

série **GVlaw**

Wanderley Fernandes  
*Coordenador*

## **CONTRATOS EMPRESARIAIS**

### Contratos de Organização da Atividade Econômica

Caio Farah Rodriguez  
Daniel Santa Bárbara Esteves  
Fabio Coutinho de Alcantara Gil  
Flavio Lucas de Menezes Silva  
Gabriele Tusa  
Giancarlo Melito  
Kleber Luiz Zanchim  
Manoel J. Pereira dos Santos  
Paulo Dóron Rehder de Araujo  
Pedro Guilherme Gonçalves de Souza  
Wanderley Fernandes

2011

 **Editora  
Saraiva**

 **FGV** | **DIREITO GV**  
• GVlaw

## 7 SEGURO: ATO E ATIVIDADE

*Pedro Guilherme Gonçalves de Souza*

*Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP);  
pós-graduado em Economia pela Escola de Economia de São Paulo  
(EESP/FGV-SP); advogado em São Paulo.*

*Kleber Luiz Zanchim*

*Professor do Programa de Educação Continuada e Especialização em  
Direito GVlaw; professor da Fundação Instituto de Administração (FLA);  
graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP); doutor em  
Direito pela Universidade de São Paulo (USP); advogado em São Paulo.*

## 7.1 Introdução

Uma das maiores disputas contratuais do mundo no início do século XXI envolveu um contrato de seguro. Após a queda das torres do World Trade Center, as seguradoras do empreendimento esperavam pagar indenização de aproximadamente USD 3,6 bilhões. Contudo, Larry Silverstein, arrendatário da área dos prédios, julgava ter direito a USD 7,2 bilhões. Para ele, teriam acontecido dois eventos segurados, cada um representado pela queda de uma torre, o que justificaria indenização dobrada.

O debate foi travado exatamente em torno do sentido da palavra “ocorrência” para a apólice de seguro. As seguradoras sustentaram que o choque de um avião em cada prédio não correspondeu a dois eventos isolados, mas a apenas um, pois os ataques teriam sido coordenados para atingir um único alvo formado pelas duas torres. Larry Silverstein, por outro lado, fez releitura de diversas apólices no mercado e apresentou conclusão de que, pelo texto, cada choque deveria ser tratado individualmente.

Em 2004, o júri da Corte Federal de Manhattan decidiu em favor de Larry Silverstein, condenando as seguradoras a pagar a indenização em dobro. O caso pôs em xeque conceitos básicos da definição de contrato de seguro, estimulando aprofundamento no estudo do tema.

O capítulo está dividido em duas partes. A primeira tem por objeto o contrato de seguro, com discussões sobre seus elementos e seus tipos. A segunda concentra-se na operação de seguro, abordando aspectos importantes do sistema securitário brasileiro. O

propósito do texto é, a partir da análise de casos, levantar reflexões sobre temas por vezes considerados pacificados na doutrina e na jurisprudência, mas que, na prática, ainda ensejam dúvidas.

## 7.2 O contrato de seguro

O art. 757 do Código Civil brasileiro prevê: “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”. A compreensão da norma depende do detalhamento dos elementos categoriais essenciais do contrato de seguro: prêmio, garantia e risco<sup>1</sup>.

### 7.2.1 O prêmio

O prêmio é o “preço” do seguro<sup>2</sup>. Corresponde à prestação do segurado. É definido a partir de cálculos atuariais que levam em conta a sinistralidade de determinada carteira de riscos. Serve para

Seguro: Ato e Atividade

formar um agregado de recursos que possa (a) fazer frente às eventuais indenizações e (b) remunerar a seguradora pela garantia oferecida.

Em geral, o prêmio é analisado sob a ótica da mutualidade que, nas palavras de Antígono Donati, é “a associação de muitas economias expostas a riscos de igual natureza e a consequente reunião de muitos custos parciais, para que a riqueza assim obtida seja posta à disposição daqueles para os quais a necessidade eventual se verificará”<sup>3</sup>. Em outras palavras, o prêmio seria a participação de cada segurado no risco de todos aqueles que integram a mesma carteira, incluindo o seu próprio.

Nelson Borges coloca a mutualidade como representação da função social do contrato de seguro, observando que

no *mutualismo* (*ratio essendi* das contratações securitárias), sempre existiu um alargamento implícito e consentido da responsabilidade e dos interesses de quantos fizessem parte do grupo, de tal sorte que a efetiva e pontual contribuição de cada um para a formação do fundo previdenciário solidificasse e energizasse a garantia de todos<sup>4</sup>.

É preciso ponderar, porém, que (a) a mutualidade é econômica e não jurídica<sup>5</sup> e (b) está na operação de seguro, e não no contrato. O prêmio divide economicamente o risco entre os segurados na carteira do segurador. Juridicamente, porém, os segurados não têm qualquer relação entre si. Cada um vê diante de si apenas

<sup>3</sup> **Diritto delle assicurazione private**: introduzione. Castello: Unione Arti Grafiche, 1938, p. 7 (tradução livre).

<sup>4</sup> Os contratos de seguro e sua função social. A revisão securitária no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, v. 93, n. 826, 2004, p. 32 (destaques no original).

<sup>5</sup> Como escreve Antígono Donati, “no seu aspecto integral o conceito econômico de seguro resulta da incindível combinação de dois elementos: a) transferência de um risco e b) mutualidade” (**Diritto delle assicurazione private**: introduzione, cit., p. 6 – tradução livre).

<sup>1</sup> Por vezes o interesse também é colocado entre esses elementos (cf. COMPARATO, Fábio Konder. Seguro de garantia de obrigações contratuais. In: **Novos ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 353). Porém, parece-nos tratar-se mais de um pressuposto do risco. Além disso, está presente em qualquer contrato, não representando traço distintivo do seguro (para comentário sobre a impropriedade de entender o interesse como elemento do seguro, cf. SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, v. IV, p. 393). Observe-se ainda que quando o substantivo “interesse” vem acompanhado do adjetivo “legítimo” a discussão fica restrita ao plano da validade. “Interesse legítimo” é requisito para a tutela jurídica do seguro, sendo nulo o contrato que garantir risco proveniente de ato doloso do segurado (art. 762 do Código Civil). Sobre elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia do negócio jurídico, cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, *passim*.

<sup>2</sup> Cf. ALVIM, Pedro. **O seguro e o novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 35.

o seu contrato de seguro, e não as avenças dos demais integrantes da carteira, e obriga-se a pagar somente o seu próprio prêmio. Existe uma só contraparte em cada contrato, o segurador, único a ter o dever (*Schuld*) e a responsabilidade (*Haftung*) pelo pagamento das indenizações<sup>6</sup>. Não há solidariedade entre os segurados em relação aos prêmios<sup>7</sup> nem em relação às indenizações. Assim, a mutualidade não está na conceituação jurídica do contrato de seguro. Restringe-se à economia da **operação** securitária.

Para o Direito, destarte, o prêmio é unicamente um elemento da estrutura sinalagmática da avença. É a *kausa*<sup>8</sup> (= razão de ser)

<sup>6</sup> Nos seguros mútuos sustenta-se que o mutualismo é mais claro, pois os segurados constituem pessoa jurídica para, por meio dela, distribuir os riscos entre si. “Os sócios são os próprios segurados, e a sociedade considerada em conjunto, a pessoa jurídica, é o segurador”, ensina Clóvis Beviláqua (**Código Civil comentado**, 5. ed., 1938, v. 5, p. 222-223). Nesse caso, a sociedade tem o *Schuld*, mas o *Haftung* é dos seus sócios. Porém, Pontes de Miranda adverte: “A prestação do seguro é feita pela entidade mutualística, e não pelos segurados, que são necessariamente mutualistas. A sociedade mútua personificou-se, de jeito que o dever de contribuir para as prestações de seguros é dever perante a entidade mutualística, e não perante os segurados. A relação jurídica da mutualidade é interior à sociedade, e não relação jurídica entre mutualistas e segurados” (**Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. 46, p. 117). Portanto, mesmo nos seguros mútuos, o mutualismo é, do ponto de vista jurídico, apenas indireto.

<sup>7</sup> Os prêmios podem, inclusive, variar de segurador para segurador conforme o perfil de risco de cada um. Isso mostra a estreita vinculação do prêmio ao risco individual de cada contrato, mesmo que haja ponderações sobre a carteira como um todo. Inclusive do ponto de vista econômico, portanto, a mutualidade não anula o indivíduo.

