apólices se complementam no sentido de permitir a correta apreciação do risco por parte do segurador e para impedir ou minorar as consequências de um sinistro²⁰².

²⁰² Diz Garrigues que “la peculiaridad de estas normas de conducta impuestas al tomador del seguro ha suscitado una larga polémica entre los autores acerca de su calificación jurídica. Para EHRENZWEIG (op. cit., pág. 147) se trata de una verdadera obligación (Verbindlichkeit) y no de una simple carga (Obliengenheit); para BRUCK (op. cit., págs. 267 e sigs.) se trata no de una obligación, sino de una carga, supuesto que aquí no se producen las consecuencias normales del incumplimiento de una verdadera obligación (posibilidad de ejecución forzosa, reparación del daño, etc.); en el mismo sentido HALPERIN, pág. 276 y sigs, dice que al deber del asegurado no corresponde un derecho del asegurador en este caso, porque no liga obligacionalmente a dos personas, sino que establece una cierta conducta del tomador del seguro, como presupuesto para hacer valer su pretensión contra el asegurador; también DONATI (op. cit., página 390) se inclina por esta tesis al decir que los deberes impuestos por la ley al contratante no son obligaciones en sentido técnico, sino cargas cuya observancia constituye el presupuesto para que el titular del derecho adquiera o no decaiga de sus derechos; por último – y para no hacer interminables las citas – GASPERONI (op.cit., pág. 83) se pronuncia en contra de la calificación como carga y prefiere la calificación como “poder”, afirmando que el concepto de poder justifica fácilmente el principio de la incoercibilidad y de la inexigibilidad de la carga y, por tanto, el ejercicio de un poder conferido al sujeto para la tutela de un interés propio. Como en tantos otros casos, esta polémica tiene escasa importancia práctica. Hemos de partir de la base de que tales normas de conducta están enunciadas en las leyes o en las pólizas de los contratos de seguro. Es cierto que las consecuencias de la inobservancia de tal conducta no son propias de las obligaciones en sentido estricto, porque no engendran acción dirigida al cumplimiento forzoso, ni a la reparación por incumplimiento (esto aparte de que tal acción de cumplimiento no tendría sentido en muchos casos, por ejemplo, en el de falta de comunicación del siniestro). Pero tampoco resulta aquí aplicable al concepto de carga (onus) si se estima que la carga se caracteriza por el dato de imponerse en interés del sometido a ella y no en interés de otro contratante, pues en el seguro quien está más interesado en la observancia de cierta conducta por parte del tomador del seguro es el asegurador, ya que de esa conducta dependerá el tener o no que abonar una indemnización superior a la que habría tenido que pagar si el tomador del seguro hubiese actuado con diligencia y buena fe. Es, pues, dudoso que estos deberes se establezcan preferentemente en interés del asegurado (al asegurador no le es indiferente, por ejemplo, que el riesgo resulte agravado sin el correlativo aumento de prima). En nuestra opinión se trata más bien de un deber de observar una conducta leal, impuesta por el principio de la buena fe que ilumina todo el ámbito del contrato de seguro (v. supra, pág. 46). La medida del riesgo y su justa apreciación dependen de cuál sea la conducta del tomador del seguro al tiempo de contratar (declaración exacta) y durante la vida del contrato. Pero así como la ley sanciona con la nulidad (o mejor, anulabilidad) del contrato la declaración inexacta o reticente del tomador del seguro, no establece nuestro Derecho ninguna sanción para la inobservancia de la conducta leal que exige el legítimo interés del asegurador. Nuestro Código de comercio indica ciertas conductas que ha de seguir el asegurado, pero no nos dice que consecuencias tiene su incumplimiento. Desde luego no serían las propias de una obligación estricta, cuyo incumplimiento lleva aparejadas las consecuencias bien conocidas. Pero las pólizas redactas por las compañías aseguradoras completan la ley, transformando el simple deber de conducta leal en un presupuesto para el cumplimiento de las obligaciones del asegurador, disponiendo, por ejemplo, que a falta de las declaraciones que ha de hacer el asegurado, y siempre que no quede debidamente justificado el caso de imposibilidad material, quedaron en suspenso los derechos del asegurado a cualquier indemnización en caso de siniestro. Este mecanismo recuerda el concepto de “presuposición”, que BRUCK (op.cit., página 282) utiliza para calificar los deberes de conducta del tomador. Todos sus deberes sirven para poder apreciar una determinada situación de riesgo y para impedir su realización o aminorar sus consecuencias. A tales fines imponen al tomador del seguro una cierta conducta. El asegurador no tiene que cumplís sus obligaciones, o las tiene que cumplir en menor medida, cuando esa conducta no es observada. Por esta razón es justamente al tratar de la obligación del asegurador cuando hemos de ver las consecuencias del incumplimiento de los deberes de conducta del tomador a respecto a esos deberes.” (GARRIGUES, Joaquim. *Contrato de Seguro Terrestre*, ob. cit., pp. 151/152)

Mais recentemente, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, ao estudar a evolução do conceito de ônus a partir do trabalho de Carnelutti, no âmbito do direito processual, afirma ter havido uma dissociação fundamental entre o ônus e a obrigação na medida em que o primeiro não consiste, de fato, numa situação jurídica passiva, mas sim ativa, na medida em que se funda na liberdade da ação do onerado. Ademais, adverte que o descumprimento do ônus é lícito, enquanto a violação da obrigação é ilícita²⁰³.

Desta forma, e sem prescindir das lições de Carnelutti, Boaventura Pacífico entende que o exame da questão há de fazer buscando identificar qual o interesse de que a situação prevista na lei ou no contrato seja atendida, observando que se trata aqui de um interesse tutelado (e não o interesse no cumprimento)²⁰⁴.

Nota-se das questões acima que a natureza das obrigações secundárias a cargo do segurado não é objeto de unanimidade e, tal qual a questão da prestação de garantia que incumbe ao segurador, desperta importantes questões, em especial no que diz respeito às consequências do inadimplemento do dever ou do não atendimento do ônus por parte do segurado.

Do ponto de vista do direito brasileiro, e com base nas lições de Comparato acima referidas, parece razoável estabelecer que, mais que um ônus imposto ao segurado, os deveres associados à formação e execução do contrato de seguro conformam-se como verdadeiras obrigações, feitas de forma a atender aos interesses do segurador.

A discussão relaciona-se com o objeto deste trabalho, pois, por mais que se associe o contrato de seguro à obrigação de o segurado pagar o prêmio para fazer jus à garantia (ou ao direito de receber a indenização caso o sinistro se verifique), as obrigações secundárias relacionam-se com a noção do equilíbrio subjetivo entre as vantagens e desvantagens atribuídas às partes e, pois, com a comutatividade do contrato.

²⁰³ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 29

²⁰⁴ Concluindo o autor que “os conceitos de ônus e de obrigação são heterogêneos, sendo inaceitáveis as teorias que os aproximam. No ônus, o sujeito é livre para adotar a conduta prescrita pela norma, não estando juridicamente vinculado ao seu cumprimento em favor de outro, como ocorre na obrigação. O não exercício de um ônus não configura ato ilícito e não é sancionado, enquanto a violação de uma obrigação é ilícita e sancionada. A norma estatuidora de um ônus tutela interesse do próprio onerado, ao passo que a norma portadora de uma obrigação tutela interesse do titular do direito subjetivo correspondente, que pode exigir o seu cumprimento. A obrigação é uma situação jurídica passiva, enquanto o ônus é uma situação jurídica ativa, manifestação do poder no qual se manifesta a liberdade de agir do sujeito onerado.” (*O ônus da prova no direito processual civil*, ob. cit., pp. 36/37)

A este respeito manifesta-se Luis Velasco San Pedro, comentando a intrínseca relação entre o dever de corretamente declarar o risco e a natureza comutativa do contrato de seguro. Para o referido jurista, a consideração de que o contrato de seguro é um contrato aleatório não se sustenta ante a organização da empresa de seguros. A expansão deste campo de atividades, com a distribuição social dos riscos, exige a sua exata declaração, como forma de permitir ao segurador a realização dos cálculos de provisões e do prêmio e formular a decisão de aceitar ou recusar determinado risco²⁰⁵.

Vale dizer, ainda, que os deveres do segurado estão associados aos diversos momentos do contrato, tomando-se em conta tratar-se de um contrato de execução continuada²⁰⁶.

No que diz respeito à formação encontra-se precipuamente o dever de o segurado declarar corretamente o risco. Quanto à execução, verifica-se a obrigação de o segurado pagar o prêmio (obrigação fundamental) e evitar o agravamento intencional do risco, abstendo-se de condutas que possam levar a este efeito, bem como manter o segurador informado a respeito de qualquer alteração em sua condição original. Finalmente, caso o sinistro ocorra, encontra-se o dever de imediatamente comunicá-lo ao segurador, além de tomar as medidas possíveis para preveni-lo e mitigar os seus efeitos, bem como cooperar com a prestação de informações para a sua regulação.

1. O pagamento do prêmio.

²⁰⁵ PEDRO, Luis A. Velasco San, "in" VICENTE, Pedro J. Rubio, *El deber precontractual de declaración del riesgo en el contrato de seguro*. Madrid: Fundación Mapfre Estudios - Instituto de Ciencias Del Seguro, 2003. pp XIII/XIV

²⁰⁶ GARRIGUES, Joaquim. *O Contrato de Seguro Terrestre.*, ob. cit., p. 126 e GONZÁLEZ, Amalia Rodríguez. *El deber de aminorar las consecuencias del siniestro en el contrato de seguro*. Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2009. Da segunda obra se extra o seguinte excerto: “Existen en el contrato de seguro, un conjunto de deberes y obligaciones a cargo del tomador/asegurado en los diferentes momentos del seguro. Así, por ejemplo antes de la firma del contrato surge el deber-legal-de declaración del riesgo por el tomador del seguro.

Una vez firmado el contrato, los efectos del mismo desplegarán su virtualidad, siempre y cuando cumplan – el tomador y asegurado- con las obligaciones que les conciernen. El pago de la prima es la primordial obligación del tomador del seguro, reconocida en el art. 14. En segundo lugar el seguro se establece sobre la base de que el riesgo que el asegurador asume será similar durante todo el tiempo de duración del contrato. En caso de agravación de aquél, recae sobre el tomador o el asegurado la declaración de esta circunstancia. En tercer lugar, el tomador y el asegurado tienen el deber de no provocar el siniestro. La ley en el art. 19 dispone que el asegurador está obligado al pago de la prestación, salvo en el caso de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado.” (p. 27)

O segurado está obrigado a pagar o prêmio ao segurador. Cuida-se de obrigação incondicional a seu cargo, tratando-se o prêmio de elemento essencial ao contrato de seguro.

O prêmio não se subordina à verificação do sinistro e ao recebimento da indenização. O segurado paga o prêmio em função da garantia recebida e não da indenização que poderá receber. Por conta disso, não poderá reclamá-lo acaso não se dê o evento na duração do contrato que de outra forma lhe permitiria receber a indenização. De outro turno, não há relação entre prêmio e indenização. A relação se dá entre o prêmio e a garantia²⁰⁷.

O não pagamento do prêmio, dada a sua essencialidade, é grave para a constituição da massa comum de recursos que está na base da operação de seguros²⁰⁸.

Vera Helena de Mello Franco aponta a existência de três princípios que norteiam o prêmio no contrato de seguro: a indivisibilidade; a permanência da cifra e a proporcionalidade ao risco.

O primeiro deles significa que o prêmio “*deve ser pago por inteiro no começo de cada período de seguro e não pode ser se o risco já começou a correr*”, apontando-se fundamentos de ordem jurídica – o fato de ser a contraprestação da garantia prestada pelo segurador (conforme o caráter bilateral do contrato) – e de ordem técnica, assentados na noção de pulverização dos riscos pela mutualidade²⁰⁹.

Para que seja possível a apreensão dos fenômenos fáticos que estão na base dos riscos, é necessário que os conjuntos amostrais sejam examinados durante determinado período de tempo. Este período é, em geral, anual²¹⁰.

²⁰⁷ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 38.

²⁰⁸ Como afirma Garrigues, “*el caracter de elemento esencial del seguro que tiene la prima se hace patente porque sin ella la empresa aseguradora no podría formar el fondo necesario para el pago de los siniestros sobrevenidos*.” (*Contrato de Seguro Terrestre*, ob. cit., p. 103)

²⁰⁹ MELLO FRANCO, Vera Helena. *Contratos – Direito Civil e Empresarial*. p. 299.

²¹⁰ Como diz Fernando Sánchez Calero, “*El fundamento de la indivisibilidad de la prima se encuentra en razones de carácter técnico, ya que la prima se ha de calcular con relación a un determinado período de tiempo – normalmente un año – porque las estadísticas que sirven para su cálculo están basadas en la siniestralidad que se produce durante ese período de tiempo y no la de cada día. Este fundamento técnico, repetido por los autores, tiene trascendencia en la vida de la relación aseguradora, ya que iniciado el período cubierto por una determinada prima, calculada como se ha dicho para todo ese período, no puede*

Vera Helena de Mello Franco lembra a existência de críticas formuladas ao princípio, que se revelaria destituído de um fundamento jurídico verdadeiro, restando assentado apenas sobre uma base técnica.

Os fundamentos levantados estão em geral associados à visão do contrato de seguro isoladamente considerado, o que permitiria a apuração do valor do prêmio de maneira individual. Além do mais, a fixação de períodos atenderia a conveniência do segurador, mas não seria impossível o cálculo do prêmio em um período inferior a um ano, como de fato ocorre na prática.

