

Vera Helena de Mello Franco

CONTRATOS
Direito Civil e Empresarial

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Franco, Vera Helena de Mello

Contratos no direito privado : direito civil e empresarial / Vera Helena de Mello Franco.
– São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-3519-2

1. Contratos (Direito civil) 2. Direito civil 3. Direito civil – Brasil 4. Direito empresarial
Brasil I. Título.

09-08021

CDU-34:338.93:347(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Contratos no direito privado : Direito civil e empresarial 34:338.93:347(81)

O CONTRATO DE SEGUROS

Sumário: 21.1 Antecedentes necessários: 21.1.1 Gênese e evolução da operação de seguros; 21.1.2 Os elementos extrajurídicos da operação de seguros; 21.1.3 A operação de seguros; 21.1.4 Os fundamentos da operação de seguros; 21.1.5 Estrutura econômica da operação de seguros; 21.1.6 A técnica utilizada; 21.1.7 Sistema jurídico de seguros e regime jurídico – 21.2 O contrato de seguros: 21.2.1 Qualificação jurídica; 21.2.2 O conceito unitário do contrato de seguros: 21.2.2.1 Apresentação da questão; 21.2.2.2 Origem da indagação; 21.2.2.3 Tentativas de solução – 21.3 Seguros privados: modalidades.

21.1 Antecedentes necessários

21.1.1 Gênese e evolução da operação de seguros

A operação de seguros é forma de prevenção de riscos. Assim, somente as operações econômicas com tal função podem ser definidas, tecnicamente, operações de seguros.

Isso impõe que se distinga o seguro de outras operações que, embora similares, são nada mais do que formas primitivas do contrato de seguro, não podendo ser definidas como operações de seguro em sentido técnico.

Exemplo da afirmação é o instituto do *foenus nauticus*, técnica empregada pelos romanos para afastarem os riscos no comércio marítimo.

Conforme a técnica, um capitalista mutuava uma determinada quantia ao armador do navio a fim de que a empregasse em qualquer operação comercial.

Se a viagem fosse bem sucedida, a quantia mutuada retornava ao capitalista, acompanhada de juros expressivos. Perante o insucesso, nada seria devido.¹

In casu, todavia, a operação não era de seguro, mas de transferência de riscos, a qual surge aqui como acessória a uma operação de crédito – na modalidade, a operação principal. Sinteticamente, a operação nada mais era do que um contrato de mútuo, cujo pagamento pelo mutuário subordinava-se a uma

1. Gasperoni, *Assicurazioni private, scritti giuridici*, p. 5-7, estende esta possibilidade de liberação também aos riscos não marítimos.

condição: a de que a empreitada fosse bem sucedida. E não se podia qualificar como seguro, porque o risco permanecia. Ele não era diluído, pulverizado, mas transferido integralmente para o outro integrante da operação.

Formas igualmente designadas como embrionárias deste contrato foram as associações de socorro mútuo, principalmente as *guildas* medievais.²

Estas, a par da finalidade político-religiosa, tinham uma função assistencial, ressarcindo aos associados os eventuais danos advindos de incêndio, roubo, mortalidade do gado e outros sinistros. Mas, em que pese a função de previdência, inexistia ainda, aqui, a diluição ou pulverização do risco, o qual era apenas partilhado dentre os diversos associados.

A gênese da operação de seguros, como operação de prevenção de riscos propriamente dita, somente vai ter lugar em fins do séc. XIV – e isso com o seguro marítimo.

Aqui, o capitalista (segurador) prometia pagar, em troca de uma contraprestação fixa, uma determinada soma, caso o navio ou sua carga não chegassem ao porto de destino. É neste ponto que surge a idéia de assunção de risco mediante a contraprestação da paga de um prêmio.

Todavia, ainda não se podia definir esta operação exatamente como uma operação de seguros, porque lhe faltava a função de prevenção de riscos.

Embora o contrato tivesse por finalidade, exclusivamente, reparar as eventuais conseqüências da incidência do risco previsto, faltava-lhe a função de previdência dos riscos, pois o risco permanecia. Ainda aqui, o risco não era pulverizado, disseminado, mas tão-só transferido para o segurador (capitalista). Com isso se criava um novo risco – aquele da insolvência do segurador, que, se assim se tornasse, nenhuma paga daria ao armador segurado. Vale dizer: a álea dominava o contrato, aproximando-o mais do jogo e da aposta do que do contrato de seguro como conhecemos atualmente.

21.1.2 Os elementos extrajurídicos da operação de seguros

Só com a criação da estatística e da atuária, novos ramos da matemática, é que se vai contar com recursos aptos a permitir fossem estabelecidas as bases técnicas da operação de seguros, como operação de prevenção de riscos. Por tal razão, podemos situar, tecnicamente, a origem do contrato de seguro no séc. XVII, com a criação das primeiras companhias náuticas e a transposição do cálculo das probabilidades para a técnica securitária.

É a partir deste momento que o seguro perde seu caráter aleatório e transmuta-se em operação de prevenção de riscos.