<sup>8</sup> A *kausa* com “k” está na estrutura dos contratos sinalagmáticos, interligando as prestações. A *causa* com “c”, por outro lado, remete à função das avenças. Anote-se uma observação. É a assunção pelo segurador do compromisso de pagar o prêmio, e não o pagamento em si, que cria para o segurador o compromisso de garantia. Essa é a lógica dos contratos consensuais. Se a *kausa* da garantia fosse o efetivo pagamento do prêmio, o contrato de seguro seria real. Porém, como diz Pontes de Miranda, “o contrato de seguro é contrato consensual: conclui-se com o só

da prestação do segurador no contrato, ou seja, da garantia. Nesse sentido, o seguro, em relação à cobertura securitária, é comutativo, pois as obrigações do segurado (= prêmio) e do segurador (= garantia) estão presentes já na formação do negócio. É por esse motivo que o art. 764 do Código Civil estatui que “salvo disposição especial, o fato de se não ter verificado o risco, em previsão do qual se faz o seguro, não exime o segurado de pagar o prêmio”. Regra geral, prêmio e garantia convergem comutativamente desde a origem do contrato.

A aleatoriedade se verifica no pagamento da indenização, que está na fase de execução da avença e corresponde a ato devido do segurador, como explica Antônio Junqueira de Azevedo:

[O pagamento da indenização] não se confunde com a obrigação de garantia dos riscos. Ele consubstancia o cumprimento da obrigação. O pagamento está na fase de execução: trata-se de **ato devido**, na classificação de Carnelutti (cf. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. I, Classic Book, São Paulo, 2000, p. 117); deve ser efetuado tão logo o sinistro se materialize. O “ato devido encontra uma justificação objetiva no **dever prévio** à sua realização” (Natureza de seguro dos fundos de garantia, in nosso livro *Estudos e pareceres de direito privado*, Saraiva, São Paulo, 2004, p. 98). Há sucessão lógica e cronológica de atos e deveres ou obrigações: do contrato, surge o dever ou a obrigação e, destes, o ato devido, o pagamento – ou, se não for assim, a mora ou o inadimplemento<sup>9</sup>.

encontro das manifestações de vontade dos figurantes. A prestação do prêmio é adimplemento – portanto, ato de execução: e não de conclusão do contrato” (*op. cit.*, t. 4, p. 313).

<sup>9</sup> (Parecer) Contrato de seguro de crédito. Ônus da seguradora de provar a má-fé do segurado. Impossibilidade do uso da *exceptio non adimpleti contractus* em caso de dispensa reiterada do cumprimento da obrigação por parte da seguradora (*supressio*). (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Distinção entre cessão de contrato e cessão de crédito. In: **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 315).

Pode-se, portanto, dizer que o contrato de seguro é geneticamente comutativo, quanto à garantia, e funcionalmente aleatório, quanto ao ato devido indenização<sup>10</sup>. O prêmio enseja *ab initio* a garantia e esta pode ou não ensejar indenização, a depender da ocorrência do sinistro.

Reforce-se a que aqui se fala do contrato de seguro e não da operação securitária. A aleatoriedade permanece sempre no primeiro (ato), ainda que seja relativizada na última (atividade). Na lição de Tullio Ascarelli,

a aleatoriedade do contrato não exclui que não seja aleatória a indústria do segurador, tomando em consideração o fato que, apesar de ser aleatória a verificação de um determinado sinistro, não é aleatória a média dos sinistros em um período de tempo: essa é a consequência natural da possibilidade de se aplicar o cálculo de probabilidade<sup>11</sup>.

O prêmio aplicado ao contrato decorre de uma composição de informações oriundas do segurado individualizado e da operação securitária. Nesse sentido, dá a medida do sinalagma, pois é o valor pelo qual o segurador aceita garantir determinado risco. Está, pois, na gênese do contrato.

Sendo assim, o não pagamento do prêmio não “quebra” o sinalagma, pois não modifica a relação cobertura  $\times$  preço. Corresponde simplesmente ao inadimplemento do contrato de seguro pelo segurado, eximindo o segurador do ato devido do pagamento da indenização se o sinistro ocorrer. O inadimplemento não promove de plano a extinção da garantia, pois, nos termos do art. 475

<sup>10</sup> “Funcionalmente” quer dizer na “fase de execução do contrato”, em que há aleatoriedade no sentido jurídico em relação ao pagamento da indenização. Comentários sobre o ponto de vista econômico serão feitos no item reservado ao risco.

<sup>11</sup> Sul concetto unitario del contratto di assicurazione. In: *Studi in tema di contratti*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 355, nota 5.

do Código Civil<sup>12</sup>, o segurador pode preservar o contrato exigindo que o segurado o cumpra. Apenas a indenização deixa de ser devida, podendo o segurador recorrer à exceção do contrato não cumprido. Assim dispõe o art. 763 do Código Civil: “Não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação”.

Condutas que desajustam o sinalagma, modificando a relação cobertura  $\times$  preço, levam, por outro lado, à perda da garantia. É o caso de (a) declarações inexatas ou omissão de circunstâncias que possam influir na taxa do prêmio (art. 766 do Código Civil), (b) agravamento intencional do risco (art. 768 do Código Civil), e (c) silêncio em relação a incidente que possa aumentar consideravelmente o risco coberto (art. 769 do Código Civil).

Mesmo lesões involuntárias no sinalagma podem afetar o seguro. Como prevê o parágrafo único do art. 766 do Código Civil, “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”. Em outras palavras, ainda que o segurado não tenha intenção de manipular a relação prêmio  $\times$  cobertura, eventuais omissões ou declarações inexatas suas justificam a extinção da garantia ou a cobrança de valor suplementar para equalização do sinalagma.

Se há diminuição do risco, porém, não ocorre necessária redução do prêmio, salvo disposição em contrário, como disposto no art. 770 do Código Civil. Leitura apressada apontará que essa regra fomenta o desequilíbrio entre segurador e segurado. Porém, ela promove exatamente o contrário: balanceia a equação econô-

<sup>12</sup> “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.” Repita-se: como o seguro é consensual, a obrigação de garantia surge com o simples compromisso de pagamento do prêmio.

mica da avença<sup>13</sup>. Da mesma forma que o segurador “perde”<sup>14</sup> se o risco aumentar no curso da avença por fatores exógenos, já que a chance de ter de pagar indenização aumenta e não é possível cobrar prêmio adicional por isso, o segurado “perde” se o risco diminuir, não fazendo jus a prêmio menor. Essa lógica reforça a tese da aleatoriedade funcional do contrato de seguro<sup>15</sup>: tanto o segurador quanto o segurado estão sujeitos aos movimentos da incerteza na fase de execução do negócio.

O mesmo art. 770 assenta, todavia, que se a redução do risco for considerável, pode haver revisão do prêmio ou resolução do contrato. A possibilidade de revisão corresponde a um limite à aleatoriedade funcional do seguro e conserva a avença. Já a previsão de resolução – tomado o termo em sentido técnico – significa retorno ao *status quo ante*, com extinção do contrato e devolução do prêmio ao segurado, descontadas eventuais despesas. No primeiro caso, o contrato ainda preservaria sua função social de garantia, a despeito da diminuição do risco. No segundo, porém, seu fim estaria frustrado, sendo irrelevante a álea a segurar.

Há dificuldade exatamente em saber quando o risco é de fato diminuído. No caso das torres gêmeas, por exemplo, o contra-

302

<sup>13</sup> Traz, contudo, externalidade negativa importante: reduz o incentivo do segurado de trabalhar para diminuir o risco, pois isso não lhe trará benefícios econômicos diretos.

<sup>14</sup> Ao menos atuarialmente, exigindo aumento de provisões para indenização dos sinistros.

<sup>15</sup> Essa aleatoriedade pode ser eliminada voluntariamente pelas partes se o contrato definir que o prêmio deve acompanhar a redução do risco. O papel da vontade na configuração jurídica da aleatoriedade está presente também em outros casos, como a compra e venda de coisa futura. Nela, porém, o regime é inverso ao do seguro: regra geral não será aleatória, salvo disposição em contrário das partes, conforme art. 483 do Código Civil: “A compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório”.

to cobria danos à estrutura dos prédios. Se, depois da celebração da avença, as torres tivessem sido revestidas por material altamente resistente, seria possível falar em redução de risco e conseqüente diminuição do prêmio? Há muitas variáveis a considerar nessa resposta, em especial diante da complexidade de se testar a efetiva resistência da estrutura a eventos com condão de afetá-la. Portanto, recalibrar *a posteriori* a relação risco  $\times$  prêmio é, na prática, trabalho árduo.