Segundo Vera Helena de Mello Franco, essas críticas não se sustentam pelo fato de que o contrato é de garantia e que não seria concebível se fragmentá-la, uma vez conferida. Além disso, a operação técnica do contrato de seguro, tantas vezes mencionada, exige a homogeneização dos riscos, ao que se contrapõe o cálculo dos prêmios²¹¹.

Finalmente, vale acrescentar que a empresarialidade do contrato de seguro é também um elemento fundamental a ser considerado. Ora, esta característica não pode ser considerada sem se atinar para o fato de que a empresa é a atividade econômica organizada e a atividade do segurador consiste em organizar a massa de recursos que recebe e administra. Permitir-se que cada segurado determine o período e a forma do prêmio é negar o valor deste conceito e pôr em risco a operação do seguro.

O princípio da permanência da cifra corresponde à necessidade de que a cifra do prêmio deve permanecer constante durante o período coberto pelo contrato. O terceiro princípio, por sua vez, determina que o cálculo do prêmio tome em consideração sua proporção em relação ao risco coberto, em duração e intensidade²¹².

O prêmio é composto por duas parcelas: a primeira delas é o prêmio “puro”, calculado de acordo com as tabelas estatísticas e que corresponde às somas que o segurador deve exigir

hacerse una división del mismo, de lo que deriva, por un lado, el cobro anticipado de la prima, y, por otro, su irrepetibilidad.” (Ley de Contrato de Seguro. ob. cit., p. 294)

²¹¹ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de Direito Securitário*. ob. cit., pp. 51/52

²¹² *Idem, ibidem*. pp. 52/53

de cada tomador de seguro para fazer frente aos riscos garantidos. É o custo de cobertura do risco²¹³.

O prêmio puro é a parte do prêmio que se destina à cobertura dos sinistros e é, em geral, determinado pela divisão dos sinistros previstos pelo número de unidades expostas. Assim, se um conjunto de 100.000 automóveis produz R\$ 30.000.000,00 em sinistros, o prêmio puro é R\$ 300,00. O processo de transformar o prêmio puro num valor bruto (ou prêmio bruto) implica na adição de despesas que compreendem comissões, despesas administrativas do segurador, reserva para contingências e lucros, além do pagamento de tributos que incidem sobre o prêmio, que, em conjunto, constituem a segunda parte do prêmio²¹⁴.

Vale destacar, também, que o prêmio pode ser pago em parcelas, não havendo violação do princípio da indivisibilidade por conta deste aspecto²¹⁵.

O Código Civil de 1916 permitia a fixação livre do prêmio entre as partes, como reflexo do tratamento que era dado ao contrato de seguro naquele diploma legal (art. 1.442). Contudo, a inviabilidade dessa prática diante da realidade da operação de seguro fez com que no Decreto-lei n. 73/66 (art. 36, “c”) fosse estabelecida a necessidade de cálculo do prêmio de acordo com os cálculos estatísticos. O Código Civil de 2002 não dispõe especificamente sobre a fixação do prêmio.

Importa considerar, finalmente, o que ocorre na ausência e no atraso do pagamento do prêmio. Inicialmente, de se dizer que diante da natureza consensual do contrato de seguro, o pagamento do prêmio é ato de execução e não de conclusão do contrato, conforme a clássica lição de Pontes de Miranda²¹⁶.

O Código Civil de 1916, no entanto, apesar de ter reconhecido a natureza consensual do seguro, previa que a sua eficácia estava subordinada à tradição da apólice ao segurado ou

²¹³ Conforme Véronique Nicolas, para quem “*La prime pure, aussi appelé prime technique, consiste dans la détermination des sommes que l’assureur doit exiger de chaque souscripteur pour pouvoir régler l’ensemble des engagements qu’il doit assumer, c’est-à-dire, les sinistres susceptibles de se produire au cours d’une période d’assurance ainsi que les frais correspondants, en raison d’un risque donné. La prime pure est le coût de la couverture du risque.*” (NICOLAS, Veronique. *Traité de Droit des Assurances*. ob. cit. p. 608)

²¹⁴ VAUGHAN, Emmet J. e VAUGHAN, Therese. *Fundamentals of Risk and Insurance*. ob. cit., p. 131.

²¹⁵ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos – Direito Civil e Empresarial*, ob. cit., p. 300.

ao lançamento nos livros da operação²¹⁷, o que naturalmente se prestou a acirradas disputas acerca da natureza do contrato, se formal ou consensual. A regra levou Pontes de Miranda a afirmar que a falta de pagamento do prêmio, quando ainda não houve a entrega da apólice, importava na suspensão da eficácia do contrato de seguro²¹⁸. A regra não foi repetida no Código Civil de 2002.

A atual previsão legal a respeito do pagamento do prêmio estabelece que “*não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação*” (art. 763).

O artigo é consentâneo com a boa técnica de seguros. Denota-se a consequência principal da mora do segurado – a perda do direito à indenização em caso de sinistro para o segurado em mora (posto que bastaria ao segurado adimplir sua prestação após o sinistro para ter o direito ao recebimento da indenização), mas também a modulação de seus efeitos, pois pode ocorrer uma situação em que o segurado esteja em mora, seja admoestado pelo segurador e a purgue e em seguida venha a ocorrer um sinistro. Nesta condição não terá havido a perda do direito à indenização.

A jurisprudência já se firmou no sentido de que não basta o inadimplemento do pagamento do prêmio por parte do tomador do seguro, sendo exigida a sua prévia constituição em mora²¹⁹.

Desta forma, a despeito da previsão comum nas apólices de seguro a respeito da perda do direito à indenização em caso de mora, faz-se necessária a comunicação da seguradora para que a mora possa ser sanada, sob pena, aí sim, de se reputar como eficaz a perda do direito

²¹⁶ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. ob. cit., p. 446

²¹⁷ Art. 1.433. Este contrato não obriga antes de reduzido a escrito, e considera-se perfeito desde que o segurador remete a apólice ao segurado, ou faz nos livros o lançamento usual da operação.

²¹⁸ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. ob. cit., p. 446

²¹⁹ O Superior Tribunal de Justiça tem posição consolidada a respeito da matéria, sendo pertinente fazer menção ao Recurso Especial n. 316.552 – SP, decidido pela 2ª Seção daquela Corte, cuja ementa está assim redigida: “*CIVIL E PROCESSUAL. SEGURO. AUTOMÓVEL. ATRASO NO PAGAMENTO DE PRESTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA CONSTITUIÇÃO EM MORA. IMPOSSIBILIDADE DE AUTOMÁTICO CANCELAMENTO DA AVENÇA PELA SEGURADORA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO. COBERTURA DEVIDA.*

I. O mero atraso no pagamento de prestação do prêmio do seguro não importa em desfazimento automático do contrato, para o que se exige, ao menos, a prévia constituição em mora do contratante pela seguradora, mediante interpelação.

II. Recurso especial conhecido e provido.”

à indenização. Esta solução conforma-se com as normas do Código de Defesa do Consumidor, como inclusive foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça²²⁰.

Por fim, vale a pena referir-se a outra decisão do mesmo tribunal, em que o segurador pretendeu desonerar-se de sua obrigação de pagar a indenização em virtude da ausência do pagamento da última parcela do prêmio. O tribunal, fazendo uso do princípio da boa-fé objetiva e da teoria do adimplemento substancial do contrato, determinou o pagamento da indenização²²¹.

2. *O dever de informação. A assimetria de informações e a boa-fé na celebração e execução do contrato*

(a) *Assimetria de informações e moral hazard*

O contrato de seguro tem no risco elemento essencial. A sua formação se dá com a prestação de informações por parte do segurado ao segurador no momento da contratação e da execução do contrato.

O segurador, em sua atividade, trata dados estatísticos e matemáticos e calcula prêmios visando à constituição de um fundo comum para fazer frente à realização de riscos previamente acordados no contrato de seguro. Para que a equação se aperfeiçoe, é importante que a realização do risco seja incerta.

²²⁰ “*SEGURO. CLÁUSULA DE CANCELAMENTO AUTOMÁTICO DO CONTRATO EM CASO DE ATRASO NO PAGAMENTO DO PRÊMIO. INSUBSISTÊNCIA EM FACE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE INTERPELAÇÃO. PAGAMENTO FEITO NO DIA SEGUINTE AO DO VENCIMENTO.*”

– *É nula a cláusula de cancelamento automático da apólice (art. 51, inc. IV e XI, do CDC). Pagamento do prêmio efetuado no dia seguinte ao do vencimento; antes, pois, de interpelação do segurado (REsp nº 316.449-SP).*

– *Recurso especial não conhecido.*” (REsp 278.064/MS, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 20/02/2003, DJ 14/04/2003 p. 225)

²²¹ “*Seguro. Inadimplemento da segurada. Falta de pagamento da última prestação. Adimplemento substancial. Resolução.*”

A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, alias, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a seguradora cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio.

Recurso conhecido e provido.” (REsp 76.362/MT, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996 p. 9917)

No momento da contratação o segurado presta declarações ao segurador, que irá aceitar ou recusar o risco baseado nestas informações e, caso o aceite, irá calcular o prêmio com base nas informações prestadas.

Neste momento verifica-se, de maneira aguda, o problema da assimetria de informações, pois o segurador nada ou pouco sabe a respeito da condição do candidato ao seguro. Deve, pois, acautelar-se, por meio da coleta mais completa possível de informações a respeito de um potencial segurado (valendo-se de ferramentas diversas, como formulários, exames médicos, vistorias, laudos, etc.)²²².

A assimetria de informações pode levar à indução do comportamento do segurado ao comportamento de risco (quando haja cobertura total) ou à solução do problema de *moral hazard*²²³ pelo segurador mediante a não disponibilidade de cobertura, o que levaria à inexistência do contrato de seguro²²⁴. Uma forma de solução do problema de *moral hazard* é a oferta da cobertura parcial na apólice de seguros.

²²² A importância da correta declaração de risco é dada por Pedro J. Rubio Vicente, como segue: “Pues bien, a diferencia de lo que sucede en el resto de relaciones contractuales, en las que las partes pueden controlar de forma autónoma e individualizada los elementos del contrato antes de su conclusión, el asegurador no está en condiciones de apreciar por sí solo el contenido de la propuesta del tomador. No en vano, las circunstancias que permiten la identificación y valoración de la entidad del riesgo están constituidas por datos, en la mayor parte de los supuestos, relativos a las cosas y a la intimidad de las personas, de carácter actual, pasado e incluso futuro –intenciones-, cuyo exacto conocimiento, dada la mayor proximidad y apenas trascender la esfera del sujeto titular del interés, se halla casi exclusivamente en sus manos. Si al eventual carácter secreto de estas informaciones, su enorme variedad, y dificultades propias de su interpretación, se suman además el elevado coste y la pérdida de tiempo que en otro caso implicaría su investigación, se percibe con absoluta nitidez, a fin de no poner en peligro la rápida conclusión del contrato o provocar un incremento de primas, la necesidad y conveniencia al mismo tiempo de colocar al asegurador en óptimas condiciones para poder juzgar de forma adecuada todos estos extremos. De ahí, por tanto, la mayor exigencia de colaboración en estos casos a cargo del tomador y la inevitable confianza que tiene que depositar el asegurador en el contenido de las manifestaciones que a estos efectos y sobre estos aspectos fácticos o jurídicos deba efectuar aquel sujeto.” (VICENTE, Pedro J. Rubio. *El deber precontractual de declaración del riesgo en el contrato de seguro*. Madrid: Fundación Mapfre Estudios - Instituto de Ciencias Del Seguro, 2003. p.11)

²²³ Frank H. Knight define moral hazard como “uma característica subjetiva do segurado que aumenta a probabilidade de sinistro” KNIGHT, Frank H. Risk, Uncertainty and Profit, 214-50, citado por Robin Pearson, p. 6. in PEARSON, Robin. *Moral Hazard and the assessment of insurance risk in Eighteenth and early Nineteenth Century Britain*. disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4127750>, acessado em 18/08/2009. O conceito original é “An imputed subjective characteristic of the insured that increases the probability of loss.”

²²⁴ “Moral hazard is an asymmetric-information phenomenon, and its defining characteristic is hidden action. In the context of insurance, the probability distribution of observable outcomes depends on the insured’s unobservable actions. The insurers would like to write insurance contingent on the insured’s actions but, since these are unobservable, must base his insurance on observable outcomes. Because of moral hazard, there is a trade-off between risk-bearing and incentives in the provision of insurance. At one extreme, if full insurance is provided, the insured is equally well off whatever the outcome and therefore has no incentive to take care. At the other extreme, if no insurance is provided, the individual faces the

Tem-se, diante de seus fundamentos técnicos, que o contrato de seguro baseia-se essencialmente na noção de confiança. O segurador precisa confiar que o segurado irá se comportar de determinada maneira a evitar o risco, enquanto o segurado confia que o segurador irá pagar os sinistros cobertos e somente os sinistros cobertos, a fim de não colocar em risco o fundo comum.

Moral hazard pode ser definido, pois, como a tendência de a proteção conferida pelo seguro alterar o comportamento do indivíduo (ou empresa) referente à prevenção dos sinistros. Esta tendência afeta o segurador e, portanto, provoca impacto no custo da cobertura para a generalidade dos indivíduos.

A indústria do seguro trata a questão, de forma parcial (isto é, incompleta) de duas maneiras: (i) oferecendo cobertura incompleta e (ii) observação pelo segurador a respeito do nível de cuidado para prevenir sinistros. A observação pode ser feita “ex ante” e “ex post” e naturalmente sua extensão é função dos próprios custos da referida observação²²⁵.

A base técnica que é indissociável do contrato de seguro exige o tratamento jurídico da questão que se apresenta. E a solução jurídica é a submissão do contrato de seguro ao princípio da boa-fé objetiva.