2. J. C. Moitinho de Almeida, *O contrato de seguro no direito comparado*, p. 6.

A técnica emigra do setor marítimo para o terrestre (fins do séc. XVII e início do XVIII), dando lugar ao primeiro seguro de danos terrestres (ramo: incêndio). Assinala-se como razão da sua criação, a par da Revolução Industrial na Inglaterra, o incêndio que assolou a cidade de Londres em 1654. É neste período que ressurge, igualmente, a idéia da associação de seguros mútuos, a qual, forçando a concorrência, reduz a taxa dos prêmios, tornando-a mais próxima do custo das indenizações efetivamente pagas.³

Para tal efeito, concorreram, igualmente, as ciências matemáticas, mediante a estatística e a atuária, e foi, graças a elas, que posteriormente se tornou possível o seguro de vida, mediante a utilização das tábuas de mortalidade e da constituição das reservas matemáticas.⁴

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.

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.⁵

E continuamos a acreditar que a razão do enxergar torto de alguns juristas, que o vêem aleatório, reside justamente no fato de não visualizarem com suficiente amplitude e detalhe esta realidade extrajurídica. Vale, ademais disto, a determinação em sentido objetivo da causa do seguro e, como se não bastasse, a natureza da prestação da seguradora.

Com este ponto de vista, procedemos à análise da operação de seguros, como realidade técnica inarredável deste contrato.

21.1.3 A operação de seguros

A operação de seguros, como atividade complexa, pode ser visualizada sob três ângulos:

3. J. C. Moitinho de Almeida, op. cit., p. 7.

4. Yvonne Lambert Faivre, *Droit des assurances*, p. 18-23.

5. Cf. Comentário de Acórdão: "Seguro. Grupo. Ação da seguradora – cobrança de saldo das faturas de apólice – Preliminar de prescrição repelida. Ação procedente". Publicado em: RDM, n. 27, nova série 1977, p. 130 e ss.

a) aquele *técnico-econômico* que, como já de longa data prelecionavam Piccard et Besson,⁶ é a base necessária de toda a operação de seguros e sob o qual merecem relevo duas idéias fundamentais:

a.1) a de pulverização ou dispersão de riscos;

a.2) a de mutualidade (comunidade de riscos).

Estas diretrizes, em conjunto, determinam a natureza empresarial da atividade securitária, posto que, sem uma organização técnica de meios e instrumentos, bens e pessoas, é impossível constituir a mutualidade e estabelecer a possibilidade da ocorrência dos riscos a que está submetida, diluindo-os pelo agrupamento.

b) o *jurídico*, sob o qual se apresenta a operação, a saber: o contrato, embora alguns, assim como Joaquim Garrigues, negassem ao seguro obrigatório a natureza contratual;⁷

c) em paralelo, merece destaque o caráter *previdenciário* da operação e o cunho solidarístico de determinadas modalidades.

Na base técnica da operação de seguro, três são os elementos que merecem destaque:

a) *um de fato*: a existência de certo número de riscos equivalentes, aptos a permitir a compensação entre si;

b) *um de direito*: materializado no contrato, mediante o qual a seguradora pode diluir, pulverizar ou dispersar o risco pela mutualidade que é o substrato técnico-econômico de toda operação de seguros;

c) *um de conhecimento técnico*: a previsão do risco feita pela seguradora, com base nas pesquisas estatísticas (tabelas de previsão) que, justamente, permite prever a probabilidade de sinistros (incidência de risco) naquela determinada mutualidade (agrupamento de interesses submetidos aos mesmos riscos).

21.1.4 Os fundamentos da operação de seguros

Na base de toda operação de seguros está a idéia de previsão de riscos, assim entendida como probabilidade de um evento que cause um prejuízo, em sentido econômico, para o segurado.

Para tanto, afasta-se o risco mediante a compensação econômica do dano (sempre no sentido de ônus econômico) derivado da ocorrência do fato, cuja ocorrência se quis evitar ou diminuir.

6. *Les Assurances terrestres en droit français*, t. I, p. 1.

7. *Contrato de seguro terrestre*, p. 4.

Qualquer que seja o ramo do seguro (de danos ou de pessoas) a reparação tem sempre conteúdo econômico, podendo ter lugar nas mais diversas formas (renda vitalícia, valor de composição ou de reposição etc.).

Mas se alerta: nem toda forma de compensação econômica de dano decorre de uma operação de seguro.

Somente se terá uma operação de seguros quando esta compensação for obtida mediante a repartição das conseqüências do sinistro (ocorrência do risco) por um grande número de patrimônios submetidos aos mesmos riscos, os quais, na clássica e válida lição de Joaquim Garrigues, atuam entre si, mediante um mecanismo de garantias recíprocas.⁸

E assim é porque seguro, economicamente falando, é a cobertura recíproca de uma necessidade fortuita e estimável, relativa a múltiplas economias ameaçadas de igual modo.⁹ E é nesta idéia de cobertura recíproca que reside, justamente, a nota distintiva da operação.

Não é qualquer forma de reparação econômica que identifica o seguro.

Somente se terá uma operação de seguros quando a reparação decorrer de um sistema de compensação entre patrimônios ameaçados do mesmo modo, pelos mesmos riscos.

21.1.5 Estrutura econômica da operação de seguros

O seguro é uma operação realizada em massa. Inexiste a possibilidade de uma operação de seguros isolada.

Numa operação isolada, tem-se apenas um contrato de transferência de riscos, e não um contrato de seguros.

E assim é porque a finalidade do seguro é justamente pulverizar, fragmentar o risco, diluindo suas conseqüências econômicas no seio de um agrupamento (mutualidade), formado pelos titulares de interesses submetidos aos mesmos riscos.