## 7.2.2 A garantia

Fábio Konder Comparato escreve:

[O] conteúdo das obrigações de garantia é a eliminação de um risco que pesa sobre o credor. Eliminar um risco significa *a fortiori* reparar as conseqüências de sua realização. Mas mesmo que esta não se verifique, a simples assunção do risco pelo devedor da garantia representa o adimplemento de sua prestação<sup>16</sup>.

Garantia, portanto, é a obrigação de cobrir o risco. A palavra “cobertura” remete a imagem interessante: o segurador funciona como um “telhado” para o segurado, suportando no lugar deste as intempéries que recaem sobre o interesse protegido.

Vale reforçar que a prestação do segurador se efetiva com a contratação do seguro, independentemente da verificação do risco e do eventual pagamento da indenização. Por isso, não é adequado dizer que o seguro transfere “as conseqüências econômicas do evento temido pelo segurado”<sup>17</sup>. Se fosse assim, o contrato seria

303

<sup>16</sup> Obrigações de meios, de resultado e de garantia. In: **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 537.

<sup>17</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Visão panorâmica do contrato de seguro e suas controvérsias. **Revista do Advogado**, n. 47, mar. 1996, p. 8-9. O autor sustenta que o fato de o Código Civil prever a possibilidade de o segurado agravar o risco, sancionando-o com perda da cobertura, mostra que a álea continua sobre o segurado mesmo após o seguro. Na verdade, o que permanece com ele é o interesse:

ineficaz caso o sinistro não ocorresse, pois não transferiria coisa alguma. Em verdade, a avença nada transfere ao segurador. Sua **finalidade** é simplesmente criar obrigação (é fonte de obrigação) de garantia. Sua **função** (objetivo concreto das partes) é resguardar o interesse segurado<sup>18</sup>.

A definição da garantia no contrato de seguro passa pelos seguintes pontos fundamentais: (a) indicação dos riscos cobertos, (b) detalhamento das exclusões da cobertura, (c) fixação do limite máximo de indenização e (d) determinação (facultativa) da participação do segurado no sinistro, conhecida como franquia.

Os dois últimos pontos são numéricos e mais fáceis de estabelecer. Os dois primeiros, contudo, são mais críticos. A composição entre riscos cobertos e exclusões delinea a abrangência do seguro. A dificuldade está no fato de muitas vezes não se conhecer de antemão todos os riscos de determinada circunstância. Com isso, não há plena segurança na estipulação da cobertura e, por consequência, na eliminação daquilo que não se pretende cobrir.

304

imóvel, automóvel, vida. O segurado agrava o risco atuando no interesse: abandona o imóvel, estaciona automóvel na rua à noite, passa a usar drogas injetáveis etc.

<sup>18</sup> A função social dos contratos nada tem de demagógica no sentido de proteção à parte mais fraca. Indica apenas o objetivo específico dos contratantes, como adverte Gino Gorla: "Há antes de mais nada uma confusão, facilitada pela ambiguidade da expressão 'função social', entre a função social como utilidade social de um contrato e a função social como função típica de um contrato na sociedade. Neste último sentido, trata-se da função que serve para determinar o tipo e os caracteres jurídicos de um dado contrato: nesse sentido, por exemplo, a compra e venda tem a função típica de troca entre dinheiro e bens" (GORLA, Gino. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 1954, p. 206 - tradução livre). O seguro tem a função típica de resguardar o interesse segurado contra riscos predeterminados. Para aprofundamento no conceito de função social, cf. ZANCHIM, Kleber Luiz. O contrato e seus valores. In: JÚNIOR, Antonio Jorge Pereira; JABUR, Gilberto Haddad (orgs.). **Direito dos contratos II**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, v. 1, p. 263-268.

### 7.2.2.1 Garantia e regulação do sinistro

No caso do World Trade Center, a apólice de seguro não excluía expressamente atos terroristas<sup>19</sup>. O motivo talvez fosse que ninguém imaginava um ataque coordenado de aviões ao centro financeiro de Nova Iorque. O risco desse tipo de evento era ignorado ou considerado remoto, não justificando sua inclusão no contrato, como afirmam Howard Kunreuther e Erwann Michel-Kerjan:

Mesmo após o ataque terrorista ao World Trade Center em 1993 e a explosão em Oklahoma em 1995, as seguradoras nos Estados Unidos não viam nem o terrorismo internacional nem o doméstico como um risco que deveria ser explicitamente considerado na precificação de suas apólices comerciais de seguro, principalmente porque perdas decorrentes de terrorismo tinham sido historicamente pequenas e, em grande medida, não correlacionadas<sup>20</sup>.

Se esse risco não foi antecipado na avença, evidente que haveria discussão sobre a interpretação da ocorrência que destruiu as torres. Para a Swiss Re, que participou do resseguro da operação, não era possível entender o fato como dois eventos distintos. Em petição dirigida à United States District Court for the Southern District of New York, sustentou tratar-se de único evento, haja vista a apólice indicar como cobertos "todas as perdas e prejuízos atribuíveis direta ou indiretamente a uma causa ou a uma série similar de causas" e estipular que "essas perdas serão agregadas e a soma total dos prejuízos será tratada como uma ocorrência independentemente do período de tempo ou área em que as perdas ocorrerem"<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Cf. Risk Management Solutions. **World Trade Center Disaster**. September, 18, 2001, p. 1. Disponível em: <<http://www.rms.com/publications/wtc.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2009.

<sup>20</sup> Policy Watch: Challenges for Terrorism Risk Insurance in the United States. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 18, n. 4, p. 202.

<sup>21</sup> Disponível em: <<http://news.lp.findlaw.com/hdocs/docs/terrorism/swissrecmpt102201.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2009.

305

Larry Silverstein, por outro lado, apresentou aos jurados argumentos em favor de dois eventos. Comparou os aviões a dois furacões, cada qual com sua zona de destruição e momento de ocorrência. Concentrou-se na ideia de duas forças destrutivas distintas e com propósitos individualizados. Afinal, houve um avião para cada torre, e não um para as duas.

As versões de Swiss Re e de Larry Silverstein divergem, no fundo, sobre o conceito de causa do sinistro para identificar a cobertura. A primeira faz juízo mais retrospectivo para apontar como causa um projeto coordenado para destruir as torres. Para o último, a retrospectiva deve ir somente até os choques dos aviões.

Pontes de Miranda comenta as teorias mais recorrentes sobre a causa dos sinistros. Destaca (a) a teoria da causalidade adequada, pela qual se deve considerar o fato que normalmente se liga a determinado efeito, (b) a teoria da causa próxima, pela qual a causa é o evento mais próximo no tempo, e não o mais remoto, que apenas aumentou o risco, e (c) a teoria da causa determinante, preferida do autor, pela qual deve-se observar o fato definitivo para a materialização do evento<sup>22</sup>.

Ao estudar as causas do sinistro, Michael S. Moore – que não é o diretor do documentário, mas o professor da Universidade de Illinois – compilou informações sobre o ocorrido. Às 7h59min de 11 de setembro de 2001, o avião n. 11 da American Airlines decolou do Aeroporto Logan de Boston. A aeronave foi sequestrada logo após a decolagem. Às 8h46min o avião chocou-se com a torre norte do World Trade Center e às 10h29min a torre desabou em razão do enfraquecimento da estrutura pelo fogo. Às 7h58min, o avião n.175 da United havia partido do mesmo aeroporto e também foi sequestrado. Às 9h06min, atingiu a torre sul, que caiu às 10h<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> *Op. cit.*, t. 45, p. 336.

<sup>23</sup> The destruction of the World Trade Center and the Law on Event-Identity: Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series, Working Paper n. 04-06, February 12, 2004, p. 7.