(b) *Boa-fé e os deveres associados à declaração e manutenção do risco*

Alerta Clóvis do Couto e Silva para a multiplicidade de significados da boa-fé no campo do direito. Em específico, no direito das obrigações a boa-fé “*manifesta-se como máxima objetiva que determina o aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui. Endereça-se a todos os partícipes do vínculo e pode, inclusive, criar deveres para o credor, o qual, tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos.*”²²⁶

appropriate incentives but is fully exposed to risk.” ARNOTT, Richard e STIGLITZ, Joseph E. “Moral Hazard and Nonmarket Institutions: Dysfunctional Crowding Out of Peer Monitoring?” American Economic Association, disponível em <http://www.jstor.org/stable/2006794>. Acessado em 21/08/2009 (p. 181)

²²⁵ SHAVELL, Steven. On Moral Hazard and Insurance; published by John Wiley & Sons, Inc. The Quarterly Journal of Economics, November, 1979.

Judith Martins-Costa, ao analisar o conteúdo da boa-fé no direito privado, traça inicialmente uma linha entre a “boa-fé subjetiva” e a “boa-fé objetiva”. Para a autora, a primeira denota um “*estado de consciência, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade com o direito [sendo] aplicável em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória.*” A idéia de boa-fé subjetiva relaciona-se, pois, com a intenção do agente, sua condição psicológica ou íntima convicção²²⁷.

Já a boa-fé objetiva refere-se a um modelo de conduta social, segundo o qual o indivíduo deve pautar-se como um homem reto, com honestidade, lealdade e probidade²²⁸. Há no conceito, além do standard da conduta, uma preocupação com os interesses do “alter”, o que leva à consideração da inserção dos agentes em um conjunto econômico e social.²²⁹

A doutrina relaciona o princípio da boa-fé às origens do contrato de seguro e, em especial, aos deveres do segurado de prestar declarações exatas. No direito inglês encontra-se a subdivisão entre os deveres do segurado de *disclosure* e de *refrain from misrepresentation*, o que, em uma tradução livre, representam, o primeiro, a apresentação, a revelação de fatos importantes e o segundo o dever de responder com exatidão as questões que lhe são postas pelo segurador.

Além disso, o dever de *uberrimae fide* implica na obrigação de ambas as partes do contrato de seguro revelarem fatos significativos que afetem o risco para a outra parte antes da conclusão do contrato²³⁰.

Informam Lowry e Rawlings que a origem da aplicação do princípio da boa-fé ao contrato de seguro encontra-se em decisão proferida há mais de dois séculos por Lord Mansfield em caso referente a uma apólice de seguro contratada pelo Governador de Sumatra contra um ataque ao Fort Malborough pelo exército francês.

²²⁶ SILVA, Clóvis V. do Couto. *A obrigação como processo*. São Paulo: Editora FGV, 2007, p. 33

²²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado, 1ª Ed.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.

²²⁸ *Idem, ibidem*, ob. cit., pg. 411

²²⁹ *Idem, ibidem*, p. 412

²³⁰ LOWRY, John e RAWLINGS, Philip. *Insurance Law. Doctrines and Principles*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2005, pp. 77/78

Na ocasião, a corte entendeu que segurado tinha o dever de revelar todas as condições do risco, independentemente de agir com ou sem intenção maliciosa de sua parte²³¹. A extensão da interpretação dada pela corte inglesa aos deveres teve o condão de provocar a discussão a respeito do princípio geral de boa-fé.

O direito brasileiro reconheceu a boa-fé como princípio geral do direito das obrigações no Código Comercial (art. 131, I), não tendo se dado sua previsão expressa no Código Civil de 1916. Apesar dessa omissão, sempre foi considerado como um princípio existente no ordenamento jurídico.

Entretanto, mesmo diante do silêncio do Código Civil de 1916 a respeito de uma cláusula geral de boa-fé no direito das obrigações, previa-se expressamente sua aplicação ao contrato de seguro na forma do art. 1.443 daquele Código.

Com o advento do Código Civil de 2002 consagrou-se a boa-fé objetiva como cláusula geral dos contratos e repetiu-se a sua aplicação específica para os contratos de seguro.

Vera Helena de Mello Franco destaca a importância da boa-fé no contrato de seguro, em virtude de circunstâncias que lhe são específicas, a saber: a) o fato de o contrato de seguro ser celebrado em massa, com as características próprias dos contratos de adesão (como uma consequência da empresarialidade do contrato), o que determina que a seguradora se abstenha de estabelecer cláusulas lesivas ou obscuras ao segurado, incluindo-se ainda no conteúdo do princípio o dever de informar e esclarecer o segurado a respeito do alcance e compreensão das cláusulas; b) o fato de que o segurador prevê e avalia o risco em função das declarações recebidas do segurado, razão pela qual este último tem o dever de comunicar as mudanças e alterações na condição dos riscos cobertos, abstenendo-se de comportamentos que o agravem, bem como de declarar com exatidão as circunstâncias

²³¹ “Insurance is a contract of speculation. The special facts upon which the contingent chance is to be computed lie most commonly in the knowledge of the assured only; the underwriter trusts to his representation, and proceeds upon confidence that he does not keep back any circumstance in his knowledge to mislead the underwriter into a belief that the circumstance does not exist. ... Although the suppression should happen through mistake, without any fraudulent intention, yet still the underwriter is deceived and the policy is void; because the risk run is really different from the risk understood and intended to be run at the time of the agreement. ... Good faith forbids either party, by concealing what he privately knows, to draw the other into a bargain from his ignorance of the fact, and his believing the contrary.” Apud LOWRY, John e RAWLINGS, Philip. *Insurance Law*. ob. cit, pp. 77/78

para a determinação e individualização do risco; e c) a necessidade de ambas as partes do contrato de seguro guardarem a mais absoluta boa-fé²³².

Mais especificamente no que diz respeito à declaração do risco, a autora informa que como a declaração se relaciona diretamente com o equilíbrio da mutualidade, há a necessidade, sob pena de perda da garantia e sem prejuízo do pagamento do prêmio, da prestação de declarações exatas. Adverte, porém, que o mesmo princípio aplica-se ao segurador, refletido no dever de correta e claramente redigir a apólice.²³³

Trata-se, além disso, de princípio reconhecido internacionalmente, dada a importância da correta aferição do risco pelo segurador, como assinala Pedro Rubio Vicente²³⁴.

Do ponto de vista do direito positivo, a aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao contrato de seguro revela-se, direta ou indiretamente, na obrigação de o segurado e o segurador guardarem na conclusão e na execução do contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto com das circunstâncias e declarações a ele concernentes²³⁵, estabelecendo graves consequências para a prestação de declarações inexatas, para o agravamento intencional do risco e o dever de comunicação a respeito de alteração substancial do risco (a perda do direito à garantia estabelecida no art. 766, 768 e 769 do Código Civil).

O dever de boa-fé no contrato de seguro é absorvido pela jurisprudência nacional. O Tribunal de Justiça de São Paulo o ressaltou ao recusar pedido de complemento de indenização em função de declarações de segurado que foram consideradas omissas e

²³² FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de Direito Securitário*, ob. cit., pp.26/27

²³³ FRANCO, Vera Helena de Mello, *Contratos – Direito Civil e Empresarial*, ob. cit., p. 298.

²³⁴ “Por todo esto, no es extraño, pues, que la mayoría de las Legislaciones, al objeto de garantizar el conocimiento del asegurador, impongan al tomador del seguro el deber de declarar –contestar-, antes de la conclusión del contrato, todas las circunstancias que pueden influir en la valoración del riesgo y sancionen consiguientemente su infracción de forma expresa y eficaz, como una evidente y concreta manifestación del principio de buena fe en el contrato de seguro.” (...) “En este sentido, no hay duda alguna en afirmar que el buen funcionamiento del seguro en general, así como la satisfacción de una función de interés social por parte de este contrato –protección de intereses de carácter económico-, pasan inexorablemente por la exigencia técnica de una correcta selección y valoración del riesgo.” (VICENTE, Pedro J. Rubio. *El deber precontractual de declaración del riesgo en el contrato de seguro*. Madrid: Fundación Mapfre Estudios - Instituto de Ciencias Del Seguro, 2003. pp. 14/15)

²³⁵ Artigo 765do Código Civil de 2002: “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.”.

levaram o segurador a conceder bônus inaplicável à situação concreta. Ao assim proceder, o segurado violou, no entendimento do tribunal, o dever de boa-fé²³⁶.

De maneira análoga o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro julgou improcedente pedido de ressarcimento de segurado que havia prestado declarações falsas ao segurador, declarando residir em cidade pacata, quando na verdade residia – e guardava seu automóvel – em localidade mais perigosa (no Rio de Janeiro), com aumento na probabilidade de furto e roubo do veículo, o que acarretaria alterações na aceitação do risco e no cálculo do prêmio²³⁷.

Outro acórdão que merece destaque no que diz respeito ao tratamento da questão acerca da declaração exata de riscos foi proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, onde se examinou informação inverídica prestada pelo segurado a respeito de furtos de veículos de sua propriedade no período de tempo de três anos que antecedeu a contratação do seguro. O tribunal, valendo-se de argumentos técnicos, rejeitou o pedido de reforma da sentença de improcedência da ação de indenização, ressaltando o dever de

²³⁶ “Seguro – Furto de veículo – Bônus – Direito pessoal – Cobrança de diferença – Inadmissibilidade – Inobservância do princípio da boa-fé. Seguro contratado em nome de terceiro – Objetivo aproveitamento do bônus a ser concedido ao segurado anterior a influenciar no pagamento do prêmio líquido com redução de 30% (trinta por cento).

Indenização paga de maneira proporcional ao prêmio com desconto indevidamente auferido. Admissibilidade. Por ter o autor utilizado de procedimento inadequado por ter feito declaração incorreta a influenciar na formação do contrato pactuado em favor de terceiro a consequência é a perda do direito quanto ao recebimento de diferença de quantia paga a título da indenização reclamada na inicial. O perfil do condutor constitui dado valioso para avaliação dos riscos e, em caso de aceitação com aproveitamento de bônus, por certo reflete no custo do prêmio e avaliação do risco, porquanto, salvo disposição em contrário, bônus é um direito pessoal e intransferível do segurado. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada. Provido em parte o recurso do autor. Desprovido o agravo retido para os devidos fins de direito.” (TJSP – Ap c/ rev. 941001-0/3 – 28ª Câ. da Seção de Direito Privado – j.30.09.2008 – v.u. – rel. Des. Julio Vidal – Área do Direito: Civil-Processo Civil.)

²³⁷ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível n. 7.802/2001, Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho: “**SEGURO. Fraude Tarifária. Violação do Princípio da Boa-fé.**

A fraude tarifária se configura quando o segurado, morando numa cidade onde o roubo e o furto de veículo atinge índice elevado como no Rio de Janeiro, para pagar prêmio menor afirma residir numa pacata cidadezinha do interior, na qual o risco objetivo do automóvel é muito menor e a tarifa também. Ainda que o segurado tenha um sítio ou casa de veraneio nessa pacata cidade, deve prevalecer para a validade do seguro a tarifa do local onde o veículo circula predominantemente.

O segurado que presta declarações não condizentes com a verdade dos fatos, aumentando os riscos e inflando na aceitação da proposta, maltrata os art. 1.443, 1.444 e 1.454 do Código Civil e sujeita-se à ineficácia do contrato com a consequente perda do direito de indenização em razão do sinistro. Fornecer endereço próprio, sem contudo comprovar que nele reside, ou utilizar-se do veículo para fins diversos dos declarados na apólice, obtendo uma tarifação do prêmio mais favorável, revelam conduta eivada de má-fé. Desprovidimento do recurso.”

declarar com exatidão as informações e seu impacto sobre o cálculo do prêmio e a própria aceitação do risco pelo segurador²³⁸.

A conclusão a que se chega é no sentido da importância da manutenção do equilíbrio técnico do contrato, desde o momento de sua formação. A organização do seguro como um contrato empresarial, que retira a aleatoriedade de sua natureza, exige a correta exposição do risco como uma obrigação imposta ao segurado, ainda que não seja a sua principal obrigação.

De se discordar, pois, da orientação de que o dever de prestar as declarações de maneira correta corresponderia apenas a um ônus do segurado²³⁹, na medida em que a prestação é feita no interesse (tutelado) do segurador, cuja sanção é o decaimento da garantia.

3. *O dever de não agravar o risco*

O dever de não agravar o risco relaciona-se com a própria natureza do risco que se constitui em elemento essencial do contrato²⁴⁰. O Código Civil de 2002 prevê expressamente no art. 768 que “o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”.

A condenação legal ao ato do segurado tem por escopo evitar que a alteração dos fundamentos técnicos que dão ensejo à valoração do prêmio, de um lado, e de impedir que o segurado, de qualquer maneira, se locuplete à custa da realização do risco²⁴¹.

²³⁸ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Região, apelação cível n. 2005.01.019727-4, valendo destacar do voto do Relator, o Desembargador Carlos Rodrigues, a menção ao fato de que “o valor do prêmio do seguro é calculado com base em premissas atuariais, onde cada fator de risco tem seu respectivo fator valorativo. Portanto, se o segurado omitiu fato que era bastante para incutir no segurador uma falsa realidade do panorama de riscos, por certo essa circunstância produziu um prêmio menor que o usual, como ainda terminava por impor ao segurador risco que não desejava assumir. A omissão ou declaração inverídica a respeito de elementos aleatórios considerados no cálculo atuarial repercute na formação de vontade do outro contratante, induziu-o a aceitar risco maior do que estava disposto cobrir, sem a contraprestação pelo seu agravamento. Ademais, o risco maior que a declaração inexata dada pelo segurado até mesmo poderia levar à não contratação.”