O risco não se transfere para a seguradora. A seguradora não assume o risco, já que isto daria lugar a um novo risco, a saber: o da insolvência da seguradora. Ela apenas garante que as conseqüências do eventual sinistro (ocorrência do risco) que se quer evitar serão compensadas economicamente. A sua prestação é uma prestação de segurança, de garantia.

Mas para que se possa afastar o risco sem transferi-lo para a seguradora, é necessário, repetimos, que se repartam as conseqüências econômicas do sinistro

8. Op. cit., p. 35-36.

9. Idem, p. 40.

(ocorrência do risco) por um grande número de pessoas submetidas aos mesmos riscos. E é justamente nesta pluralidade de pessoas, titulares de interesses submetidos aos mesmos riscos e que chamamos de mutualidade, que reside a base unitária da operação de seguros.

Toda operação de seguros exige, como estrutura subjacente, a existência de um grupo de pessoas que contribuam reciprocamente para reparar as conseqüências do sinistro que possa atingir a qualquer uma delas.

Cada uma das pessoas que compõem este agrupamento (mutualidade) paga uma contribuição (prêmio), cujo conjunto vai constituir um fundo comum, gerido pela seguradora (ou pelos próprios segurados, quando na forma de mútuas de seguros), apto a arcar com o pagamento de sinistro, eventuais e isolados, que possam ocorrer naquele agrupamento.

Esta distribuição de valor, estabelecida mediante a previsão dos sinistros que provavelmente teriam lugar naquele agrupamento, é calculada de forma tal que cada segurado tem garantida a reparação do dano sofrido, mediante uma contribuição muito inferior ao que teria de arcar sozinho, caso não tivesse o seguro.

21.1.6 A técnica utilizada

Na base da técnica que permitiu se tornasse o seguro uma operação de previsão, distribuição e prevenção de riscos situa-se a evolução das ciências matemáticas. Principalmente no ramo da atuária.

Por primeiro, comprovou-se matematicamente a possibilidade de prever racionalmente o acaso. Isto mediante a observação da incidência de um determinado evento (lei das probabilidades) num dado número de experiências.

Verificou-se, então, que quanto maior o número de experiências, mais a previsão da possibilidade de incidência de um determinado evento apresentaria certo grau de certeza (lei dos grandes números).¹⁰

Mediante o exame da ocorrência de um determinado sinistro em uma pluralidade de casos submetidos aos mesmos riscos, em um determinado espaço de tempo, a seguradora pode calcular (mediante tabelas de previsão) qual o volume dos sinistros prováveis que ocorreriam naquele grupo, com isso estabelecer o montante provável das indenizações e, com base neste montante, estimar qual o montante dos prêmios a serem rateados pelos segurados.

Mas, para que esta previsão apresente certo grau de certeza de molde a efetivamente permitir a compensação das conseqüências do sinistro entre os

10. Yvonne Lambert Faivre, op. cit., p. 22-23.

segurados, é necessário, a par de constituir a mutualidade, organizá-la conforme um plano.

Para tanto, agrupa-se inicialmente um grande número de riscos (a comunidade deve ser ampla temporal e quantitativamente) homogêneos (a homogeneidade deve ser não somente de riscos, mas igualmente de interesses, isto é, de bens protegidos).

Neste grupo de risco adentram somente aqueles de natureza análoga (quanto ao gênero, freqüência e identidade), incidentes sobre a mesma espécie de interesses.¹¹

Uma vez agrupados, esses riscos são dispersos. Isso equivale a dizer que são reunidos riscos, dos quais somente uma minoria poderia ocorrer e, com isso, dilui-se o custo do sinistro pelo agrupamento.¹²

Ademais, para que isso se torne possível, é necessário que os riscos somente atinjam a um pequeno número e, se atingirem a todos, que não o façam na mesma forma. Vale dizer: ao mesmo tempo e na mesma medida.

A regra a que se atenta aqui é a de que, enquanto os riscos agrupados são universais e gerais, os sinistros são limitados e particulares.

Em seqüência, os sinistros mencionados nas estatísticas devem ocorrer com certa freqüência para que possam ser avaliados tecnicamente. Vale dizer: devem ocorrer a determinados intervalos de tempo e com certa constância, de molde a permitirem a elaboração das tabelas de previsão.

Ao par disso, como tais tabelas são elaboradas mediante a observação de um grande número de casos passados (obtidos mediante levantamento estatístico), há a possibilidade de ocorrerem desvios nos cálculos feitos, levando a seguradora a se resguardar disso, mediante o resseguro e o co-seguro (para riscos muito pesados e perigosos).¹³

Após tudo isso, a seguradora calcula, com certo grau de certeza, qual o montante das indenizações a serem pagas naquela amostragem.

Uma vez isso feito, o montante obtido é diluído pelos segurados, proporcionalmente aos interesses submetido a risco (prêmio puro ou estatístico), acrescido das despesas de administração e do custo operacional (prêmio final). Com isso, os próprios segurados criam um fundo comum para enfrentar as conseqüências dos sinistros que, porventura, ocorrerem dentre eles. Por tal razão é que a noção de cobertura recíproca, como meio de compensar os danos, é fundamental para a compreensão do seguro.