O mesmo autor comparou o direito inglês e o americano em relação à lógica das apólices “por ocorrência”, como a do World Trade Center. Percebeu que na Inglaterra essas apólices concentram-se diretamente no prejuízo, enquanto nos EUA o foco está nas causas das perdas: “O direito securitário americano concentra-se nas causas do prejuízo, não nos efeitos de comportamentos danosos, para determinar quando há uma ou mais ocorrências”<sup>24</sup>. Segundo Moore, os tribunais americanos usam com mais frequência a teoria da causa próxima para interpretar as apólices a base de ocorrências, o que coloca o aspecto temporal dos acontecimentos como critério fundamental para a interpretação<sup>25</sup>. Diante disso, conclui que no caso ocorreram dois eventos, pelos seguintes motivos:

Se aplicarmos nossas observações gerais aos fatos do litígio sobre as torres gêmeas, devemos fazer isso separadamente em relação às diferentes possibilidades sobre onde na sequência causal estamos procurando os eventos individuais. Se nos concentrarmos nos eventos ocorridos ao final e perguntarmos quantas quedas de prédio ocorreram, a resposta parece ser duas. Quanto à dimensão objetiva dessa conclusão, duas torres, conectadas apenas por um *shopping* subterrâneo, indubitavelmente constituem duas construções, em qualquer conceito ordinário de prédio. Seu plano comum de construção, o fato de serem do mesmo proprietário, seu nome comum (“The World Trade Center”) e uma única apólice de seguro não são elementos suficientes para alterar essa conclusão. Mesmo o nome popular, “As Torres Gêmeas”, anuncia apenas a identidade qualitativa, mas não numérica, das duas construções. Assim, mesmo se os desabamentos tivessem sido ambos qualitativamente idênticos (como de fato quase foram) e temporalmente coincidentes (o que não foram), teria havido dois eventos. Do modo como aconteceram os desabamentos foram separados por vinte e nove minutos e meio. Mesmo se as duas torres fossem

<sup>24</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>25</sup> *Idem*, p. 28.

consideradas parte do mesmo prédio, essa separação temporal indicaria dois colapsos. Se parte de um prédio desaba a partir da mesma causa, e vinte e nove minutos e meio depois outra parte colapsa por uma causa distinta, sem conexão causal entre os colapsos, terá havido dois desabamentos. Voltando no tempo, se focarmos nas causas imediatas dominantes nos dois colapsos, chegamos ao mesmo resultado. A causa imediata de cada colapso foi o fogo intenso que degradou a integridade estrutural das colunas de aço que sustentavam os prédios. Considerando que havia dois prédios, houve então duas ocorrências de incêndio. Essa conclusão é reforçada pela ligeira diferença qualitativa entre as chamas: o fogo da Torre Sul não cobriu completamente os andares envolvidos no impacto, enquanto o fogo na Torre Norte tomou completamente os andares atingidos pelo avião. A conclusão por dois eventos é ainda mais reforçada pela diferença temporal das chamas: na Torre Sul o fogo perdurou por aproximadamente cinquenta e seis minutos, das 9h03min às 9h59min, enquanto na Torre Norte o fogo perdurou por aproximadamente uma hora e quarenta e dois minutos, das 8h46min até 10h28min. (...) Houve dois choques, primeiro, porque havia dois tipos de objetos envolvidos (dois aviões, dois prédios), segundo, porque havia diferenças qualitativas entre os ataques (ex. os andares atingidos, a velocidade dos aviões e a força resultante dos impactos, o ângulo dos choques), e terceiro, porque o momento temporal dos ataques foi distinto (8h46min26s na Torre Norte e 9h02min54s na Torre Sul)<sup>26</sup>.

Fácil perceber como é complexa a análise (regulação) do sinistro para determinação da extensão da cobertura do seguro. Os eventos são normalmente caóticos, tanto em suas causas como em seus efeitos. Por isso, a relação riscos cobertos  $\times$  exclusões mostra-se um fator crítico do contrato quando as ocorrências se materializam.

A própria "materialidade" do sinistro pode não ser muito clara. Está em andamento um caso concreto de seguro de obra civil em construção em que a discussão sobre uma cláusula de

<sup>26</sup> *Idem*, p. 81-82.

exclusão de cobertura envolve os conceitos de "equipamentos", "ferramenta" e "instrumentos empregados na obra". O texto prevê que não estão cobertos "equipamentos móveis ou fixos que não estejam incorporados à obra ou as estruturas temporárias e quaisquer ferramentas ou instrumentos empregados na obra".

Um incêndio atingiu a construção e destruiu um lote de fôrmas plásticas de um sistema construtivo que substitui a madeira na estrutura das paredes e acelera sensivelmente a construção das casas. Essas fôrmas não ficam incorporadas à obra, porque são removidas assim que o concreto se solidifica. Porém, não parecem ser equipamentos, ferramentas ou instrumentos, ao menos considerando o sentido usual dessas palavras, que remetem a mecanismos que agregam utilidade ou aumentam a eficiência do processo construtivo. As fôrmas plásticas são, em verdade, parte do próprio processo construtivo, e não agregados dele. Como se trata de inovação na construção civil, a regulação do sinistro esbarra na compreensão da dimensão prática da cobertura.

### 7.2.2.2 *Garantia e indenização*

A garantia é causa pressuposta da indenização. Esta última é ato devido, se preenchidas as condições da apólice. Há situações em que a cobertura permanece, mas o segurado perde o direito à indenização. Uma delas é a mora no pagamento do prêmio, como explicado no item 7.2.1 acima. Outra é a omissão do segurado sobre a ocorrência do sinistro e suas consequências.

O art. 771 do Código Civil estatui: "Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências". A norma trata do aviso de sinistro e do salvamento do interesse sinistrado. Como diz Pontes de Miranda, a finalidade do aviso é pôr o segurador a par do ocorrido, para que tome conhecimento das circunstâncias, verifique se o sinistro está incluso na cláusula contratual e investigue quanto às causas do sinis-

tro e do importe dos danos, antes de se tornarem impossíveis ou difíceis pelas mudanças e alterações regulares ou culposas ou dolosas<sup>27</sup>.

Se o segurado não avisa o segurador sobre o sinistro ou não trabalha para reduzir-lhe os efeitos, a cobertura continua vigente, mas para aquele evento específico ele perde o direito à indenização. O caso é comum no seguro de automóveis. Quando o proprietário acredita que o pagamento da franquia não compensa, deixa de recorrer ao seguro, mas continua coberto.

Existe ainda hipótese em que a cobertura e o direito à indenização permanecem, mas o segurado perde a pretensão de exigir o pagamento. Assim será quando houver prescrição, como previsto no art. 206, §1º, II, do Código Civil:

[Prescreve em um ano] a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo: a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador; b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão<sup>28</sup>.

Se, em uma apólice com vigência de 1º de janeiro de 2009 a 1º de janeiro de 2011, o sinistro ocorre em 5 de janeiro de 2009 e o segurado deixa de pedir a indenização, sua pretensão indenizatória prescreverá em 5 de janeiro de 2010, mas a cobertura permanecerá até o término do contrato.

### 7.2.2.3 Garantia e boa-fé

Já foi exposto que a garantia integra, ao lado do prêmio, a estrutura sinalagmática do seguro, na relação cobertura  $\times$  preço. Comportamentos que desajustem essa relação ensejam sanções

<sup>27</sup> *Op. cit.*, t. 45, p. 339.

<sup>28</sup> A pretensão do beneficiário contra o segurador prescreve em três anos, conforme o art. 206, § 3º, IX.

previstas em lei. Para o segurado, pode levar à perda da garantia, como estabelecido nos arts. 766, 768 e 769 do Código Civil. Para o segurador, pode criar obrigação de indenizar, como dispõe o art. 773: "O segurador que, ao tempo do contrato, sabe estar passado o risco de que o segurado se pretende cobrir, e, não obstante, expede a apólice, pagará em dobro o prêmio estipulado".

Esse artigo contempla casos de má-fé do segurador que frustra o sinalagma ao cobrar prêmio sem oferecer verdadeira cobertura, dada a inexistência de risco. Tal conduta é sancionada porque, como lembra Carvalho Santos,

mais do que qualquer outro contrato, o de seguro é fundamentalmente *bonae fidei*, principalmente porque, assumindo o segurador a responsabilidade de riscos, claro que precisa ter elementos exatos para os cálculos do prêmio a cobrar do segurado, enquanto que, da parte do segurado, é preciso que ele confie nas promessas do segurador, contando com a boa-fé com que este assume os riscos<sup>29</sup>.

Ou seja, o contrato de seguro é *uberrimae fidei*, da mais estrita boa-fé, nos termos do art. 765 do 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". A relação entre prêmio e cobertura é fundada nessa boa-fé, que deve ser atuante, positiva. Espera-se que as partes sejam leais e informem-se reciprocamente sobre os riscos e o interesse a segurar. A boa-fé, no seguro, é mais do que princípio: é regra.