²³⁹ Como se encontra no trabalho de Pedro J. Rubio Vicente, para quem “Sea como fuere, de lo que no hay duda también en esta sede es de que, en todo caso, se trata de un deber o carga ope legis, ante la imposibilidad de fundarlo en el contrato, habida cuenta de su necesaria ejecución antes de la conclusión, del mismo, y, por tanto, de carácter precontractual, por idénticos motivos.” (VICENTE, Pedro J. Rubio. *El deber precontractual de declaración del riesgo en el contrato de seguro*. ob. cit. p. 25)

²⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *O Seguro de crédito*. ob. cit. p. 125.

²⁴¹ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro*, p. 81

O interesse do segurado é a não realização do risco, pelo que o seu agravamento intencional corresponde naturalmente a uma conduta antijurídica. Para Ernesto Tzirulnik *et alii*, ao desejar a realização do risco “*é perdida a função social do contrato, ferida a boa-fé objetiva, desfigurada a fidúcia e rompido o equilíbrio entre as prestações*”²⁴²

De fato, o risco agravado voluntariamente fere justamente o equilíbrio que deve haver entre as vantagens e desvantagens dentro do contrato, que se propõe seja entendido como comutativo.

Diante da gravidade da pena – o decaimento do direito à garantia – Fábio Comparato adverte para o fato de que a questão deva ser analisada caso a caso e que a aplicação da sanção se dê com bastante parcimônia²⁴³. Na mesma linha, Pedro Alvim recomenda que as apólices mencionem circunstâncias que representem o agravamento de risco²⁴⁴.

As recomendações de Fábio Comparato não passaram despercebidas dos tribunais nacionais. A aplicação da penalidade de decaimento é feita com bastante moderação²⁴⁵, exigindo-se uma conduta grave e exclusiva do segurado²⁴⁶, não servindo como exoneração

²⁴² *Ide, ibidem*, p. 81

²⁴³ COMPARATO, Fábio Konder. *O Seguro de Crédito*. ob. cit. p. 126

²⁴⁴ ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*, ob. cit. pp. 361/262

²⁴⁵ Um exemplo pode ser encontrado na aferição por parte do Superior Tribunal de Justiça de que “a transferência de titularidade do veículo segurado sem comunicação à seguradora, por si só, não constitui agravamento do risco” (como se vê nas decisões proferidas nos Recursos Especiais nºs 600.788/SP, 3.053 e 188.694), a despeito do razoável argumento de que a alteração da titularidade do veículo, que em princípio pode representar uma alteração do risco (posto que o seguro de automóvel leva em conta o perfil do segurado para o cálculo do prêmio) deva ser comunicada à seguradora.

²⁴⁶ No julgamento da apelação cível n. 2001.001.23680, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro afirmou a sanção legal, sob o fundamento de que “*não pode o segurado provocar deliberadamente o sinistro para fazer jus à indenização, pois isto tiraria do contrato a sua natureza aleatória*”. A despeito do entendimento daquele tribunal no sentido de que o contrato é aleatório, como o que não se concorda, o fato é que se avaliou situação grave, em que um segurado, escoltado por viatura de polícia rumo ao Distrito Policial, procura evadir-se e viola gravemente as regras de trânsito, sofrendo em consequência acidente de trânsito. Ao acionar a seguradora, teve seu pedido rejeitado. O acórdão menciona claramente que “*o fato de ter sido o segurado culpado pelo sinistro, em princípio, não exonera a Seguradora do pagamento da indenização, e isto porque o segurado procura, com o contrato, proteger-se contra as suas humanas imperfeições e falhas. Do mesmo modo, é irrelevante que o dano decorra do fortuito, pois é também para se proteger dos “fatos de Deus” que se faz seguro. Mas é evidente que não pode o segurado provocar deliberadamente o sinistro, para fazer jus à indenização, pois isto tiraria do contrato a sua natureza aleatória. No caso dos autos, a conduta do réu se avizinha à do dolo eventual, agravando de maneira intolerável o risco assumido pela Seguradora.*”

do dever de pagamento da indenização o eventual agravamento de risco imputável a terceiro²⁴⁷.

4. O dever de salvamento.

Uma vez ocorrido o sinistro nasce para o segurado a pretensão ao recebimento da indenização ou capital segurado, conforme o tipo de seguro. Entretanto, alguns deveres se impõem antes do recebimento da indenização.

Dentre eles está a obrigação de o segurado comunicar imediatamente o sinistro ao segurador, bem como fornecer documentos e informações indispensáveis à regulação do sinistro. Estes deveres se inserem no dever de prestar declarações ao segurado.

A estes deveres acrescentam-se os deveres de conduta do segurado no que diz respeito às consequências do sinistro. Diz Pedro Alvim que *“quando ocorre o sinistro, antes mesmo do aviso ao segurador, devem ser tomadas pelo segurado as medidas urgentes necessárias à proteção dos bens ameaçados pela destruição.”*²⁴⁸

Trata-se do dever de salvamento, que impõe ao segurado a obrigação de adotar as medidas necessárias a mitigar as consequências do sinistro. Para Amalia Gonzalez, com o termo salvamento se faz referência ao fato de se procurar evitar os danos que ocorram durante um sinistro e também abarca o resgate dos objetos não lesados após a ocorrência do sinistro²⁴⁹.

O fundamento do dever de salvamento encontra-se, mais uma vez, no princípio da boa-fé objetiva, que repercute no interesse do segurado em reduzir as consequências do sinistro²⁵⁰.

²⁴⁷ Como se vê em diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça (em especial respeitantes à condução de veículo automotor por condutor embriagado que não é o segurado) e também no acórdão lavrado no Recurso Especial n. 64.144/MG, onde restou assentado que *“a perda do seguro, em virtude de agravamento de riscos, exige procedimento imputável ao próprio segurado. Isso não se verifica se ocorreu acidente em decorrência de comportamento culposo de terceiro, a quem permitida a utilização de bem segurado, de acordo com as finalidades que lhe eram próprias.”*

²⁴⁸ ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*, ob. cit., p. 399

²⁴⁹ GONZÁLEZ, Amalia Rodríguez. *El deber de aminorar las consecuencias del siniestro en el contrato de seguro*, ob. cit., p. 31

²⁵⁰ *Idem ibídem*, p. 45. destacando-se que *“Este deber de salvamento figura en las pólizas como una de las más importantes obligaciones contractuales. La buena fe en el deber de salvamento significa el honesto y diligente comportamiento del asegurado, que debe cumplir con la obligación de leal colaboración con el asegurador.”* Da mesma forma, a posição de Maria del Mar Maroño Gargallo, para quem *“Aunque es cierto que el correcto cumplimiento del deber de salvamento beneficia al asegurador, cabe estimar que su*

Novamente, a despeito do entendimento em sentido contrário²⁵¹, é razoável supor que se trate de um dever imposto ao segurado e não somente de um ônus, não estando presente a liberdade de atuação, que permitiria configurar a situação de ônus, como visto acima. O segurado deve, pois, adotar as medidas, com a contrapartida do pagamento das despesas incorridas pelo segurador, como se tratará mais adiante.

As medidas de mitigação e salvamento estão tratadas nos arts. 771, § único e 779 do Código Civil Brasileiro²⁵².

A análise dos dispositivos acima referidos permite identificar a existência de deveres correspondentes entre o segurado e o segurador. De um lado, o segurado tem o dever de (i) comunicar o sinistro e (ii) tomar todas as medidas possíveis e razoáveis para diminuir a extensão e conseqüências danosas do sinistro. Em contrapartida, o segurador possui a obrigação legal de (i) ressarcir o bem segurado na ocorrência do sinistro, e (ii) indenizar o segurado pelas despesas incorridas na tentativa de evitar o sinistro, minorar-lhe as conseqüências ou salvar o que resta da coisa segurada.

Embora complementares, os art. 771 e 779 estão inseridos em seções distintas do Código Civil: enquanto o parágrafo único do artigo 771 situa-se na Seção I do Capítulo XV, que trata das *disposições gerais* do seguro, o artigo 779 insere-se na Seção II do mesmo Capítulo, que trata especificamente do *seguro de dano*.

Da localização dos dispositivos extrai-se uma primeira distinção: o artigo 771, como *disposição geral*, pode levar ao entendimento de que sua aplicação estende-se para além do

imposición responde a las exigencias que derivan del principio de buena fe que impera en el contrato de seguro y a la necesidad de mantener un equilibrio entre las prestaciones de las partes.”(GARGALLO, Maria del Mar Maroño. *El deber de salvamento en el contrato de seguro*. Granada: Editorial Comares, 2006. p.69)

²⁵¹ Maria del Mar Maroño Gonzalez entende que o descumprimento do dever prejudica somente o segurado, não afetando o segurador, não se lhe atribuindo um direito de reclamar o seu cumprimento, o que lhe retiraria a natureza de obrigação em sentido estrito. (*El deber de salvamento en el contrato de seguro*, ob. cit. p. 69).

²⁵² “Art. 771. *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 conseqüências.*

Parágrafo único. Correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento conseqüentes ao sinistro”.

“Art. 779. *O risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou conseqüentes, como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano ou salvar a coisa”.*

seguro de dano, regulando também o seguro de pessoas; de outro lado, o artigo 779 dispõe especificamente sobre o seguro de dano.

Não obstante a existência de controvérsias, Pedro Alvim entende que o artigo 771 deve disciplinar apenas o seguro de dano, uma vez que nos seguros de pessoa as verbas são prefixadas em quantias certas.²⁵³

Outra importante distinção refere-se ao *momento* a que se relacionam as despesas experimentadas pelo segurado. O parágrafo único do artigo 771 do Código Civil trata das despesas de salvamento, isto é, os prejuízos incorridos pelo segurado **conseqüentemente** à ocorrência do sinistro, até o limite fixado na apólice. Sendo assim, além do dever de avisar o segurador da ocorrência do sinistro (art. 771, *caput*), cabe ao segurado, enquanto aguarda as providências daquele, tomar as primeiras providências de emergência, tanto para evitar maiores conseqüências do sinistro como para diminuí-las.

De outro turno, o artigo 779 do mesmo Código refere-se parcialmente a prejuízos que podem ocorrer **antes** do sinistro, com propósito específico de evitá-lo, o que poderia gerar uma indenização sem que tivesse ocorrido o sinistro. O mesmo dispositivo assegura, ainda, o dever do segurador de ressarcir as expensas do segurado também em situações **posteriores** à ocorrência do sinistro (“*minorar o dano ou salvar a coisa*”).

(ii) Prestações a cargo do segurador

A primeira e principal prestação a cargo do segurador é, em estreita coerência com o quanto defendido nesta dissertação, a de garantia ao interesse segurado. Esta prestação já

²⁵³ Nesse sentido, Pedro Alvim esclarece que o artigo 771 “*deveria estar na segunda seção que trata de seguros de dano. Sua posição na primeira seção que cuida de disposições gerais, aplicáveis tanto aos seguros de dano, como aos seguros de pessoa, pode levar à conclusão de que disciplina também estes últimos. Acontece que nos seguros de pessoa as verbas são prefixadas em quantias certas (...). As despesas por exemplo como tratamento de um doente que vem a falecer não são indenizáveis por aquela verba. Assim, se o seguro de vida é de cem mil reais, os beneficiários receberão apenas este valor e não os gastos com assistência médico-hospitalar que constituem objeto de outro tipo de seguro. A manutenção do dispositivo onde se encontra poderá induzir o intérprete nas lides forenses a impor ao segurador o pagamento de quantias não previstas no contrato*”. (ALVIM, Pedro, *O Seguro e o Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007. pp 70/71).

foi objeto de análise no capítulo VI, ao qual se faz referência, a fim de evitar a redundância desnecessária.

Além da prestação de garantia destacam-se a obrigação de o segurador pagar a indenização na hipótese de verificação do sinistro. O sinistro, por sua vez, dá ensejo à obrigação de o segurador pagar também pelas despesas de salvamento na forma da lei e de promover a correta e competente regulação do sinistro.

1. Obrigação de pagar a indenização ao segurado

Vera Helena de Mello Franco qualifica a obrigação de indenização como uma obrigação secundária, eventual, condicional, que pode ou não ter lugar, já que dependente da ocorrência do sinistro²⁵⁴.

Para que a obrigação tenha lugar faz-se necessário o concurso de diversos fatores: (i) a existência de um sinistro; (ii) a involuntariedade do evento que deu causa ao sinistro; (iii) a relação de nexos causal entre o evento e o dano resultante; (iv) o cumprimento dos deveres estabelecidos contratualmente; (v) o dever de comunicar imediatamente a ocorrência do seguro; (vi) o dever de salvamento²⁵⁵.

Diversas análises podem ser feitas a respeito da natureza e extensão do conteúdo do dever de indenizar. Como o objeto deste trabalho é a natureza comutativa do contrato de seguro, importa levar em consideração os aspectos que dizem respeito à atribuição de vantagens e desvantagens para as partes.

O contrato de seguro é ainda reputado por muitos como um contrato aleatório em função da incerteza do pagamento da indenização, posto que dependente da ocorrência do risco. Entretanto, já se procurou demonstrar que a operação empresarial necessária ao contrato afasta a aleatoriedade, para impor um tratamento comutativo em que não há perda ou ganho para nenhuma das partes por conta do contrato.

²⁵⁴ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos – Direito Civil e Empresarial*. ob. cit. p. 303

²⁵⁵ *idem, ibidem*. pp. 303/304

E é justamente por este fator que a adequação do montante pago pelo segurador ao segurado ganha destaque sob esta perspectiva.