11. Idem, p. 18-19.

12. Idem, p. 23.

13. Piccard et Besson, op. cit., p. 24.

E a comunidade de riscos é um elemento constante em todas as operações de seguros, qualquer que seja sua forma de exploração: quer se cuide de modalidade associativa (as mútuas de seguros, sem finalidade lucrativa), quer na empresarial (exploração do seguro com finalidade lucrativa).

A diferença entre ambas está em que: na modalidade associativa, a cobertura recíproca é obtida pela distribuição das conseqüências do sinistro por todos os segurados ou pela formação de um fundo comum que responderá por todos os eventuais pagamentos; na exploração empresarial, os segurados pagam com antecedência contribuições iguais (prêmios) que irão formar um fundo comum, do qual sairão as indenizações para pagamento dos futuros sinistros.

21.1.7 Sistema jurídico de seguros e regime jurídico

O sistema jurídico de seguros compreende dois grandes ramos – o *seguro social* e o *seguro privado*. O seguro privado, por sua vez, abrange, por ordem cronológica de aparição:

- 1.º) o marítimo (arts. 666 a 730 do CCo);
- 2.º) o terrestre (arts. 757-802 do CC/2002);
- 3.º) o aeronáutico, regulado anteriormente pelo Código Brasileiro do Ar (art. 15 e ss., do Dec. 53.663, de 05.03.1964).

Ao par das normas codificadas, submete-se a uma regulação específica (de que são exemplos o Dec.-lei 73/66 e seu regulamento, o Dec. 60.459/66) e a normas gerais, estabelecidas nas resoluções emanadas do Conselho Nacional de Seguros Privados. A execução e fiscalização da política securitária, traçada pelo CNSP (órgão de cúpula do sistema), é da competência da SUSEP (Superintendência de Seguros Privados). Vale dizer: a atividade das seguradoras submete-se a uma disciplina mista de direito público e privado. Assim:

- a) ao Conselho Nacional de Seguros Privados,¹⁴ nos termos dos incisos do art. 32 do Dec.-lei 73/66, compete privativamente:

“1 – fixar as diretrizes e normas da política de seguros privados;

14. A estrutura do Sistema Nacional de Seguros Privados está descrita na norma do art. 8.º do Dec.-lei 73, de 21 de novembro de 1966, o qual foi regulado pelo Dec. 60.459, de 15 de fevereiro de 1967, e alterado pelos Dec.-lei 168, de 15 de fevereiro de 1967, e 296, de 28 de fevereiro de 1967. Conforme o teor da norma o Sistema Nacional de Seguros Privados compõe-se: “a) do Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP; b) da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP; c) dos resseguradores; [Alinea alterada pela LC 126/2007.] d) das Sociedades autorizadas a operar em seguros privados; e) dos corretores habilitados”.

“II – regular a constituição, organização, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a este Decreto-lei, bem como a aplicação das penalidades previstas;

“III – estipular índices e demais condições técnicas sobre tarifas, investimentos e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas Sociedades Seguradoras;

“IV – fixar as características gerais dos contratos de seguros;

“V – fixar normas gerais de contabilidade e estatística a serem observadas pelas Sociedades Seguradoras;

“VI – delimitar o capital das sociedades seguradoras e dos resseguradores; [Inciso VI com redação determinada pela LC 126/2007.]

“VII – estabelecer as diretrizes gerais das operações de resseguro;

“VIII – disciplinar as operações de co-seguro; [Inciso VIII com redação determinada pela LC 126/2007.]

“IX – (Revogado pela LC 126/2007.)

“X – aplicar às Sociedades Seguradoras estrangeiras autorizadas a funcionar no País as mesmas vedações ou restrições equivalentes às que vigorarem nos países da matriz, em relação às Sociedades Seguradoras brasileiras ali instaladas ou que neles desejem estabelecer-se;

“XI – prescrever os critérios de constituição das Sociedades Seguradoras, com fixação dos limites legais e técnicos das operações de seguro;

“XII – disciplinar a corretagem de seguros e a profissão de corretor;

“XIII – (Revogado pela LC 126/2007.)

“XIV – decidir sobre sua própria organização, elaborando o respectivo Regimento interno;

“XV – regular a organização, a composição e o funcionamento de suas Comissões Consultivas;

“XVI – regular a instalação e o funcionamento das Bolsas de Seguro.”

b) à SUSEP (Superintendência de Seguros Privados), nos termos do art. 36 do Dec.-lei 73/66, incumbe:

“a) processar os pedidos de autorização, para constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e reforma dos Estatutos das Sociedades Seguradoras, opinar sobre os mesmos e encaminhá-los ao CNSP;

“b) baixar instruções e expedir circulares relativas à regulamentação das operações de seguro, de acordo com as diretrizes do CNSP;

“c) fixar condições de apólices, planos de operações e tarifas a serem utilizadas obrigatoriamente pelo mercado segurador nacional;

“d) aprovar os limites de operações das Sociedades Seguradoras, de conformidade com o critério fixado pelo CNSP;

“e) examinar e aprovar as condições de coberturas especiais, bem como fixas as taxas aplicáveis; [Alínea retificada pelo Dec.-lei 296/67.]

“f) autorizar a movimentação e liberação dos bens e valores obrigatoriamente inscritos em garantia das reservas técnicas e do capital vinculado;

“g) fiscalizar a execução das normas gerais de contabilidade e estatística fixadas pelo CNSP para as Sociedades Seguradoras;

“h) fiscalizar as operações das Sociedades Seguradoras, inclusive o exato cumprimento deste Decreto-lei, de outras leis pertinentes, disposições regulamentares em geral, resoluções do CNSP e aplicar as penalidades cabíveis;

“i) proceder à liquidação das Sociedades Seguradoras que tiverem cassada a autorização para funcionar no País;

“j) organizam seus serviços, elaborar e executar seu orçamento.”