Uma empresa firmou contrato de seguro contra furto e roubo de seu estabelecimento<sup>30</sup>. A pessoa que prestou as declarações

<sup>29</sup> **Código Civil brasileiro interpretado**. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. 19, p. 292.

<sup>30</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Embargos Infringentes n. 231.641-4/3-02. Relator: Desembargador Vito Guglielmi. Brasília. J. em: 3-9-2009. Disponível em: <[http://esaj.tj.sp.gov.br/cpo/sg/search.do?&cbPesquisa=N](http://esaj.tj.sp.gov.br/cpo/sg/search.do?&cbPesquisa=NUMPROC&cdForo=990&dePesquisa=2316414302)>. Acesso em: 30 set. 2010.

para análise de risco não informou que, nos cinco anos anteriores, houve furto no local. Além disso, não mencionou que a trava de piso de uma das portas não estava funcionando. Diante disso, a seguradora negou o pagamento da indenização quando um novo sinistro aconteceu.

A empresa segurada propôs ação judicial alegando que não houve dolo na omissão dos fatos, pois a pessoa respondente era nova no emprego e desconhecia as circunstâncias relacionadas ao estabelecimento. A ação foi julgada procedente em primeira instância.

A decisão do Tribunal, porém, foi pela improcedência. No voto vencedor, lê-se:

Pouco importa que a funcionária tenha agido de má-fé ou não. Na medida em que as informações que precedem a contratação – e de exclusiva responsabilidade do segurado – não correspondem à realidade, rompida a boa-fé contratual que informa a contratação e, conseqüentemente, excluído se encontra o dever de indenizar, com perda do prêmio<sup>31</sup>.

Houve um voto vencido, que considerou como não dolosa a conduta da empregada do segurado, por se tratar de pessoa recém-admitida na função. Por isso, decidiu pelo pagamento da indenização.

O voto vencedor está mais conforme à boa-fé estrita exigida no seguro. Não se pode atribuir à seguradora o ônus de verificar se quem responde ao questionário de análise de risco é novo ou antigo na empresa segurada. Tratando-se de relação de preposição, a expectativa do segurador é de que o segurado tenha indicado respondente com condições de esclarecer os pontos pertinentes ao seguro. Se não foi o que ocorreu, o segurado deve assumir as conseqüências. Pensar diferente seria cancelar o *venire contra factum proprium*: a empresa destaca para responder ao questionário um empregado que não conhece as circunstâncias que influenciam o

<sup>31</sup> Melhor seria dizer que fica excluída a cobertura, ao invés do dever de indenizar. Este deixa de existir nas hipóteses do item 7.2.2.2 acima.

seguro e, depois, vale-se dessa situação de ignorância para legitimar seu pleito indenizatório. Inadmissível.

A boa-fé tem, pois, papel decisivo na interpretação do contrato de seguro. Contudo, aplicá-la não é tarefa fácil. Não basta simplesmente mencioná-la para se extrair conseqüências jurídicas. É preciso dar conteúdo concreto a esse princípio-regra.

No caso do World Trade Center, a apólice de seguro não estava completa em relação à definição do conceito de ocorrência. As partes ainda negociavam as definições quando o sinistro ocorreu. Em petição dirigida à United States District Court for the Southern District of New York, as seguradoras afirmaram que

onde, como aqui, não há um contrato escrito completo estabelecendo a totalidade do acordo entre as partes, o tribunal deve olhar para evidências extrínsecas das circunstâncias em torno das negociações e minutas de acordo, bem como para as correspondências entre as partes, a fim de fixar os termos do contrato<sup>32</sup>.

Depois de fazer análise cuidadosa dos documentos da negociação, a petição procurou o sentido da palavra evento no mercado de seguros americano para concluir que “o homem de negócios ordinário não teria dúvidas de que quando dois aviões sequestrados atingem as Torres Gêmeas em um período de dezesseis minutos, a total destruição do World Trade Center resultou de ‘única série de causas similares’<sup>33</sup>. Portanto, a indenização deveria ser para apenas uma ocorrência, não duas.

Reflexão semelhante foi feita por Larry Silverstein, mas a conclusão foi distinta. Ele sustentou que “se uma apólice de seguro usa o termo ‘ocorrência’ sem defini-lo, então, como questão de direito, o sentido do termo não é ambíguo e deve ser decidido por referência ao estabelecido em precedentes legais de Nova Iorque”.

<sup>32</sup> Disponível em: <<http://news.lp.findlaw.com/hdocs/docs/terrorism/wtcinslit92502opn.pdf>>, p. 6. Acesso em: 29 set. 2009 (tradução livre).

<sup>33</sup> Petição disponível em: <<http://news.lp.findlaw.com/hdocs/docs/terrorism/wtcinslit92502opn.pdf>>, p. 29. Acesso em: 29 set. 2009 (tradução livre).

Segundo Silverstein, essa referência significaria que “os eventos de 11 de setembro constituem duas ocorrências”<sup>34</sup>. Para provar que a palavra ocorrência tinha um sentido usual no mercado, Silverstein recorreu ao depoimento de especialistas do setor de seguros.

A United States Court of Appeals for the Second Circuit decidiu em favor do segurado, que conseguiu demonstrar um padrão de conduta (que remete à boa-fé) entre os seguradores em torno do sentido estrito da palavra evento:

Obviamente, o sentido da palavra “evento” é de importância crítica. Se “evento” for interpretado no sentido de “todo fenômeno relacionado”, então a definição dos seguradores para “ocorrência” agregaria todas as perdas associadas a todo fenômeno relacionado, como os ataques terroristas de 11 de setembro, e as trataria como única ocorrência. Se, por outro lado, “evento” for definido como “um fenômeno físico”, então a definição dos seguradores para “ocorrência” trataria todas as perdas associadas a um fenômeno físico singular, como uma colisão de avião, como uma só “ocorrência”. Em ambos os casos – se “evento” é definido em sentido amplo (todo fenômeno relacionado) ou em sentido estrito (um fenômeno físico) – a previsão continuará a desempenhar sua função agregadora; continuará a tratar todas as perdas associadas a dado “evento” como única “ocorrência”. Então, se “evento” é definido no sentido de “fenômeno físico”, e se um avião choca-se causando dano a ambas as torres do WTC, então Silverstein poderia receber apenas por uma “ocorrência”, mesmo que o avião causasse prejuízo aos dois prédios. Infelizmente para os seguradores, pelas circunstâncias do presente caso, o sentido estrito de “evento” – definido como “um fenômeno físico” – autorizará Silverstein a duas indenizações separadas: uma para cada choque de avião, limitadas a todas as perdas associadas a cada choque<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Relatório da decisão da United States Court of Appeals for the Second Circuit, 18 de outubro de 2006, p. 14. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/data2/circs/2nd/044500p.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2010 (tradução livre).

<sup>35</sup> Relatório da decisão da United States Court of Appeals for the Second Circuit, 18 de outubro de 2006, p. 64-65. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/data2/circs/2nd/044500p.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2009 (tradução livre).

No Brasil, o debate seria parecido em razão do art. 113 do Código Civil: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. A parte final da norma remete às circunstâncias objetivas do mercado de que o contrato faz parte. A aplicação da regra passaria pela comprovação do sentido que os agentes do setor de seguros atribuem às palavras “evento” e “ocorrências”. Como o seguro é *uberrimae fidei*, a boa-fé seria definitiva na solução do caso.

#### 7.2.2.4 Garantia e interesse

Segundo o art. 757 do Código Civil, a garantia do seguro protege interesse legítimo contra risco predeterminado.

Goffredo Telles Junior ensina que “a expressão *interesse*, na famosa definição de Jhering (*O Espírito do Direito Romano*), designa utilidade, vantagem ou proveito, assegurado pelo Direito. Refere-se tanto a bens materiais como a bens espirituais (vida, liberdade, honra, nome etc.)”<sup>36</sup>. Trazendo o conceito especificamente para o seguro pode-se dizer, na esteira de Fábio Konder Comparato, que o interesse “pode apresentar um conteúdo econômico, como em todos os seguros de dano, ou um conteúdo afetivo, como no seguro sobre a vida de terceira pessoa”<sup>37</sup>.