De fato, para que as bases técnicas do contrato de seguro sejam fielmente preservadas, impõe-se a necessidade do pagamento adequado da indenização, fazendo com que (i) apenas eventos cobertos pelo seguro sejam pagos; (ii) os pagamentos sejam feitos de forma adequada aos danos sofridos; (iii) as condições de contratação sejam confrontadas com os danos, a fim de evitar situações de seguro inferior ou superior ao interesse segurado; e (iv) quais as consequências do atraso no cumprimento da obrigação por parte do segurador.

O primeiro item relaciona-se efetivamente com a cobertura securitária. Para a apuração da cobertura ao caso concreto faz-se necessário o procedimento de regulação de sinistro, que será objeto de item específico abaixo. Entretanto, de se dizer desde já que com a notícia do sinistro produzida pelo segurado impõe-se o dever de o segurador iniciar o procedimento, visando apurar a existência de cobertura e, em caso afirmativo, liquidar o dano de maneira célere.

A adequação dos pagamentos aos danos sofridos mostra-se de especial relevo para o caso dos seguros de danos. De fato, no caso de seguro de vida, o pagamento devido é o do capital segurado, que observa o valor estabelecido na apólice, não havendo, em princípio, elevada complexidade²⁵⁶. Há a possibilidade, entretanto, de ajustes, seja por conta de não pagamento do prêmio (parcial), o exercício pelo segurado de direitos de resgate ou de antecipações²⁵⁷.

No caso dos contratos de danos diretos²⁵⁸ a tarefa de se apurar se mostra mais complexa, em especial tratando-se de perda parcial dos bens que são parte do interesse segurado.

²⁵⁶ GARRIGUES, Joaquim. *Contrato de Seguro Terrestre* p. 536, ob.cit., de onde se extrai que “*En los seguros de personas la prestación del asegurador ofrece mayor simplicidad que en los seguros sobre las cosas, en razón a que el asegurador se libera pagando una suma prefijada en el contrato y no la suma que, previa la tasación correspondiente del daño, represente su reparación.*” (p. 536).

²⁵⁷ GARRIGUES, Joaquim. *Contrato de Seguro Terrestre*. p. 536, ob.cit.. Valendo destacar a conclusão do autor: “*la prestación del asegurador será la suma convenida en el contrato. Pero, como sabemos, puede ser aumentada en caso de participación del asegurado en los beneficios del asegurado o reducida en caso de falta de pago de alguna prima o de anticipos recibidos o por alguna otra causa (como es el suicidio ocurrido durante el primer año de vigencia de la póliza).*”

²⁵⁸ A diferença entre o interesse no seguro de danos diretos e indiretos encontra-se no capítulo VI.

Neste sentido, duas questões se revelam importantes: a extensão dos danos e a correta declaração do valor do interesse segurado.

A primeira questão – extensão dos danos – relaciona-se diretamente com o princípio indenitário. O princípio indenitário é princípio universal aplicável ao contrato de seguro, segundo o qual se veda o enriquecimento do segurado por meio do contrato de seguro²⁵⁹.

Em geral a função do princípio indenitário é dupla: evitar que o seguro se converta em incentivo à geração dolosa de sinistros (posto que se indeniza apenas a extensão do dano) e impedir que o seguro derive para qualquer forma de especulação ou aposta, pondo em risco a ordem econômica sobre a qual se funda²⁶⁰.

A primeira função relaciona-se, pois, diretamente com o problema do moral hazard enfrentado no contrato de seguro e visa preveni-lo, buscando alinhar o interesse do segurado no sentido de que o seguro não ocorra²⁶¹.

O direito brasileiro incorpora o princípio indenitário ao determinar que “*a indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador*”, conforme art. 781 do Código Civil. É pertinente, ainda, acrescentar que, no caso de seguro de responsabilidade civil, o valor limita-se ao montante do ressarcimento devido a terceiros²⁶².

O princípio indenitário relaciona-se diretamente com a questão da correta declaração do valor do interesse segurado, visando impedir o enriquecimento injustificado do segurado e, ainda, a perda do equilíbrio contratual entre prêmio e garantia. Dessa forma, o valor da garantia não pode ser superior ao do interesse segurado no momento da contratação do

²⁵⁹ De acordo com Garrigues, “*En todo tiempo, y de acuerdo con su esencial finalidad, el seguro contra daños en las cosas se ha fundado, más o menos explícitamente, en el principio indemnitario, por cuya virtud el seguro no debe procurar nunca un beneficio para el asegurado, colocándole en situación mejor que si el siniestro no se hubiese realizado. En otros términos, el seguro contra daños, como se desprende de su propia denominación, es un contrato para la indemnización estricta del daño sufrido.*” (GARRIGUES, Joaquim. *O Contrato de Seguro Terrestre*, ob. cit. pp. 133/134)

²⁶⁰ MORENO, Alberto Díaz. *La disciplina de la póliza estimada en la Ley de Contrato de Seguro*. Cizur Menor. Thomson Civitas, 2008. p. 49.

²⁶¹ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos – Direito Civil e Empresarial*, ob. cit., p. 306

²⁶² *idem, ibidem*, p. 306

seguro (art. 778 do Código Civil), vedando-se, ainda, a celebração de mais de um seguro sobre o mesmo interesse, sem o prévio conhecimento do segurador original, posto que em tal hipótese haveria claro intento de locupletamento indevido em tal hipótese (art. 782 do Código Civil).

Deve-se ressaltar, finalmente, na modalidade de adequação do valor do interesse segurado a questão do subseguro, que se dá quando no momento do sinistro o valor do interesse excede aquele que fora originariamente declarado. Para este caso, e a fim de preservar o equilíbrio entre o prêmio e a garantia concedida, há que se promover ao rateio da indenização, observando a seguinte equação: valor do dano multiplicado pelo valor segurado dividido pelo valor segurável. É importante dizer que o rateio é aplicável apenas aos contratos de seguro de danos diretos quando haja perda apenas parcial dos interesses segurados.

A validade da chamada cláusula de rateio já foi bastante questionada no passado. Com a edição do Código Civil de 2002 converteu-se em direito positivo, a teor do art. 783²⁶³.

O dever de pagar a indenização pontualmente: consequências para o segurador

A discussão que se estabelece a seguir diz respeito às consequências do atraso no cumprimento da obrigação a cargo do segurador.

O art. 772 do Código Civil de 2002 limita as consequências ao pagamento de juros de mora e correção monetária em hipóteses de atraso no pagamento da indenização.

Questiona-se, entretanto, a possibilidade de compensação financeira em virtude de atraso no pagamento da indenização, baseado em obrigação extracontratual do segurador²⁶⁴.

²⁶³ Valendo destacar, neste particular, a análise de Fábio Konder Comparato a respeito de acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da validade da “cláusula de rateio”. (“Comentário a acórdão – Seguro – Cláusula de rateio proporcional – Juridicidade”, in *Revista de Direito Mercantil*, n.º 07, Ano XI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, pp. 102/112)

²⁶⁴ CC, Art. 404: “As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.”

“Parágrafo único: Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.”

O argumento deduzido é a responsabilidade de o segurador assistir ao segurado nos momentos que se seguem ao sinistro²⁶⁵, zelando para que a indenização seja célere o suficiente para impedir o agravamento das consequências do sinistro.

O fundamento legal para esta indenização é o inadimplemento do dever de cumprir a obrigação na forma e no prazo estabelecido no contrato. Nesse caso, a parte inadimplente deverá pagar “perdas e danos” e “lucros cessantes”.

A disposição do art. 772 do Código Civil não encerrou as discussões acerca do limite das obrigações do segurador. Parte da doutrina defende a possibilidade de se pedir uma indenização suplementar, caso os juros de mora não sejam suficientes para cobrir os prejuízos causados pelo atraso, com suporte no parágrafo único do art. 404 (CC)²⁶⁶.

A resposta ao argumento é no sentido de que o artigo 772 do CC é uma disposição especial que substitui a disposição geral do artigo 404 e que o contrato de seguro prevê uma “dívida de dinheiro”, ao invés de uma “dívida de valor” e, portanto, só está sujeito somente a juros pelo atraso²⁶⁷.

²⁶⁵ Esta discussão é particularmente presente nos seguros de grandes riscos empresariais, onde há, por vezes, múltiplas coberturas, posto haver a combinação entre a suspensão da produção ou as vendas do segurado, a necessidade de se proceder a gastos adicionais com a limpeza do local do sinistro, a desmontagem de equipamentos e o próprio investimento para se recolocar o estabelecimento nas mesmas condições anteriores ao sinistro.

²⁶⁶ “Possível, dessa maneira, a complementação – não é suplementar, como diz a lei, mas sim complementar, para chegar ao real valor – nas hipóteses em que restar provada a insuficiência dos juros para fazer frente ao efetivo dano causado pelo não-cumprimento da prestação. Esta complementação, todavia, não é acessório necessário, presente em todos os casos, e sim possibilidade sujeita ao preenchimento de requisitos.” (TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro de acordo com o novo Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 92)

²⁶⁷ “De sua leitura mais atenta, pode-se verificar que essa indenização suplementar não poderia de qualquer forma ir além do aspecto monetário a que a índole de uma dívida de dinheiro se refere, quer dizer, ao suplemento da eventual insuficiência dos juros, jamais a suplementos da indenização do seguro, do dano que sofreu o segurado com o sinistro, por ação de terceiros ou por outra causa que jamais poderia ser atribuída ao segurador, já que essa indenização securitária, em caso de demora injustificada do segurador, está limitada aos ditames do art. 772, por isso que seria ilógico, por exemplo, atribuir à mora do segurador, indenizações próprias das perdas e danos da responsabilidade civil, tais como lucros cessantes, dano moral, etc., não cobertas pelo contrato de seguro e para as quais o segurador não recebeu o prêmio devido. Do contrário, seria o mesmo que admitir que os devedores de um título de crédito – nota promissória, cheque, letra de câmbio etc. – pudessem suportar perdas e danos que ultrapassem a dívida de dinheiro por eles devida, ou seja, que pudessem eles arcar, por exemplo, com todo prejuízo decorrente da falência de um comerciante que não recebeu o valor de um empréstimo bancário ou mesmo entre particulares.” (BECHARA, Ricardo. *Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria*, op. cit., p. 267).

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela possibilidade de condenação do segurador no pagamento de indenização extracontratual, diante do que foi considerado “atraso indevido” no pagamento da indenização²⁶⁸.

De forma consistente com os postulados econômicos e técnicos do contrato de seguro, o pagamento de indenização extracontratual deve levar em consideração a demonstração do pleno cumprimento das obrigações por parte do segurado, incluindo a entrega de todas as informações e documentos relacionados com a perda; a prova de que houve prejuízos causados pelo atraso no cumprimento da obrigação securitária, não cobertos pelos juros de mora; e a constatação de que os danos sofridos pelo segurado foram causados por um ato ilícito do segurador.

Deve-se levar em conta, ainda a análise do comportamento das partes durante o procedimento de regulação do sinistro, a complexidade de tal procedimento, e o cumprimento das disposições legais e contratuais, com vistas especialmente a se verificar a boa-fé na conduta das partes.

2. *Obrigação de indenizar por medidas de salvamento*

Como visto, o segurado tem o dever de promover as medidas possíveis visando mitigar os efeitos do sinistro. O segurador, a seu turno, tem o dever de indenizar estas medidas, a teor dos artigos 771 e 779 do Código Civil.

Na ausência de disposição específica na apólice, o limite da obrigação do segurador de ressarcir os prejuízos incorridos pelo segurado para evitar ou salvar o dano será o próprio limite máximo de garantia contratado. Em outras palavras, ocorrendo o sinistro, a indenização será paga pelo segurador com a dedução do valor indenizado para despesas de salvamento/prevenção incorridas pelo segurado.

²⁶⁸ Recurso Especial n. 631.198/RJ. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02/10/2008. Do voto do relator transcreve-se a seguinte passagem: “Na hipótese dos autos, o atraso indevido no pagamento da indenização securitária consiste em ato ilícito, que impõe reparação própria e de natureza extracontratual, ou seja, com amparo nas normas relativas à responsabilidade civil. Logo, rege-se por regramento diverso da verba decorrente de indenização securitária, que possui natureza contratual e está adstrita ao valor máximo da apólice pactuada. As referidas verbas não se confundem, na medida em que possuem origem e natureza jurídica distintas.”

O mesmo não ocorrerá, contudo, se contratada a cobertura de salvamento/prevenção na apólice. Nesse caso, havendo previsão específica da quantia indenizável, o segurador responderá pelo montante contratado, sem qualquer dedução da indenização prevista para a ocorrência do sinistro propriamente dito.

Nessa situação, somente se admitirá que o valor do interesse segurado superior ao valor do bem se as despesas mencionadas forem especificadas em separado na apólice. Em hipótese alguma, porém, a indenização devida em razão das despesas poderá sobrepor o limite máximo da garantia estabelecida na apólice.²⁶⁹

Deve-se discutir, ainda, a respeito da extensão da cobertura securitária às despesas incorridas pelo segurado para evitar o dano, isto é, às medidas destinadas a impedir a realização ou agravamento dos prejuízos indenizáveis, diante da redação do art. 779 do Código Civil.

A questão é pouco estudada e está longe de alcançar entendimento unânime. Em uma análise preliminar, contudo, é possível identificar duas tendências doutrinárias na interpretação dos dispositivos em comento.

De um lado é possível se conceber que toda e qualquer despesa do segurado com a finalidade de evitar a consumação de prejuízos indenizáveis deve correr por conta do segurador, como decorrência de uma previsão legal, que não pode sofrer alteração pelo contrato. De outra parte, encontra-se uma tendência mais restritiva, pela qual a responsabilidade do segurador não pode abarcar os excessos cometidos pelo segurado.