Ao elenco deve ser acrescida a Secretaria de Previdência Complementar, igualmente, autoridade administrativa com competência normativa (ver Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001.

21.2 O contrato de seguros

21.2.1 Qualificação jurídica

Os contratos de seguros privados abrangem as operações individuais (por oposição ao seguro social, como ocorre com a previdência social) de seguro. O acordo de vontades está na base da relação, mas ao seu lado tem-se uma fonte concorrente de condições para a formação do regulamento contratual, representada por cláusulas impostas pelo Poder Público que atuam, não só com relação ao impulso para contratar, obrigando à contratação (seguro obrigatório), como ao seu conteúdo, mediante a inserção de cláusulas obrigatórias advindas das condições gerais dos seguros privados. Cuida-se assim de contrato dirigido ou regulamentado, posto que o conteúdo geral de cada contrato não se regula por pactos variáveis de contrato para contrato, mas, sim, por normas prefixadas nas condições gerais emanadas da SUSEP. Isto, porém, não veda a presença de cláusulas facultativas da escolha livre das partes.

Ao par disso, como mencionado, é sempre um contrato realizado em massa, posto que o seguro não exista como operação de prevenção de riscos sem a presença da mutualidade. E, por cuidar-se de contrato realizado em massa, a fase de punctuação (discussão preliminar) está afastada. É, assim, um contrato

por adesão, do que decorre lhe sejam aplicáveis o princípio da interpretação *pro aderente* e a precedência das cláusulas manuscritas sobre as impressas. Ademais, para finalizar, é um contrato tipo. Vale dizer: padronizado, como é adequado aos contratos realizados em massa.

A atividade securitária é, ainda, atividade de empresa, privativa das sociedades empresárias. Por tal razão é um contrato empresarial.

Além destas características, é um contrato:

a) *consensual*: é contrato consensual porque se aperfeiçoa assim que a seguradora, após avaliar a proposta, emite a apólice ou o bilhete de seguros;

b) *oneroso*: porque implica prestações para ambas as partes. Para o segurado, pagar o prêmio; para a seguradora, prestar a garantia, manter o valor do fundo formado pelo conjunto dos prêmios recebidos e, quando for o caso, pagar a indenização ajustada;

c) *bilateral*: porque implica obrigações para ambas as partes;

d) *comutativo*: discute-se na doutrina, desde o direito anterior, se o seguro seria um contrato aleatório ou comutativo. Para alguns,¹⁵ seria aleatório, pois a prestação da seguradora dependeria da ocorrência ou não do sinistro que, como acontecimento incerto, poderia ou não ocorrer.

Mas se examinamos os fundamentos técnicos econômicos do contrato, verificamos que esta não é a visão correta do contrato. E assim é porque, em decorrência da exploração em massa do seguro pelas empresas seguradoras e das bases técnicas da sua exploração (fundada na idéia de mutualidade e de dispersão de riscos), a álea, no sentido de vantagem ou desvantagem para a seguradora, foi suprimida. Por tal razão, as vantagens de um contrato são compensadas com as desvantagens do outro – e a exploração total é realizada com base em cálculos precisos.

Como se não bastasse, a prestação da seguradora não ocorre só no momento do pagamento da indenização ajustada, mas desde o momento do aperfeiçoamento do contrato. Assim ocorre porque, desde a perfeição do contrato, 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.

15. Assim: Fran Martins, *op. cit.*, p. 250-251.

A norma do art. 757 do CC 2002 tornou claro o caráter comutativo do contrato de seguro quando substituiu a expressão “indenização”, adotada no anterior Código Civil de 1916, por aquela de “garantia”.¹⁶

Assim fazendo, afastou o entendimento daqueles que viam o contrato de seguro como um contrato aleatório com fundamento em que a indenização seria eventual.

A seguradora, graças às bases técnicas do seguro, pode garantir ao segurado que as conseqüências econômicas do sinistro não o irão atingir ou, pelo menos, serão visivelmente minoradas.

A principal prestação da seguradora, como sustentamos há longa data, apoiados em Fábio Konder Comparato¹⁷ e Joaquim Garrigues,¹⁸ é uma prestação de garantia que tem lugar desde o momento da conclusão do contrato.

Com este teor, igualmente, advém Ernesto Tzirulnik,¹⁹ que, após analisar a posição de todos aqueles que propugnam pela aleatoriedade do contrato, conclui, em muito boa companhia (La Torre, Paul-André Crépeau, Lugo y Reymundo, Maria Concepción Hill Prados, Broseta Pont, Calmon de Passos, Levi Carneiro, Moitinho de Almeida, Ovídio Batista, dentre outros), pela comutatividade do contrato.²⁰

16. Com este entendimento, dentre os “novos”, igualmente Ivan de Oliveira Silva, *Curso de direito do seguro*, p. 83.

17. *O seguro de crédito*, p. 136 e ss.