A partir dessas reflexões, vale a pergunta: o interesse faz parte da estrutura do contrato de seguro? Para Ernesto Tzirulnik, trata-se de “elemento estrutural do seguro: sua *causa*”<sup>38</sup>. Antônio Junqueira de Azevedo faz, porém, uma ressalva de caráter geral:

Diz-se também, especialmente nos países causalistas, que a causa, entendida, pois, como “função”, é “elemento constitutivo” do

<sup>36</sup> **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 264 (destaques no original).

<sup>37</sup> **Seguro de crédito**. São Paulo: Max Limonad, 1966, p. 26.

<sup>38</sup> Seguro contra todos os riscos (*All Risks*) de engenharia. Regulação de sinistro. Conceito de dano moral. **Revista dos Tribunais**, v. 827, a. 93, 2004, p. 135.

negócio. Ora, isso envolve a insuperável contradição de colocar a função como fazendo parte do negócio, quando jamais a função de um ser pode ser, ao mesmo tempo, elemento constitutivo dele<sup>39</sup>.

O interesse não parece ser um elemento categorial essencial do contrato de seguro, ou seja, um item determinante para a qualificação jurídica de determinada avença como seguro. Primeiro, porque em todo contrato há interesse, no sentido de “utilidade, vantagem ou proveito” (Goffredo) ou de “conteúdo econômico” ou “afetivo” (Comparato), não representando traço distintivo desse ou daquele negócio jurídico. Segundo, porque o interesse está fora do contrato, visto que oriundo de relação jurídica distinta daquela do seguro. Somente contrata cobertura securitária para automóvel quem já integra contexto jurídico que o envolve: é proprietário, por exemplo.

Dessa forma, melhor do que ver o interesse como elemento do contrato de seguro é qualificá-lo como *pressuposto*. “O interesse é simplesmente o pressuposto pelo qual um indivíduo determinado deva sofrer as consequências danosas do sinistro”, escreveu Buttaró<sup>40</sup>. E pressuposto do quê? Do risco, esse sim elementar para o seguro. Interesse é *prius*, risco é *posterius*; quem não tem interesse, não tem risco.

Note-se, porém, que apesar de não haver risco sem interesse, pode haver interesse sem risco, pois “a existência do risco não é insita no conceito de interesse, mas constitui simplesmente um requisito para que ele possa ser segurado”<sup>41</sup>. Exemplo caricato: uma empresa transforma destroços de navio naufragado no oceano em destino de mergulho para turistas. Sem dúvida, os destroços lhe são úteis e têm conteúdo econômico, sendo claro seu interesse sobre eles. No entanto, a empresa não poderia contratar seguro contra

<sup>39</sup> **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia, cit., p. 154.

<sup>40</sup> L'interesse nell'assicurazione. Milano: Giuffrè, 1954, p. 13 (tradução livre).

<sup>41</sup> *Idem*, p. 14.

incêndio do navio. Há interesse na incolumidade dele, mas não há risco de destruição por fogo porque ele está embaixo d'água e tomado por ela.

O exemplo mostra que o risco é elemento do contrato de seguro, e não o interesse. É a ausência de risco que, de imediato, desnatura o contrato, conforme indica o art. 773 do Código Civil. Sem risco não existe seguro. O risco é estrutural e específico, ao lado da garantia e do prêmio. O interesse é externo e geral, não distinguindo a avença<sup>42</sup>. Nicola Gasperoni aponta: “O interesse é levado em consideração no seguro somente enquanto é ameaçado por um risco. O risco constitui assim condição para que se segure o interesse”<sup>43</sup>.

Há ainda julgados que extremam essa posição e admitem seguro sobre riscos desconectados do interesse<sup>44</sup>. Um arrendatário seguiu o bem que lhe foi arrendado. Declarou-se proprietário dele para o segurador. Ocorrido o sinistro, o segurador negou a indenização, uma vez que o bem se perdeu para o arrendador. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pelo pagamento:

...embora conste como proprietária do veículo segurado a sociedade arrendadora, uma vez realizada a tradição do bem ao recorrente, na posição de arrendatário, passa ele a suportar os riscos da perda ou deterioração do bem. Daí a necessidade de contratação do seguro para atenuar supostos prejuízos. Se o bem arrendado

<sup>42</sup> Ascarelli deixa claro que o risco é traço distintivo do seguro, separando-o, por exemplo, de jogo e aposta. No seguro, o risco é preexistente. No jogo e aposta, é mera consequência de o apostador ter jogado ou apostado (Sul concetto unitario del contratto di assicurazione, *in op. cit.*, p. 364).

<sup>43</sup> **Nuovo Digesto Italiano**, v. XVI, 1937, verbete “Assicurazione (in generale)”, p. 832.

<sup>44</sup> É o que parece ocorrer, aliás, em seguros como o de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre – DPVAT. Todos têm que contratar, mas o interesse é difuso: abrange a vida e a integridade física de qualquer acidentado, mesmo que ele nunca tenha pago prêmio do seguro.

USD 3 bilhões “por ocorrência”, tudo há menos de dois meses dos ataques terroristas. Alguns suspeitam de Silverstein<sup>49</sup>.

Conspirações à parte, o fato é que o segurado não terá cobertura se agir dolosamente. O dolo elimina a aleatoriedade do sinistro, tornando-o sujeito à vontade do segurado. Garantir condutas dolosas seria premiar a delinquência, em franca violação à ordem pública.

No final, aliás, será essa mesma ordem pública que dará os contornos do “interesse legítimo”. É o que se pode extrair do art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Como ordem pública é conceito jurídico remissivo, varia conforme muda a sociedade. O mesmo caminho tem o “interesse legítimo”, que hoje já abrange objetos antes incomuns no mercado de seguros, como nádegas femininas.

320

### 7.2.3 Risco

John Maynard Keynes propõe a seguinte definição para risco:

O “risco” pode ser definido de algum modo como segue. Se  $A$  é o valor do bem que pode resultar,  $p$  é sua probabilidade ( $p + q = 1$ ), e  $E$  é o valor da “expectativa matemática”, de modo que  $E = pA$ , então “risco” é  $R$ , onde  $R = p(A - E) = p(1 - p)A = pqA = qE$ . Isso pode ser colocado de outro modo:  $E$  mede o sacrifício imediato que deveria ser feito para se obter  $A$ ;  $q$  é a probabilidade de que esse sacrifício seja em vão; então  $qE$  é o “risco”<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Cf. **Silverstein Makes a Huge Profit of the 9/11 Attacks**. Disponível em: <<http://whatreallyhappened.com/WRHARTICLES/silverstein.html>>. Acesso em: 25 set. 2009.

<sup>50</sup> **A treatise on probability**. [s.l.]. Rough Draft Printers, 2008, p. 315.

Observa-se nessa definição que a palavra risco traz sentido natural de perda, algo negativo. No seguro isso é tão forte que o risco materializado recebe o nome de sinistro, não no sentido inocente de esquerdo, mas de “desastre, ruína”<sup>51</sup>. Como diz Keith J. Crocker, “risco é a chance de algo ruim acontecer”<sup>52</sup>.

Na matemática de Keynes, vê-se que risco está diretamente vinculado à probabilidade. É precisamente com base em juízos de probabilidade que se nega a aleatoriedade econômica do seguro<sup>53</sup>. Nas palavras de Paul A. Samuelson,

a companhia de seguros não está apostando, porque o que é imprevisível e sujeito ao acaso para o indivíduo é altamente previsível e uniforme na massa. Se John C. Smith, vinte anos de idade e com boa saúde, viverá por mais 30 anos é problema do acaso, mas a famosa *lei dos grandes números* garante que em 100.000 casos de pessoas com vinte anos de idade e boa saúde uma proporção definida ainda estará viva ao final desse período. A companhia de seguro de vida pode facilmente definir o prêmio de modo a não perder dinheiro<sup>54</sup>.

321

Em outras palavras, a Lei dos Grandes Números garantiria a identificação de padrões com alto índice de precisão de modo que, para a seguradora, a relação cobertura  $\times$  risco não seria aleatória em sua carteira de seguros. Para tanto, basta uma grande amostragem de casos para uma leitura histórica.

<sup>51</sup> Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio século XXI**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000, p. 638, Verbete “Sinistro”.

<sup>52</sup> Risk and Risk Management. In: MEYER, Donald J. (org.). **The economics of risk**. Kalamazoo (Michigan): W.E. Upjohn Institute for Employment Research, 2003, p. 10 (tradução livre).

<sup>53</sup> Cf. TZIRULNIK, Ernesto. Princípio indenitário no contrato de seguro. **Revista dos Tribunais**, v. 759, a. 88, 1999, p. 92 e s.