Ernesto Tzulrinik *et alii*²⁷⁰ entendem que a expressão *riscos do seguro* a que se refere o dispositivo em comento contém em si três espécies distintas de prejuízos a cargo da seguradora: os efeitos imediatos da realização do risco (ex: a queima produzida pelo fogo), os conseqüentes desses efeitos (o lucro cessante decorrente da paralisação) e também “*os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa*”. Referido

²⁶⁹ SANTOS, Ricardo Bechara dos. *Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria* op. cit., p. 224 et seq.

²⁷⁰ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton *O Contrato de Seguro de acordo com o novo Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 107 et seq.

autor entende que, em princípio, a garantia é dirigida para todos os riscos, à exceção de previsão específica diversa na apólice contratada.

De outro turno, Ricardo Bechara dos Santos considera haver uma distinção entre **prevenir** e **evitar** um sinistro, alcançando, ao final, a conclusão de que cabe ao segurador responder apenas pelas despesas decorrentes da **certeza de que o sinistro ocorrerá**.²⁷¹ O autor questiona (e discorda) a possibilidade de que tais despesas fiquem incondicionalmente por conta do segurador, e considera que os excessos devem permanecer a cargo do segurado.²⁷²

A solução desta questão ainda está longe de ser pacificada. No entanto, como decorrência dos princípios e técnicas já examinados neste trabalho, entende-se que deve haver limites no que diz respeito à cobertura dos gastos para evitar os sinistros, caso este limite não esteja previsto desde o início na apólice. O limite deve observar, nesse sentido, medidas urgentes e diretamente relacionadas com a prevenção de um iminente acontecimento, não se confundindo com despesas normais de manutenção.

3. A regulação do sinistro

Verificada a ocorrência do sinistro, impõe-se ao segurado o dever de comunicá-lo imediatamente ao segurador. Este, por sua vez, deve adotar as medidas para apurar a existência de cobertura ao caso concreto e, na hipótese afirmativa, liquidar o valor dos danos.

²⁷¹ “Realmente, enquanto prevenir induz ao entendimento de que o verbo existe para a prevenção seja apenas uma possibilidade de ocorrer o sinistro, o verbo evitar, de outra banda, pressupõe a iminência de seu acontecimento, vale dizer, um como que cheiro de fumaça, ou melhor, um pré-estágio de um incêndio, para não se dizer, no popular, onde há fumaça há fogo!... Portanto, é condição para a despesa de salvamento a certeza de que o sinistro ocorrerá.” (SANTOS, Ricardo Bechara dos, *Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria*. op. cit., p. 227.)

²⁷² Em comentário ao artigo 771, § único do Código Civil, este autor atribui alcance mais restrito à norma: “O sinistro constitui um acontecimento terrível para o segurado, realmente, tumultuando seus sentimentos, criando situações de angústia, enfim perturbando sua tranquilidade, por isso não se conforma com a destruição repentina de seu patrimônio, principalmente quando recai o dano sobre sua residência ou seu estabelecimento comercial. E é nesse impacto emocional que costuma lançar mão de todos os recursos que acredita minorarem as conseqüências do sinistro, carecendo nesse momento de tranquilidade necessária para ponderar os limites das despesas que no seu pensamento irão beneficiar sobretudo o segurador. Daí por que justo seria que continuassem a cargo do segurado ao menos se houvesse excesso do mesmo. Para conter esses possíveis excessos é que o legislador previu a possibilidade de se limitar no contrato essas despesas mediante uma previsão que seja razoável e não apenas simbólica”. (Idem *ibidem*, p. 135).

Trata-se do procedimento de regulação de sinistro, cuja definição pode ser encontrada na obra de Ernesto Tzirulnik com sendo “*o procedimento de prestação de serviço integrante da dívida do segurador perante o segurado, destinado à confirmação da existência da dívida indenizatória, que deve ser solvida, o mais prontamente possível e sem ofensa dos interesses transindividuais que caracterizam a obrigação, de forma a se atingir o seu cumprimento exato a consequente satisfação do interesse do consumidor ou titular do interesse segurado.*”²⁷³,

Do conceito proposto pelo autor exsurtem características que se relacionam com o caráter comutativo proposto ao contrato de seguro, em especial o correto dimensionamento da obrigação do segurador, posto que o fundo comum que suporta os pagamentos não pode ser objeto de saques que não correspondam aos exatos valores devidos.

O procedimento de regulação permite, também, a o exercício daquele controle “ex post” ao qual se referiu quando se tratou a respeito da prestação de informações por parte do segurado, que permite inferir a veracidade das informações prestadas e a adequação da cobertura contratada (por exemplo, se houve ou não hipótese de infrasseguro, se as informações estavam corretas ou se foram objeto de alteração para minorar o valor do prêmio, etc.).

A regulação do sinistro, enfim, integra a obrigação do segurador no sentido de cumprir a sua obrigação, para o caso de o sinistro ter ocorrido, observando, ainda, os postulados técnicos que norteiam a atividade securitária.

²⁷³ TZIRULNIK, Ernesto. *Regulação de Sinistro (ensaio jurídico)*. ob. cit., pp. 93/94.

CAPÍTULO IX. A INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DE SEGURO

Não se procurará neste tópico reiterar os princípios de interpretação dos contratos, em especial dos contratos de seguro, que já são de conhecimento geral, em especial no que diz respeito à interpretação mais favorável ao segurado como parte aderente, à prevalência das cláusulas escritas sobre as impressas e a interpretação restritiva dos riscos cobertos.

A questão que se coloca no âmbito desta dissertação guarda relação com a comutatividade do contrato de seguro e seus efeitos na sua interpretação e aplicação. Como já manifestado, a comutatividade pressupõe um equilíbrio subjetivo entre as vantagens e desvantagens atribuídas às partes no âmbito contratual.

O contrato de seguro é contrato que tem manifesta repercussão social, por conta de sua base técnica, que implica na pulverização de riscos entre os indivíduos e empresas a eles submetidos.

Sobressai, portanto, a necessidade da análise da questão da função social do contrato e, em específico, o seu impacto sobre a aplicação do contrato de seguro, como forma de se aferir a manutenção de um sistema equilibrado entre a posição do segurado e a do segurador.

A função social do contrato é ponto polêmico na doutrina, acirrado com a sua colocação como cláusula geral no Código Civil de 2002. Enquanto muitos evocam a possibilidade de solução de mazelas sociais e “injustiças históricas” com as palavras “função social”, outros advertem para o verdadeiro desvirtuamento da própria função do contrato, cuja função precípua é de instrumento de circulação de riquezas e alocação de bem estar.

De fato, grande maioria da doutrina brasileira encontra na cláusula geral do art. 421 do Código Civil um fundamento para o exercício do solidarismo²⁷⁴, que remete à proteção quase que incondicional da parte reputada como hipossuficiente na relação contratual²⁷⁵.

²⁷⁴ Nesse sentido a monografia de Claudio Luiz Bueno de Godoy é bastante precisa: “*Portanto, em resumo, o solidarismo social ostenta um primeiro contorno, que vela para quaisquer das relações jurídicas, paritárias ou não, de, justamente, preservar uma substancial igualdade entre as pessoas, garantindo que suas contratações sejam justas e, mais, marcadas pelo padrão e exigência de colaboração entre os contratantes, assim socialmente úteis, enquanto palco de prestígio das escolhas valorativas do sistema. De outra parte,*

Para os “solidaristas”, a “*função social do contrato significaria corrigir o desequilíbrio de poder no espaço de contratar e distribuir o resultado econômico do relacionamento entre as partes para corrigir a desigualdade social, não importando, genericamente falando, os reflexos no sistema econômico.*”²⁷⁶

Apesar da quase unanimidade verificada no tratamento da matéria aparece, com menor ressonância, doutrina que procura analisar a questão da função social dentro do contexto da realidade econômica do contrato, de sua importância para o mercado e para a coletividade²⁷⁷.

Para os defensores da “função econômica do contrato”, a análise de contratos e, em última instância, as decisões judiciais tomadas em benefício da parte reputada como hipossuficiente, a despeito das regras estabelecidas no contrato, geram mais prejuízos do que benefícios para a coletividade.

Para esta percepção, é importante destacar que as regras do contrato que são desprezadas em proveito de uma noção de “justiça social” são regras elaboradas sob o amparo da lei (por exemplo, cláusulas que validamente excluam determinados riscos em contratos de seguro) e não estipulações ilegais, que naturalmente exigem outro tratamento do intérprete.

significa também a promoção da justiça distributiva, quando fomenta o acesso a bens e serviços, em especial, embora não só, ao se cuidar de relações profissionais e, aí, intrinsecamente desiguais.

Enfim, esses os contornos ou, antes o conteúdo genérico da função social do contrato – de promoção da dignidade humana e do solidarismo – que, porém, se revela ainda, em normas e formas específicas de contratação, de cuja exemplificação adiante se tratará.” (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 129/130)

²⁷⁵ Valendo a remissão ao trabalho de Luciano Benetti Timm, que atesta com base na doutrina a quase unanimidade: “*Estamos a caminho de um consenso na doutrina jurídica nacional acerca do sentido da função social do contrato prevista no Novo Código Civil brasileiro. Essa opinião quase comum deduz-se do levantamento dos artigos publicados nos principais periódicos nacionais, entre os anos de 2003 e 2005. Parte significativa dos autores pesquisados entende a função social do contrato a expressão, no âmbito dos contratos, dos ditames da “justiça social” próprios do Welfare State. Trata-se do fenômeno denominado da “publicização” ou “socialização”, ou mesmo de “constitucionalização”, do Direito Privado, em razão do qual institutos tradicionalmente de Direito Civil – como o contrato, a propriedade – passam a ser orientados pro critérios distributivistas próprios do Direito Público.*” (TIMM, Luciano Benetti “Direito, Economia e a Função Social do Contrato”, in *A Função Social do Direito*. São Paulo: Del Rey, 2009, pp. 176/77)

²⁷⁶ *idem*, *ibidem*. p. 180.

²⁷⁷ Valendo citar, como exemplo, o trabalho de Luciano Benetti Timm (“Direito, Economia e a Função Social do Contrato”, in *A Função Social do Direito*. ob. cit., p. 173)

Observada essa premissa, a consequência que se atinge é que ao se beneficiar um litigante ou um conjunto de litigantes, em causas individuais, o resultado econômico da operação gera, ao final do movimento, uma perda para a coletividade.

Este mecanismo foi observado por ocasião das disputas envolvendo os contratos de arrendamento mercantil que estavam vinculados à variação da moeda americana no final da década de 1990.

Com a abrupta desvalorização da moeda nacional em comparação ao dólar norte-americano, milhares de arrendatários viram-se com suas prestações quase que duplicadas no espaço de um mês. O Poder Judiciário, ao decidir por uma solução de divisão das perdas entre instituições financeiras e arrendatários²⁷⁸, a despeito da clareza das cláusulas contratuais que estabeleciam o repasse integral da variação cambial aos tomadores do empréstimo, acabou por reduzir ou quase fulminar o comércio do contrato de arrendamento mercantil pelas instituições financeiras, com um prejuízo a toda a coletividade de interessados na celebração de contrato desta natureza.

Rachel Sztajn produz uma crítica mais forte da norma do art. 421 do Código Civil. Para a autora, dependendo de como se veja a questão da função social do contrato, pode-se chegar a consequências desastrosas do ponto de vista de uma economia de mercado. A norma se adequaria muito mais a propósitos intervencionistas de governos ditatoriais²⁷⁹. Para atingir tais conclusões, a professora se vale também de argumentos econômicos, partindo do

²⁷⁸ “CIVIL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. CONTRATO COM CLÁUSULA DE REAJUSTE PELA VARIAÇÃO CAMBIAL. VALIDADE. ELEVAÇÃO ACENTUADA DA COTAÇÃO DA MOEDA NORTE-AMERICANA. FATO NOVO. ONEROSIDADE EXCESSIVA AO CONSUMIDOR. REPARTIÇÃO DOS ÔNUS. LEI N. 8.880/94, ART. 6º. CDC, ART. 6º, V.

I. Não é nula cláusula de contrato de arrendamento mercantil que prevê reajuste das prestações com base na variação da cotação de moeda estrangeira, eis que expressamente autorizada em norma legal específica (art. 6º da Lei n. 8.880/94).

II. Admissível, contudo, a incidência da Lei n. 8.078/90, nos termos do art. 6º, V, quando verificada, em razão de fato superveniente ao pacto celebrado, consubstanciado, no caso, por aumento repentino e substancialmente elevado do dólar, situação de onerosidade excessiva para o consumidor que tomou o financiamento.

III. Índice de reajuste repartido, a partir de 19.01.99 inclusive, equitativamente, pela metade, entre as partes contratantes, mantida a higidez legal da cláusula, decotado, tão somente, o excesso que tornava insuportável ao devedor o adimplemento da obrigação, evitando-se, de outro lado, a total transferência dos ônus ao credor, igualmente prejudicado pelo fato econômico ocorrido e também alheio à sua vontade.

IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” (Resp. 472.594/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Min. Relator para Acórdão Aldir Passarinho Junior, j. 12.02.2003)

²⁷⁹ SZTAJN, Rachel “Função Social do Contrato e Direito de Empresa”, in *A Função Social do Direito*. São Paulo: Del Rey, 2009, pp. 300/330.

princípio de que o contrato, antes de ser um instituto jurídico, é “*instituição social que se destina a resolver problemas de coordenação na circulação de bens e na distribuição de riscos entre contratantes*”.

Os contratos têm importante atuação na alocação eficiente dos recursos escassos na economia de mercado. A intervenção aumenta os custos de transação e provoca uma redução do bem-estar geral²⁸⁰. Ao se procurar atribuir aos contratos um limite que não lhe é peculiar, o da “função social”, corre-se o risco de se gerar insegurança jurídica, com efeitos negativos não antevistos pelos que a defendem²⁸¹.