18. Ver *Contrato de seguro terrestre*, p. 55. Esclarece que, em decorrência da exploração em massa do contrato de seguros, a álea, no sentido de vantagem ou desvantagem para a seguradora, é suprimida; porque as desvantagens de um contrato se compensam com as vantagens do outro. Assim, somente se poderia falar em álea considerando isoladamente cada contrato. Mas inexistente a possibilidade do contrato de seguro isolado. At se teria um contrato de transferência de risco, e não um contrato de seguros.

19. *Regulação de sinistro – ensaio jurídico*, p. 44-60.

20. Cf. Antonio Latorre, *La disciplina giuridica dell'attività assicurativa, Diritto della assicurazione*, vol. I, Milano: Giuffrè, 1987, p. 2-4, apud Tzirulnik, *Regulação de sinistro – ensaio jurídico*, p. 48, nota 55; Paul-André Crépeau, *L'insité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Québec: Invon Blais, 1989, p. 33, apud Tzirulnik, *Regulação de sinistro – ensaio jurídico*, p. 50, nota 58; Lugo y Reymundo, *El contrato de seguros no es un contrato aleatório ni un contrato típico de adhesión*, Anais do Congresso Mundial da AINDA, 1963, apud Tzirulnik, *Regulação de sinistro – ensaio jurídico*, p. 50, nota 57; Maria Concepción Hill Prados, *El reaseguro*, Barcelona: Bosh, 1995, p. 61, nota 133, Tzirulnik, *Regulação de sinistro – ensaio jurídico*, p. 54, nota 62; J. J. Calmon de Passos, *A atividade securitária e suas fronteiras com os interesses transindividuais. Responsabilidade da SUSEP e competência da Justiça Federal*, RT 763/95, apud Tzirulnik, *Regulação de sinistro – ensaio jurídico*, p. 55, nota 65; Levi Carneiro, *Cláusula de suicídio nas apólices de seguro de vida: pareceres de Clovis Bevilacqua*, Eduardo Espinola e Levi Carneiro, Rio de Janeiro: Sul América, p. 6, apud Tzirulnik, *Regulação de sinistro – ensaio jurídico*, p.

E esta compreensão coaduna-se tanto com a função de ressarcimento quanto com aquela de previdência, valendo tanto para o seguro de danos quanto para aquele de pessoas.

O que o segurador promete não é indenizar as conseqüências econômicas de um acontecimento futuro e incerto. Mas *garantir* que estas conseqüências não irão atingir o segurado ou que, pelo menos, seus efeitos serão visivelmente minorados.

Ao par disto, sob outro ângulo a expressão *indenização*, tal como acatada no Código Civil de 1916, era incorreta, posto não ter na técnica securitária a mesma abrangência que a expressão *garantia*. A prestação do segurador existe desde o momento da realização do contrato, e o segurado a ela tem direito desde que não esteja em mora com o pagamento do prêmio. O fato de não ter pago o prêmio antes do sinistro (dada a possibilidade de carência), não afasta a indenização. O que importa é que o tenha feito dentro do prazo estipulado do contrato. Já a obrigação de indenizar somente surge com o sinistro, sendo, ademais, eventual.

Por outro lado, a indenização pressupõe a idéia de dano, e este inexistiria nos seguros de pessoas a não ser quando visto como uma eventual necessidade econômica, tal como proposto pela nova teoria indenitária, a qual será vista em momento posterior.

e) *não solene*: a norma do art. 758 do CC/2002 é suficientemente clara neste sentido, ao esclarecer que o seguro não é um contrato formal e que a apólice é tão-somente comprobatória da existência do contrato. Tanto assim é que admite, na sua ausência, se prove a existência do seguro mediante a comprovação do pagamento do prêmio. E, para tanto, vale qualquer documento.

Assim fazendo, confirma o entendimento de que a apólice não é o contrato de seguro, mas apenas um dos instrumentos que comprovam a sua existência.

Esta, aliás, já era a orientação do direito anterior quando mencionava que o contrato se perfazia com o lançamento, pelo segurador, da operação nos seus livros.

Veja-se que a emissão do bilhete do seguro tinha e mantém a mesma função instrumental – e tem tal teor a redação da norma do art. 760 do CC/2002 quando inclui o bilhete de seguro ao lado da apólice.

55, nota 65; Moitinho de Almeida, *O contrato de seguro no direito português e comparado*, Lisboa: Livraria Sá Costa, 1971, p. 26-28, apud Tzirulnik, *Regulação de sinistro – ensaio jurídico*, p. 55, nota 66; Ovidio Batista, *Relações comunitárias e direitos subjetivos. Anais do Primeiro Fórum de Direito do Seguro José Solero Filho*, IBDS, São Paulo: Max Limonad, 2000, apud Tzirulnik, *Regulação de sinistro – ensaio jurídico*, p. 56, nota 68.

f) *a boa fé*: o contrato de seguro é um contrato de boa fé. E isto já no direito anterior.

O contrato de seguro baseia-se num duplo fundamento: na idéia de boa fé e naquela de solidariedade (ou o seguro é mutualidade ou não é seguro)²¹ e está de tal forma fundada na boa fé que sua ausência é suficiente para permitir a anulabilidade do contrato.

Têm este teor as normas dos arts. 762, 765, 766, 768, 769 e 773, todos do CC/2002, e, como se vê, a regra vale tanto para o segurado, quanto para a seguradora. Note-se que assim já era, mesmo antes do advento do Código Civil de 2002, em virtude de exigência expressa, consubstanciada na norma do art. 131, 1, do CCo, a ordenar, quando da interpretação, a aplicação do princípio da boa fé.