<sup>54</sup> **ECONOMICS**. 9th edition. New York: McGraw-Hill Book, 1973, p. 425 (tradução livre).

Tal observação é um fato. Porém, como dito acima, aplica-se à operação, não para o contrato de seguro. E mesmo para a operação, a aplicação da Lei dos Grandes Números nem sempre é infalível. O mundo contemporâneo está sujeito a eventos fora do comum, ou *outliers*<sup>55</sup>. São ocorrências com resultados de grandes proporções que, inicialmente, ou não haviam sido previstas, ou imaginava-se que sua chance de materialização era remota.

### 7.2.3.1 Risco e incerteza

No World Trade Center, os prejuízos segurados alcançaram o montante de USD 19 bilhões. Foi uma das maiores perdas da história para a indústria de seguros dos Estados Unidos da América, ficando atrás apenas de grandes furacões como o Katrina<sup>56</sup>. Nenhuma matemática antecipou essa ocorrência. Contudo, tratou-se de sinistro coberto, cabendo às seguradoras pagar indenizações.

Em eventos *outliers* (ou Cisnes Negros, para Nicholas Nassim Taleb), os cálculos de probabilidade de risco não funcionam. Alguém dirá, todavia, que tais eventos são irrelevantes para os cálculos, que tratam apenas do padrão de comportamento de determinada carteira de seguros. O Direito dirá, porém, que irrelevante é precisamente esse padrão, em que tudo se passa como esperado e não há conflitos. Não há crise se o índice de sinistralidade de determinada carteira permanece constante. Já se ele aumenta ou diminui muito, surgem os problemas.

Seria possível dizer, portanto, que para o Direito é de fundamental importância aquilo que, para a matemática, tende a ser descartado: o resquício de aleatoriedade econômica que, apesar do

<sup>55</sup> Para reflexão interessante sobre os *outliers*, cf. GLADWELL, Malcolm. *Fora de série – outliers*. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2008, *passim*.  
<sup>56</sup> GROSSI, Patrícia. Property Damage and Insured Losses from 2001 World Trade Center Attacks. *Peace Economics, Peace Science and Public Policy*. v. 15, issue 2, 2009, p. 1.

avanço de todos os modelos de análise existentes, ainda existe no seguro. Trata-se do campo da **incerteza**, que está além da previsibilidade do **risco**, na dicotomia de Frank H. Knight de que risco é mensurável, enquanto incerteza não:

Parece que a incerteza mensurável, ou “risco” em sentido próprio, como usaremos o termo, é tão diferente da imensurável que não é, de fato, incerteza. Devemos então restringir o termo “incerteza” para os casos do tipo não quantitativo<sup>57</sup>.

A incerteza desconstrói qualquer premissa de racionalidade nos cálculos de probabilidade. Howard Kunreuther e Erwann Michel-Kerjan relatam o comportamento dos seguradores após os ataques de 11 de setembro:

Como consequência imediata do 11 de setembro de 2001, os seguradores americanos se viram com quantidade significativa de exposição ao terrorismo em seu portfólio com limitadas possibilidades de obter resseguro para reduzir perdas decorrentes de um ataque futuro. Os poucos que ofereceram cobertura a seus clientes o fizeram a preços muito altos. Por exemplo, antes de 11/09, o aeroporto O'Hare de Chicago tinha cobertura de USD 750 milhões para terrorismo a um prêmio anual de USD 125 mil. Depois dos ataques terroristas, os seguradores ofereceram somente USD 150 milhões de cobertura a um prêmio anual de USD 6,9 milhões<sup>58</sup>.

Depois do sinistro, os prêmios subiram cinquenta e cinco vezes, enquanto as coberturas diminuíram cinco vezes. Essa revisão das tendências parte da premissa de que, depois de ocorridos os ataques, a chance de haver outros aumenta. Mas onde está a racionalidade disso? Racional não seria imaginar que, após o sinistro, a probabilidade de ele voltar a ocorrer diminui, considerando o reforço do estado de atenção do país e do mundo em relação a movimentações terroristas? O prêmio não deveria, então, ser mais

<sup>57</sup> **Risk, Uncertainty and Profit**. New York: Dover, 2006. p. 19.

<sup>58</sup> Policy Watch: Challenges for Terrorism Risk Insurance in the United States, cit., p. 203.

barato? É esse tipo de crise que os *outliers* causam, mostrando “as severas limitações de nosso aprendizado pela observação ou experiência e a fragilidade do nosso conhecimento”<sup>59</sup>.

Existe alguma maneira de fazer frente a esses eventos? Talvez. Primeiro, é preciso reconhecer que existe margem de aleatoriedade (jurídica e econômica) no seguro, tanto na operação como no contrato. Segundo, deve-se analisar o contrato dentro da categoria dos contratos de duração. Como diz Antígono Donati, “il rapporto assicurativo è infine un rapporto di durata”<sup>60</sup>. Nessa categoria contratual o tempo é fator fundamental, porque suas avenças são feitas para durar. Dessa forma, elas devem ter certa elasticidade que permita sejam adaptadas às alterações de circunstâncias.

Essa adaptação é orientada pela boa-fé, especialmente atuante nos contratos de duração, nos quais reforça as expectativas de confiança e colaboração entre as partes<sup>61</sup>. Será a partir da boa-fé

324 <sup>59</sup> TALEB, Nassim Nicholas. **The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable**. New York: Random House, 2007, p. 17. Alguém poderá dizer que os prêmios devem aumentar porque, então, soube-se que os EUA estavam sujeitos a ataques terroristas. Mas é o conhecimento disso que aumenta o risco, ou o risco sempre existiu antes mesmo do conhecimento? Outra vez se objetará: é verdade que o risco já existia, mas somente agora é possível precificá-lo. Mas vale outra pergunta: se ataques terroristas são fora de padrão, qual é a referência para lhes atribuir preço? Em verdade, não há referências objetivas, pois a noção sobre a possibilidade de ataques nada muda sobre a chance de eles ocorrerem. O próprio Taleb comenta: “Não é estranho ver um evento acontecer precisamente porque ele não deveria ocorrer? Que tipo de defesa nós temos contra ele? Qualquer coisa que você saiba (que Nova Iorque é um alvo fácil para o terrorismo, por exemplo), pode se tornar irrelevante se seu inimigo sabe que você sabe. Pode ser estranho que, em um jogo estratégico, o que você sabe pode ser verdadeiramente irrelevante” (*idem*, p. XIX – tradução livre).

<sup>60</sup> DONATI, Antígono. **Tratatto del diritto delle assicurazioni private**. Milano: Giuffrè, 1954, v. 2, p. 41.

<sup>61</sup> Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Renúncia a direitos contratuais. Dolo e descumprimento dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva por parte do

que as consequências do *outlier* serão redistribuídas para preservar o contrato. Admitindo a premissa de que ambas as partes perdem nesse tipo de evento, é preciso readequar o seguro sob pena de desnaturá-lo. Se a garantia foi estabelecida contra riscos predeterminados, mas o *outlier* é, em essência, indeterminável, o contrato não pode ser cumprido como se o sinistro fosse padrão. Dessa forma, a parte das perdas que não tiver sido precificada no prêmio não terá cobertura por não se tratar de risco, mas sim de incerteza. A quantificação deve ser feita no caso concreto.

### 7.3 Categorias do contrato de seguro no Código Civil

O Código Civil divide o seguro em duas categorias: seguro de coisas e seguro de pessoas<sup>62</sup>. Ainda se discute se é possível tratar ambas as categorias sob o mesmo regime. Para muitos, haveria um dualismo conceitual, uma vez que o seguro de pessoas nem sempre teria a natureza indenizatória do seguro de coisas, compondo por vezes uma reserva de recursos em favor do segurado ou do beneficiário, como no seguro de vida<sup>63</sup>. Ascarelli, que se posiciona a favor do conceito unitário do seguro, argumenta:

beneficiário da renúncia. Não verificação da pressuposição e desaparecimento da base do negócio. Anulabilidade da renúncia e restituição do enriquecimento sem causa. In: **Novos ensaios e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 101.

<sup>62</sup> O art. 3º do Decreto-Lei n. 73, de 21-11-1966, é mais abrangente: “Consideram-se operações de seguros privados os seguros de coisas, pessoas, bens, responsabilidades, obrigações, direitos e garantias”.