A preocupação de Rachel Sztajn encontra fundamento na doutrina de Ronald Coase, que levou a cabo célebre estudo a respeito dos impactos econômicos das decisões dos tribunais ingleses. Coase propôs em seu estudo que, dada a existência de custos de transação que interferem na alocação dos recursos, seria conveniente que os tribunais levassem em consideração os efeitos econômicos de suas decisões, observando o limite da segurança jurídica, como medida de aumento da eficiência do sistema como um todo²⁸².

A aplicação dessa análise ao contrato de seguro é profícua. A possibilidade de decisões individuais ferirem a base técnica do contrato de seguro é quase que infinita, decorrendo das mais diversas razões, que vão desde a sua compreensão imperfeita até a intenção do magistrado de realizar uma forma de justiça social no caso concreto.

²⁸⁰ *Idem, ibidem*, pg. 313

²⁸¹ Como adverte Rachel Sztajn: “*Se a liberdade de contratar for limitada por uma função social, que não se sabe qual seja efetivamente, competindo com as instituições sociais, será que um dos efeitos da norma não é o de estimular oportunismos como se viu com os agricultores? Onde a segurança jurídica desejada? O art. 421 do Código Civil de 2002 não preenche os requisitos propostos por Hillman porque a previsibilidade que se requer ao planejar operações empresariais, como, demais disso, de qualquer operação de longo prazo, impõe custos que podem, no limite, inviabilizar o negócio. Talvez, mecanismos para sua repartição sejam mais viáveis do que supor que todos os contratos são completos nessas circunstâncias.*” *Idem, ibidem*, p. 329

²⁸² “*Of course, if market transactions were costless, all that matters (questions of equity apart) is that the rights of the various parties should be well defined and the results of legal actions easy to forecast. But as we have seen, the situation is quite different when market transactions are so costly as to make it difficult to change the arrangement of rights established by the law. In such cases, the courts directly influence economic activity. It would therefore seem desirable that the courts should understand the economic consequence of their decisions and should, insofar as this is possible without creating too much uncertainty about the legal position itself, take these consequences into account when making their decisions. Even when it is possible to change the legal delimitation of rights through market transactions, it is obviously desirable to reduce the need for such transactions and thus reduce the employment of resources in carrying them out.*” (COASE, Ronald H. *The Firm, the Market and the Law*, ob. cit, p. 119)

Nesse sentido preleciona Ovídio A. Baptista da Silva, ao defender a necessidade de que o exame pelos tribunais do contrato de seguro tome em consideração a sua especial natureza, ou seja, a sua base técnica-econômica, sob pena de se fazer ruir o monte (nome atribuído pelo jurista ao fundo comum gerido pelo segurador).

Entende Ovídio Baptista que a visão dos tribunais prende-se à relação bilateral que se estabelece entre o segurado e o segurador, olvidando que a operação de seguro somente é possível se for considerada a operação e o fato de que há milhares de segurados na mesma posição daquele que se beneficia de uma decisão favorável, mas que atenta contra as bases técnicas da operação. Propugna o autor para a mudança de paradigma, para que o contrato seja visto em sua dimensão “comunitária” e não meramente bilateral²⁸³.

Nesse sentido, importa identificar o conteúdo da função social do contrato de seguro, que já foi há muito concebida como técnica de prevenção de riscos por meio de sua pulverização entre uma coletividade de indivíduos submetida a riscos homogêneos. Inviável, pois, dissociá-lo de sua base técnica para transformá-lo em objeto exclusivo da ciência do direito, sob pena de equívocos na compreensão do instituto e de sua interpretação²⁸⁴.

Desta forma, a aplicação indiscriminada de um conceito estritamente solidarista ao contrato de seguro tem o condão de gerar um benefício individual para o segurado que pode se beneficiar de uma decisão que porventura seja “justa” para o caso concreto, mas que não se sustente sobre bases técnicas.

Essa noção leva, sob o ponto de vista da análise acima defendida, a uma situação em que a coletividade de segurados na mesma situação possa, no fundo, experimentar uma perda, seja pelo aumento dos prêmios na renovação de sua cobertura, seja pela negativa na oferta

²⁸³ “O monte, seja do seguro de tipo capitalista, seja de previdência social, é uma entidade coletiva, mas os tribunais, porque estamos todos envolvidos no mesmo paradigma, não conseguem ver isso. Concebe-se o contrato de seguro como uma relação jurídica bilateral formada entre o segurado individual e o segurador. Entretanto, o que a companhia fará se for obrigada a indenizar além da poupança feita por esse segurado? Não haverá outra alternativa senão transferir aos demais o valor da indenização excedente que vier a prestar. Isto naturalmente provocará a erosão da poupança coletiva formadora do monte.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista: “O seguro como relação comunitária”, in *Seguros: uma questão atual*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 48).

²⁸⁴ Como adverte Vera Helena de Mello Franco in *Lições de Direito Securitário*, ob. cit. p. 18).

da cobertura que até então era oferecida e que se pôs em risco por condutas que não se coadunam necessariamente com a função social do contrato de seguro.

Esta questão associa-se de forma mais contundente com a avaliação da validade ou não de riscos excluídos nas apólices.

De fato, apesar de o Código Civil de 2002 não ter reproduzido o art. 1.460 do revogado Código (segundo o qual, quando a apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro, não responderá por outros o segurador), a limitação dos riscos permanece, como uma das balizas do sistema securitário, a teor da dicção do art. 757.

E a razão para este fato, como adverte Pedro Alvim, encontra-se na necessidade de se manter a correlação entre as garantias prestadas e os prêmios recebidos, que se assenta sobre rigorosos postulados matemáticos, contábeis e atuariais. A alteração da equação fundamental do contrato de seguro com vistas a propiciar uma interpretação extensiva da apólice de seguro implica na perda de segurança do próprio sistema de seguros²⁸⁵.

A necessidade de estrita correlação entre cobertura e risco é também objeto da apreciação de Ernesto Tzirulnik²⁸⁶:

²⁸⁵ “Uma das normas importantes para o contrato de seguro é a que determina a interpretação restritiva de suas cláusulas. É necessário aplicar estritamente os termos convencionais, sobretudo com relação aos riscos cobertos. Há uma correlação estreita entre a cobertura e o prêmio. Forçar essa correlação por via da interpretação extensiva poderá falsear as condições técnicas do contrato, em que repousa toda a garantia das operações de seguro.” (ALVIM, Pedro, *O Contrato de Seguro* op. cit., p. 175)

²⁸⁶ “O objeto do vínculo securitário deve ser reputado como a conduta do segurador visando a garantir o patrimônio de alguém (interesse assegurado) contra os prejuízos advindos da realização de determinados riscos que foram assumidos.

Com efeito, ao serem assumidos riscos a que se expõe a contra-parte, a conduta obrigacional do segurador deverá ir, necessariamente, desde a preservação da solvabilidade capacitadora de efetiva garantia, durante a vigência contratual e até o cumprimento exato, passará pela regulação na hipótese de vir a ocorrer um evento passível de enquadramento naquela assunção, desaguando, se for o caso, a partir do resultado da regulação, no pagamento da quantia ou outra atividade (reposição em espécie) necessária à indenização do prejuízo.

A idéia de garantia, no criar do negócio jurídico examinado, está contida na expressão risco assumido a medida que o risco aqui não é aquele típico das chances genuinamente aleatórias, mas sim produtos de cálculos que, inclusive, permitem a obtenção do valor proporcional à sua assunção: o prêmio.

Como observa Pedro Alvim “esse prêmio é calculado em função do risco, crescendo na mesma proporção de sua intensidade (...)”.

Havendo disjunção entre o prêmio e o risco, pode-se afirmar que o negócio securitário encontra-se descaracterizado “ganhe” ou “perca” o segurador.

O legislador comercial, no art. 666, não deixou de registrar a correspondência (equivalência) entre prêmio e risco [(“mediante um prêmio ou soma determinada, equivalente ao risco tomado (...)”).], o que permite vislumbrar a recepção da idéia econômica de seguro. Além disso, na mesma norma é repetida a idéia de assunção de risco (“O contrato de seguro marítimo, pelo qual o segurador, tomando sobre si a fortuna e

Não obstante, há freqüentes decisões de tribunais que recusam a vigência, sob vários argumentos²⁸⁷, de cláusulas de exclusão, em confronto com as bases técnicas do contrato e, sob o prisma de um contrato comutativo, desequilibrando a relação entre as vantagens e desvantagens estabelecidas entre as partes.

Há que se destacar, entretanto, decisões que compreendem e privilegiam o aspecto técnico do contrato de seguro, observando a preocupação acima transmitida a respeito da desfiguração das bases do contrato, com efeitos deletérios além das barreiras entre as partes, em especial no que diz respeito ao contrato de seguro, em virtude de suas características.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, já teve a oportunidade de decidir, em situação em que o segurado, rede de supermercados, pretendia indenização por furto simples de veículo ocorrido em seu estacionamento, quando a apólice previa cobertura apenas para eventos decorrentes de roubo ou arrombamento do local, uma vez que a extensão da cobertura para risco não coberto, no entendimento do tribunal paulista, representaria “*oneração excessiva de uma das contratantes, em ofensa às previsões contratuais, estabelecendo manifesto desequilíbrio na relação contratual, já que, como dito, o prêmio foi pago calculado tão-só visando a cobertura dos riscos expressamente contratados.*”²⁸⁸

De maneira análoga, o mesmo tribunal, apreciando caso de roubo de numerário transportado pro empresa de transportes sem o acompanhamento de escolta especializada, decidiu que a cláusula da apólice que estabeleceria tal obrigação como condição para o

riscos do mar, se obriga a indenizar...”)” (TZIRULNIK, Ernesto. Regulação de Sinistro (Ensaio Jurídico), op. cit. , p. 43 e seguintes).

²⁸⁷ Podem ser citadas algumas decisões, como a proferida na apelação cível 992.06.023702-2, em que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo declarou nula cláusula excludente de cobertura acidente provocado por pessoa que não havia sido expressamente declarada como residente com o segurado, em caso de seguro de automóvel. A despeito da evidente relação entre a declaração e o risco (posto que variável dependendo do condutor ou dos condutores do automóvel), o tribunal considerou que na hipótese não havia se verificado o agravamento do risco. Na apelação cível 376.226-4/4-00 o mesmo tribunal considerou inaplicável cláusula que condicionava a cobertura em estabelecimento comercial à existência de cofre-forte, por entender que como se tratava, na hipótese, de assalto a mão armada, o cofre não teria o condão de impedir o roubo e, portanto, o sinistro. A cláusula, apesar de sua clareza e conhecimento pelo segurado, é rejeitada em proveito de uma consideração hipotética, posto que pode ser contraditada pelo argumento de que o roubo só ocorreu porque não havia cofre, o que não é considerado, contudo, na decisão.

pagamento de indenização não configura situação de abusividade contratual, a despeito de voto vencido que entedia pela invalidade da cláusula de exclusão, sob o fundamento de que a escolha pouco poderia fazer diante da situação do assalto²⁸⁹. Novamente, a questão que se deve discutir é a relativa à interpretação das cláusulas contratuais e não a sua conveniência diante da situação social brasileira. O contrato de seguro existe em função de sua base técnica e a sua violação implica na distorção dos cálculos para a composição dos fundos e reservas, pelo que a interpretação extensiva não pode ser prestigiada.

²⁸⁸ Tribunal de Justiça de São Paulo, apelação cível n. 452.674-4/1-00, Relatora Desembargadora Christine Santini.

²⁸⁹ Tribunal de Justiça de São Paulo, apelação cível n. 218.922-4/7-00, Relator Desembargador Maurício Simões de Almeida Botelho Silva e Revisora Desembargadora Maria Goretti Beker Prado. Vale também referência o acórdão proferido pelo mesmo tribunal no julgamento da apelação cível n. 554.484.4/9-00, em que se discutiu validade de cláusula de exclusão de cobertura, no seguro contra roubo, de subtração de dinheiro em espécie e títulos, uma vez que havia sido objeto de expressa exclusão e esclarecimento ao segurado, tratando-se, no mais de seguro com cunho empresarial.

CAPÍTULO X. CONCLUSÃO

Do quanto visto, verificou-se que o contrato de seguro é um contrato que depende essencialmente de sua base técnico-econômica e, via de consequência, da operação em massa, não se podendo falar em um contrato de seguro isoladamente considerado.

De outro lado, o contrato de seguro tem como função precípua a prevenção de riscos. As pessoas e as empresas contratam seguros para prevenir-se acerca dos efeitos indesejados dos riscos que as acometem ao longo de sua existência.

Desta forma, o contrato de seguro distancia-se do jogo e da aposta não somente por sua empresarialidade (posto que o jogo ou a aposta também poderiam ser objeto de organização empresarial), mas por sua função, na medida em que o seguro é contratado para prevenir os riscos, enquanto o jogo ou a aposta criam com sua prática os mesmos riscos²⁹⁰.

Não obstante, a empresarialidade do segurador constitui elemento essencial do contrato de seguro, encampado pelo legislador de 2002 conforme expressa previsão constante do parágrafo único do art. 757.

Nota-se, apesar da evolução do instituto e da própria lei, acentuado debate a respeito da natureza do contrato de seguro, se aleatório ou comutativo. Os autores que vêem no contrato de seguro um contrato aleatório entendem que a principal obrigação do segurador é uma obrigação eventual de pagar a indenização se e quando o sinistro ocorrer.

Nessa linha, a prestação do segurador representa um evento futuro e incerto, advindo daí a possibilidade de ganho ou perda para qualquer das partes contratantes, sem que tal possibilidade afete a licitude do contrato. A impossibilidade de se exigir a repetição do prêmio derivaria, pois, da natureza aleatória do contrato.