E esta exigência tem razão de ser, considerando que o contrato de seguro é um contrato celebrado em massa e por adesão.

Por isso se impõe à seguradora a obediência do princípio, vedando as cláusulas lesivas, obscuras ou dúbias para o segurado. E mais: deve cientificar-se de que o segurado leu e entendeu as cláusulas ajustadas.

Por outro lado, a previsão e a avaliação do risco segurado estão fundadas nas suas declarações. Por tal razão deve fazer declarações exatas, descrevendo todas as circunstâncias necessárias para avaliar e determinar os riscos (Cf. arts. 765 e 766 do CC/2002). Mas não só. Conseqüência deste princípio é, ainda, a obrigação de comunicar à seguradora todas as circunstâncias capazes de agravar o risco segurado, abstendo-se de qualquer comportamento que possa dar causa a uma agravação dos riscos cobertos (arts. 768 e 769 do CC/2002).

21.2.2 O conceito unitário do contrato de seguros

21.2.2.1 Apresentação da questão

O núcleo da questão, aqui, situa-se na possibilidade de se obter um conceito de contrato de seguros apto a, unitariamente, abranger tanto o seguro de danos quanto o de pessoas. O cerne da discussão decorre da determinação da causa, em sentido objetivo, a saber, como a função econômico-social que o contrato venha a desempenhar. Coloca-se em questão, assim, a necessidade de individualizar qual a causa comum do seguro nos diversos ramos.

21. Garrigues, op. cit., p. 57-65.

21.2.2.2 Origem da indagação

Quando, após muita relutância (as transações sobre a vida humana eram consideradas imorais), se admitiu a possibilidade de seguro sobre a vida, atribuiu-se-lhe função indenizatória, semelhante àquela existente nos seguros de danos.

Via-se o contrato de seguros, globalmente, como um contrato de indenização, cuja função, sempre, seria aquela de indenizar um dano – e isso tanto para os seguros de danos quanto para aqueles de pessoas.

Perante as dificuldades em se justificar a existência de um dano em determinados seguros de pessoas e a dificuldade de se lhes aplicar algumas regras decorrentes do princípio indenitário, passou-se a considerar o contrato de seguro como de conteúdo heterogêneo e incapaz de ser reduzido a um conceito único.

Com este modo de ver, somente os seguros de danos seriam indenizatórios.

Os de pessoas seriam contratos de previdência ou de poupança, semelhantes àqueles de capitalização.

A partir daí, os seguros de danos e os de pessoas passaram a ser vistos como modalidades distintas.

Aliás, à época, Ascarelli,²² em comentários, assinalou ser este o critério utilizado em diversos sistemas jurídicos, assinalando, como exemplos, a lei suíça de 02.04.1908, a alemã, de 30.05.1908, e a francesa, de 13.07.1930, as quais somente falam em seguros de danos, com relação àquele de coisas, não fazendo qualquer alusão a danos naquele de pessoas.

21.2.2.3 Tentativas de solução

A doutrina, buscando unificar o conceito, formulou uma série de teorias, das quais nenhuma logrou alcançar a unidade pretendida.

Concorreram, todavia, para realçar aspectos essenciais do contrato de seguro, as quais contribuíram para sua melhor compreensão. Dentre elas merece menção:

21.2.2.3.1 *A teoria da necessidade eventual* – A tese aqui era a de que em todo contrato de seguros existe a função de satisfazer a uma necessidade eventual do segurado.

Mas a generalidade do conceito de necessidade provocou a sua rejeição.

22. *Problemas da sociedade anônima no direito comparado*, p. 209-210.

Seus defensores, buscando a aceitação, delimitaram o conceito, propondo a distinção entre seguros de danos e de pessoas, com base na diferente qualidade da necessidade, a qual no seguro de danos expressaria uma necessidade concreta que se tornaria abstrata naquele de pessoas.

Nova crítica advém. Desta feita, denunciando a contradição em se afirmar a abstração da necessidade, pois atribuir-lhe tal qualidade equivaleria negar sua existência. Para obviar tal inconveniente, apresentou-se a teoria da previdência, a qual, todavia, padecia do mesmo vício de generalidade que inquinava a original teoria da necessidade eventual. Mas esta, pelo menos, teve o mérito de denunciar a idéia de previdência como causa, em sentido objetivo, nos seguros de pessoas.

Mas a teoria da necessidade eventual, em que pese não ter atingido a finalidade colimada (um conceito unitário), teve o mérito de facultar a distinção entre o jogo e a aposta, a par de delimitar os caracteres essenciais do risco, demonstrando a existência, em todo contrato de seguro, de um interesse segurável, a saber, aquele da não ocorrência do sinistro, ou que, pelo menos, o ônus econômico daí advindo seja amenizado para o segurado.²³

21.2.2.3.2 *A teoria da empresa* – Esta a solução proposta por Vivante,²⁴ ao enfatizar o aspecto mutualístico da operação e a sua natureza de operação em massa, a exigir a existência de uma atividade organizada para que possam ser atendidos.

A tese foi refutada, sob o argumento de que, embora essencial para a feição técnico-econômica do contrato de seguro, a empresa não seria elemento básico do conceito jurídico, afastando-se pudesse ser a característica distintiva, básica e constante, apta servir de base para o conceito unitário pretendido.

Embora recusada, deixou como herança o realce ao aspecto mutualístico e a idéia de cobertura recíproca dentre patrimônios ameaçados pelos mesmos riscos, base de toda operação securitária. Por tal razão, o seguro é atividade de empresa e, no direito brasileiro, somente podem ser seguradoras as sociedades anônimas.

21.2.2.3.3 *A nova teoria indenitária* – A teoria indenitária ressurgiu vestida de nova roupagem. Na base da tese esteia-se a afirmação da existência de um trinômio inarredável em todo contrato de seguro: o interesse, a necessidade e o dano.

23. *Idem*, p. 204 e ss.

24. *Trattato di diritto commerciale*, 5. ed., vol. 4, Milão, p. 351, apud, Ascarelli, *Problemas da sociedade anônima no direito comparado*, p. 209-210.

Conforme a teoria, o evento que provoca uma necessidade econômica causaria um dano, o que demonstraria serem (a necessidade e o dano) termos coincidentes.

Considerando que o risco não é dano, mas sim possibilidade de dano, a finalidade do seguro seria não de ressarcir um dano em concreto, mas garantir contra a expectativa de dano. Isto é, uma eventual necessidade econômica.

E esta função estaria presente desde o início da relação, perdurando por toda sua existência tanto no seguro de danos quanto naquele de pessoas.

Já o interesse seria o pressuposto de todo contrato de seguro, se distinguindo apenas pelo fato de que, enquanto no seguro de pessoas estaria presumido, *jure et de jure*, desde a conclusão do contrato.

Esta não é, todavia, a orientação do direito brasileiro, o qual, embora aceite no parágrafo único do art. 790 do CC/2002 a presunção (relativa) com relação a cônjuge, ascendente e descendente, não o faz para as demais situações.

21.2.2.3.4 *A teoria da transferência do risco* – Na seqüência advém a teoria da transferência do risco,²⁵ a qual sustenta que o risco deve ser entendido em sentido amplo, como a possibilidade de ocorrer qualquer evento impossível e incerto. A função do seguro, neste caso, seria então, a de transferi-lo para a seguradora – e isso estaria presente tanto no seguro de danos quanto naquele de pessoas. O mérito da teoria foi o de demonstrar ser o risco um elemento inarredável do contrato de seguros, posto que sem risco não haja seguro. Mas a teoria há de ser refutada, já que, como vimos, o risco, por meio do contrato de seguros, não é transferido para a seguradora, mas sim diluído, pulverizado por toda a mutualidade.

21.3 Seguros privados: modalidades

Escapa ao objetivo do presente manual apresentar a classificação de todos os ramos dos seguros (marítimo, terrestre, aeronáutico etc.). Portanto, para o efeito, nos limitaremos a assinalar a classificação abrigada no Código Civil de 2002. Assim, no âmbito dos seguros privados terrestres, destacamos:

a) os *seguros de danos* (coisas), também chamados de interesse ou de indenização, em que o interesse protegido é o patrimônio do segurado. Distinguem-se, aqui, duas submodalidades:

a.1) o *seguro de danos direto*: cuja finalidade é resguardar o segurado contra as conseqüências patrimoniais da perda de uma coisa determinada em seu patrimônio;

25. J. C. Moitinho de Almeida, op. cit., p. 18; Piccard et Besson, op. cit., p. 29-35; Lambert Faivre, op. cit., p. 25-29.

a.2) o *seguro de danos indiretos ou seguro de responsabilidade civil*: a finalidade aqui é resguardar o segurado perante as conseqüências patrimoniais que possam advir das eventuais ações, causadas por danos causados pelo segurado, contra o seu patrimônio. Este seguro abrange tanto a responsabilidade civil contratual quanto a extracontratual.

Na modalidade seguro de danos, podemos incluir algumas variações, conforme os interesses tutelados. Assim:

– *seguro de obrigações*: a finalidade é, igualmente, resguardar o segurado contra um dano patrimonial. Mas, aqui, o dano advém do descumprimento de uma obrigação contratual, cuja cobertura previamente se ajusta perante a seguradora. Mas, como é linear, a indenização somente será devida, se advier de fato independente da vontade do segurado.

– *seguro de direitos*: é modalidade semelhante ao seguro de obrigações. A finalidade é proteger o segurado perante os danos resultantes da inadimplência de terceiros, que descumpram obrigações contratualmente fixadas.

– *seguros de garantia*: é igualmente seguro de danos direto, cuja finalidade é evitar uma perda patrimonial para o segurado. Inserem-se, na modalidade, os seguros fidejussórios e todos os contratos em que a prestação da seguradora represente uma garantia suplementar, como ocorre com o seguro aluguel.

– *seguros de bens*: a modalidade confunde-se com o seguro de coisas, tendo em vista que a finalidade, aqui, é, igualmente, resguardar o segurado contra um dano patrimonial. Todavia, *in casu*, a intenção é mais genérica, pois se resguardam, também, os futuros prejuízos (seguros de lucro cessante, de lucro esperado e de crédito);

b) em outra categoria tem-se os *seguros de pessoas*: o interesse segurado aqui é a vida, morte, integridade física, acidentes e fatos como o casamento, a natalidade, o estudo etc. Neste caso, leva-se em conta a própria pessoa do segurado, suas qualidades e eventos que lhe possam trazer qualquer ônus econômico.