Outra corrente, no entanto, entende que o contrato de seguro é um contrato comutativo. Para que se atinja este entendimento parte-se do reconhecimento da essencialidade da

empresarialidade, retirando por completo a álea da operação, por meio da sua multiplicação, numa situação em que o tratamento estatístico apropriado permitiria saber com grande precisão o número de ocorrências e sua intensidade.

Ainda que se dispute a recepção da empresarialidade como um atributo intrínseco ao contrato de seguro, a impedir o recurso a ela como elemento para demonstrar a comutatividade do contrato, o fato é que parte da doutrina reconhece nos deveres a cargo do segurador uma prestação incondicional e que perdura ao longo de todo o contrato de seguro.

Trata-se da obrigação de garantia (conforme reconhecida por Fábio Comparato) a ser prestada pelo segurador como contrapartida ao recebimento do prêmio. A obrigação de garantia, por sua vez, implica em deveres acessórios por parte do segurador, em especial o de constituir reservas e provisões técnicas apropriadas para fazer frente ao pagamento de sinistros, garantindo, assim a sua solvência diante dos segurados.

O Código Civil de 2002 adotou explicitamente essa posição ao consagrar a garantia como a prestação devida pelo segurador, tendo como objeto o interesse legítimo do segurado.

Além das obrigações principais a cargo das partes – pagamento do prêmio para o segurado e prestação da garantia para o segurador – o contrato de seguro ainda estabelece um complexo feixe de obrigações para as partes (o que inclui a obrigação condicional de pagar a indenização a cargo do segurador) que visa justamente a manutenção do equilíbrio contratual.

De fato, conforme a análise proposta, diversos deveres impostos às partes buscam a manutenção do equilíbrio contratual. Apesar da discussão existente na doutrina acerca da natureza desses deveres – se constituem obrigações em sentido estrito ou ônus – a conclusão que se atingiu é que, do ponto de vista do direito brasileiro, tais situações jurídicas passivas constituem deveres, em especial do segurado, cujo descumprimento enseja a perda do direito.

²⁹⁰ ASCARELLI, Tullio. “O conceito unitário do contrato de seguro” in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Ed. Quorum, 2008. p. 313

Verifica-se, com a análise do conjunto das obrigações a cargo das partes e de sua estreita relação com a base técnica do contrato que, ao contrário de um contrato aleatório, onde há chances de perda ou ganho para uma das partes, o contrato de seguro se assenta sobre uma base verdadeiramente comutativa, pautada pelo equilíbrio entre as prestações.

Como decorrência, a interpretação e aplicação do contrato de seguro que se propõe deve respeitar essencialmente as suas bases técnicas e a noção de comutatividade apresentada. O contrato não deve ser visto como aleatório, mas como um contrato em que cada uma das partes conhece o conteúdo e a extensão de sua prestação principal desde a sua conclusão.

Desta forma, para preservar o fundo comum que é composto pelos aportes dos segurados por meio do pagamento dos prêmios, o segurador deve abster-se de qualquer pagamento que não corresponda essencialmente aos rigorosos postulados técnicos.

A consequência econômica indesejada da concessão de indenizações por parte da justiça que não se amoldem aos requisitos técnicos do contrato implica em risco de insolvência do segurador ou, ao menos, na indisponibilidade de coberturas ou no aumento de seu preço, pelo que se propõe que a aplicação do contrato observe estritamente as bases técnicas da operação.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

_____. *O Seguro e o Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

ARNOTT, Richard e STIGLITZ, Joseph E. “Moral Hazard and Nonmarket Institutions: Dysfunctional Crowding Out of Peer Monitoring?” American Economic Association, disponível em <http://www.jstor.org/stable/2006794>. Acessado em 21/08/2009

ASCARELLI, Tullio. “O conceito unitário do contrato de seguro”. In: *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Ed. Quorum, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

BEVILACQUA, Clovis. *Direito das Obrigações*. Campinas: Red Livros, 2000. P. 256

BIGOT, Jean. *Traité de Droit des Assurances*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002.

BORGES, Nelson. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CALERO, Fernando Sánchez (Director). *Ley de contrato de seguro: Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*, Lejus, 1999, p. 289

CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B. “O conteúdo da prestação securitária e o contrato aleatório” in *Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil – TZIRULNIK, Ernesto e CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B. (coord.)* MP Editora, Ano 1, 1ª edição, janeiro de 2009.

COASE, R. H., *The Firm, the Market and the Law* Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1988

COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

_____. “Substitutivo ao capítulo referente ao contrato de seguro no anteprojeto do Código Civil”. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Ano XI (Nova Série), nº 5, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.

_____. “Comentário a acórdão – Seguro – Cláusula de rateio proporcional – Juridicidade”, in *Revista de Direito Mercantil*, n.º 07, Ano XI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972

_____. “Obrigações de meios, de resultado e de garantia”. *Ensaio e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. “Notas Retificadoras sobre Seguro de Crédito e Fiança, in Direito Empresarial”. In: *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DA SILVA, Ovídio A. Baptista. “Relações Jurídicas Comunitárias e Direitos Subjetivos”, in *1º Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001, pp.38/39.

DELGADO, José Augusto. *Comentários ao Novo Código Civil – Das várias espécies de contrato. Do Seguro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, Vol. XI, Tomo I.

DONATI, Antigono. *Tratatto del Diritto delle Assicurazioni Private – Volume Secondo*. Milano: Multa Pacis, 1954.

ESPÍNOLA, Eduardo. “*Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro*”. Campinas: Bookseller, 2001.

FERRER, Jaime Bustamante; OSORIO, Ana Inés Uribe. *Principios jurídicos del seguro*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1996.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de direito securitário: seguros terrestres privados*. São Paulo: Maltese, 1993.

“Breves reflexões sobre o contrato de seguro no Novo Código Civil Brasileiro”. In: *II Fórum de Direito do Seguro*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, 2002.

Contratos – Direito Civil e Empresarial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GARGALLO, María del Mar Maroño. *El deber de salvamento en el contrato de seguro – Estudio del artículo 17 de la Ley 50/1980*. Granada: Editorial Comares, 2006

GARRIGUES, Joaquim. *O Contrato de Seguro Terrestre*. Madrid: JGD, 1983

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

GONZÁLEZ, Amalia Rodríguez. *El deber de aminorar las consecuencias del siniestro en el contrato de seguro*. Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2009.

GRAU, Juan Bataller; CHINER, Nuria Latorre; IGLESIA, Jesús Olavarría. *Derecho de Los Seguros Privados*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

GROUTEL, Hubert. *Traité du contrat d'assurance terrestre*. Paris: LexisNexis Litec, 2008.

HALPERIN, Isaac; *Seguros – Exposición Crítica de Las Leyes 17.418, 20.091 y 22.400*. 3ª Ed.. Lexis Nexis Depalma.

JENSEN, Michael C., MECKLING, William H., *The Nature of man.*, Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1988

KNIGHT, Frank H., *Risk, Uncertainty, and Profit*. Orlando: Signalman Publishing, 2009

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; LEVENEUR, Laurent. *Droit des assurances*. Paris : Éditions Dalloz, 2005.

LOWRY, John; RAWLINGS, Philip. *Insurance Law: doctrines and principles*. Portland: Hart Publishing, 2005.

- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo 45.
- MORENO, Alberto Diaz. *La disciplina de la póliza estimada em la Ley de Contrato de Seguro*, Navarra: Editorial Aranzadi, 2008.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- PASQUALOTTO, Adalberto. “Os papéis da álea e da garantia no contrato de seguro: uma visão das leis portuguesa e brasileira” in Revista dos Tribunais 885, julho de 2009.
- PASSOS, J.J. Calmon de. “A atividade securitária e sua fronteira com os interesses transindividuais – responsabilidade da SUSEP e competência da Justiça Federal”. In *Revista dos Tribunais*. Ano 88, Volume 763. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, maio de 1999.
- PEARSON, Robin. *Moral Hazard and the assessment of insurance risk in Eighteenth and early Nineteenth Century Britain*. disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4127750>. Acessado em 18/08/2009.
- PERANDONES, Pablo Girgado. *El principio indemnizatorio en los seguros de daños – Una aproximación a su significado*. Granada: Editorial Comares, 2005.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Volume III.
- PIEDECASAS, Miguel A. *Regime Legal Do Seguro – Ley 17.418*. Rubinzal: Culzoni Editores, 2006.
- PINTO, Sergio Baeza. *El Seguro*. Edición actualizada por Juan Achurra Larraín y Juan José Vives Rojas. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001
- PLANIOL, Marcel e RIPERT, Georges. *Traité Pratique de Droit Civile Français, Tomes VI – Obligations et XI – Contrats Civils*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1930/32.

ROCHEX, André Favre; COURTIEU, Guy. *Le droit du contrat d'assurance terrestre*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998.

RODRIGUES JUNIOR, Paulo Ricardo Vidal. “A álea nos contratos de seguro e o risco para o segurador”, in *Cadernos de Seguro*, Janeiro de 2007.

ROPPO, Vincenzo. *O Contrato*. Coimbra: Almeidina, 2007.

SANTOS, Ricardo Bechara dos. *Direito de seguro no novo código civil e legislação própria*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2006.

SILVA, Clóvis do Couto, “Teoria da Causa no Direito Privado” in *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre: 1997.

SILVA, Clóvis V. do Couto. *A obrigação como processo*. São Paulo: Editora FGV, 2007.

SILVA, Ivan de Oliveira. *Curso de Direito de Seguro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

SHIMPI, Prakash. *Integrating Corporate Risk Management*, Texere, New York, London 1999.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Org.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências – Lei 11.101/05* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SZTAJN, Rachel “Função Social do Contrato e Direito de Empresa”, in *A Função Social do Direito*. São Paulo: Del Rey, 2009.

STIEGLER, George J. “The law and economics of public policy: a plea to the scholars”. *The journal of legal studies*, vol. 1, no. 1. jan 1972, pp. 1-12, disponível em: <http://www.jstor.org/stable/724009>, acessado em 18/08/2009.

STIGLITZ, Ruben S. “El contrato de seguro como contrato por adhesión. Cláusulas Abusivas. Control”. In: *I Fórum de Direito do Seguro do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. “O contrato de seguro e a regulação de sinistro”. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*. Ano V, n.º 30, Porto Alegre: Editora Síntese, julho – agosto de 2004.

TIMM, Luciano Benetti. “Função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica”. In *Revista dos Tribunais*. Ano 97, Volume 876. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro de 2008.

_____. “Direito, Economia e a Função Social do Contrato”, in *A Função Social do Direito*. São Paulo: Del Rey, 2009, pp. 176/77).

TZIRULNIK, Ernesto. “O futuro do seguro de responsabilidade civil”. In *Revista dos Tribunais*. Ano 89, Volume 782. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, dezembro de 2000.

_____. “Princípio indenitário no contrato de seguro” in *Revista dos Tribunais*. Ano 88, Volume 759. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, janeiro de 1999.

_____. *Regulação de sinistro (ensaio jurídico)*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TZIRULNIK, Ernesto; OCTAVIANI, Alessandro. “Fraude contra o seguro”. In: *Revista dos Tribunais*. Ano 89, Volume 772. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, fevereiro de 2000.

VASQUES, José. *Contrato de Seguro*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

VAUGHAN, Emmet J. e VAUGHAN, Therese. *Fundamentals of Risk and Insurance*. Hoboken: John Wiley & Sons, Inc., 2007.

VICENTE, Pedro J. Rubio, *El deber precontractual de declaración del riesgo en el contrato de seguro*. Madrid: Fundación Mapfre Estudios - Instituto de Ciencias Del Seguro, 2003.

VIVANTE, Cesare. *Del Contratto di Assicurazione*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese; 1936. p. 26.

WALD, Arnaldo. “Direito Civil. Contratos em Espécie”. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. p. 286.

Abstract

Os institutos jurídicos têm estreita relação com sua base econômica. Nos contratos de seguro essa afirmação é de fundamental importância, sendo o contrato a face jurídica de uma complexa operação econômica. O desenvolvimento do instituto levou ao reconhecimento da essencialidade da empresarialidade do seguro. Há acentuada controvérsia na doutrina acerca da natureza comutativa ou aleatória do contrato de seguro. O ponto central desta dissertação é no sentido de que o Código Civil de 2002 adotou a garantia como a prestação principal do segurador, o que importa no reconhecimento de sua natureza comutativa. O mesmo Código reconheceu a empresarialidade como elemento essencial do contrato. A comutatividade permite o exame das obrigações e deveres a cargo das partes num contexto de equilíbrio. O trabalho finalmente propõe que a interpretação e aplicação do contrato de seguro observem o caráter comutativo e a base técnica do negócio.

Contrato – seguro – operação econômica – bases técnicas – natureza comutativa ou aleatória – empresarialidade – risco – garantia – interesse – deveres – indenização – interpretação – aplicação.

Abstract

Legal institutions have a close relationship with their economic fundamentals. In the insurance contract, this statement is of great importance as it is the legal face of a complex economic operation. The development of the institution has led to the acknowledgment of the entrepreneurial side of the insurance as an essential attribute of the contract. There is a strong dispute on the nature of the contract, if it is an aleatory contract or a certain contract. The main point of this essay is in the sense that the Civil Code of 2002 has adopted the guarantee as the main obligation of the insurer, which represents the acknowledgement of its nature of a certain contract. This nature of the contract permits the examination of the obligations and duties of the parties in a context of equilibrium. The essay finally proposes that the interpretation and construction of the insurance contract observe both the character of a certain contract and its technical fundamentals.

Contract – insurance – economic operation – technical fundamentals – aleatory or certain nature – entrepreneurial – risk – guarantee – interest – duties – indemnification – interpretation – construction.