<sup>63</sup> Caio Mário da Silva Pereira nomeia os autores que defendem o conceito unitário de seguro em torno do dano e aqueles que sustentam o conceito dualista, que separa pessoa e dano. Conclui, porém, que “predomina em nosso direito positivo o conceito unitário de seguro, segundo o qual há um só contrato, que se multiplica em vários ramos ou subespécies, construídos sempre em torno da ideia de dano (patrimonial ou moral), cujo ressarcimento ou compensação o segurado vai buscar, mediante o pagamento de módicas prestações”. (**Instituições de direito civil: contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 3, p. 453).

Podemos afirmar que, nos contratos de seguro, o âmbito do caráter indenitário é menos claro passando dos ramos de seguros de coisa àqueles de seguros de pessoas ou sobre a vida. Essa diferença, todavia, deriva da característica do dano cujo ressarcimento se pretende e que importa a passagem de uma avaliação concreta e *a posteriori* a uma avaliação abstrata e preventiva. O fundamento do reconhecimento legal do seguro reside, entretanto, sempre na função indenitária, apesar de o direito, dada a igual natureza do risco, admitir, em algumas hipóteses, a possibilidade de uma avaliação abstrata e preventiva do dano<sup>64</sup>.

O debate se alonga, mas não tem lugar neste espaço<sup>65</sup>. Interessaria aqui analisar aspectos dogmáticos do Código Civil para cada categoria de seguro.

### 7.3.1 Prescrição

As regras do Código Civil para prescrição do seguro estão contidas no art. 206, § 1º, II, e § 3º, IX. A primeira trata da prescrição da pretensão do *segurado* contra o segurador, e deste contra aquele. A segunda trata do *beneficiário* e do *terceiro prejudicado*.

A redação do art. 206, § 3º, IX, exige reflexão ao dizer que prescreve em três anos “a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório”. A parte final relativa ao seguro de responsabilidade civil obrigatório refere-se tanto a beneficiário como

<sup>64</sup> Sul concetto unitario del contratto di assicurazione *in op. cit.*, p. 391 (tradução livre).

<sup>65</sup> Serpa Lopes, por exemplo, adota a visão dualista do seguro. Para ele, o seguro de bens é um “seguro de dano por excelência”, enquanto o de vida é um “seguro de soma”. E completa: “A soma é devida ainda que a morte não acarrete qualquer dano. No seguro de bens, a ideia de indenização é absoluta; no de vida, a ideia de indenização toma um aspecto relativo, não dependendo do cálculo dos danos” (*op. cit.*, p. 387).

a terceiro prejudicado, ou somente a este? Ou, de outro modo, quando não se tratar desse tipo de seguro não se aplicará o prazo de três anos, mas sim o prazo geral de dez anos do art. 205 do Código Civil? Não.

A norma trata, em verdade, de duas situações: a do beneficiário de qualquer seguro e a do terceiro prejudicado em relação ao seguro de responsabilidade civil obrigatório. Não fosse assim, haveria incongruência clara em seguros como o de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre (DPVAT). Nele, terceiro prejudicado e beneficiário podem ser a mesma pessoa<sup>66</sup>. Não faria sentido a lei usar dois nomes para a mesma pessoa.

É, portanto, preciso separar. Prescreve em três anos a pretensão de beneficiário de qualquer seguro e, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório, a pretensão do terceiro prejudicado.

### 7.3.2 Seguro de dano

#### 7.3.2.1 Valor da indenização

O art. 778 do Código Civil ocupa-se do contrato de seguro geneticamente (formação). Pela norma, no seguro de dano a garantia não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão da avença. Já o art. 781 trata do negócio funcionalmente (execução). Dispõe que a indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, respeitado o limite máximo de garantia da apólice.

Ainda na vigência do Código Civil de 1916 discutiu-se: havendo perda total do bem, a seguradora pode pagar ao segurado apenas o valor de mercado do mesmo na época do sinistro ou deve

<sup>66</sup> Exemplo de um transeunte não proprietário de automóvel que é atropelado por um carro. As partes do DPVAT são o dono do veículo e uma seguradora, sendo o pedestre o terceiro prejudicado e beneficiário da indenização.

levar em conta o valor do momento da contratação? O Superior Tribunal de Justiça tem julgados no sentido de que

à luz do Código Civil de 1916, em caso de perda total, a indenização securitária a ser paga pela seguradora deve tomar como base a quantia fixada na apólice, sobre a qual é cobrado o prêmio, independentemente da existência de cláusula prevendo o contrário, salvo se a seguradora, antes do evento danoso, tiver postulado a redução da indenização<sup>67</sup>.

Há outra decisão ainda mais incisiva:

CIVIL. SEGURO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE VEÍCULO. PERDA TOTAL. VALOR SEGURADO. APÓLICE. CC, ARTS. 1.462 E 1.438.

I. O seguro deve ser pago pelo valor atribuído ao bem contratado pelas partes, em relação ao qual o prêmio foi pago, quando a companhia seguradora não se vale da faculdade prevista no art. 1.438 do Código Civil para reduzir eventual distorção na estimativa do veículo.

II. Injustificável, portanto, o afastamento do preceito contido no art. 1.462 da lei substantiva, ao argumento de que o veículo, que era novo, teve seu valor reduzido pelo uso, de acordo com o mercado, situação que, por ser comum, tornaria, sempre, meramente figurativo o montante fixado na apólice respectiva.

III. Pacificação da matéria pela 2ª Seção do STJ (REsp 176.890/MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, por maioria, jul. em 22.09.99).

IV. Recurso especial não conhecido<sup>68</sup>.

Em resumo, as decisões pontuam que, se na apólice havia valor determinado de cobertura, as indenizações deveriam ser por esse valor em caso de perda total do bem, pois o prêmio teria sido

<sup>67</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 327.515/RS. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. J. em: 15-5-2003. DJ 23-6-2003, p. 374.

<sup>68</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 217805/SC. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. J. em: 17-8-2000. DJ 9-10-2000, p. 153.

cobrado sobre aquele montante. Os fundamentos para essa conclusão estariam nos arts. 1.438 e 1.462 do Código revogado:

Art. 1.438. Se o valor do seguro exceder ao da coisa, o segurador poderá, ainda depois de entregue a apólice, exigir a sua redução ao valor real, restituindo ao segurado o excesso do prêmio; e, provando que o segurado obrou de má-fé, terá direito a anular o seguro, sem restituição do prêmio, nem prejuízo da ação penal que no caso couber.

Art. 1.462. Quando ao objeto do contrato se der valor determinado, e o seguro se fizer por este valor, ficará o segurador obrigado, no caso de perda total, a pagar pelo valor ajustado a importância da indenização, sem perder por isso o direito, que lhe asseguram os arts. 1.438 e 1.439.

No Código de 1916, o valor da cobertura vinculava o da indenização. Em tese, a garantia podia superar o valor do bem, cabendo à seguradora, se quisesse, exigir redução do *quantum* coberto e devolver o excesso de prêmio ao segurado. Se assim não procedesse, ficaria obrigada pelo valor definido no contrato, ainda que superior ao da coisa.

Há nisso uma confusão entre prêmio, cobertura e indenização, que foi corrigida na lei em vigor. O prêmio determina apenas a cobertura, e não a indenização. Em caso de sinistro parcial, não há devolução do prêmio, pago pela cobertura toda, mesmo que a indenização seja inferior ao máximo previsto na apólice. Ou seja, o valor da indenização não está relacionado diretamente ao valor do prêmio, mas à extensão da perda.

Essa reflexão é, inclusive, intertemporal. A relação cobertura x prêmio estabelece-se na gênese do contrato. Já o pagamento da indenização, que é eventual, ocorre na execução da avença e depende da extensão do prejuízo. É por isso que o Código Civil de 2002 trata de cobertura em um artigo (778) e de indenização em outro (781). São momentos distintos do seguro.

Atualmente, mesmo que a *cobertura* indique um valor determinado, a *indenização* nunca poderá superar o valor do interesse no

momento do sinistro. Se o seguro de automóvel indicou R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), mas o furto ocorreu quando ele valia R\$ 63.000,00 (sessenta e três mil reais), é esta última quantia que será indenizada. Não importa que o prêmio tenha sido estabelecido sobre R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), pois isso dá apenas a medida da cobertura (sinalagma genético). O que referencia a indenização é o valor do prejuízo (aleatoriedade funcional).

Se o segurado receber mais do que perdeu, enriquecerá sem causa. Então alguém dirá: se ele pagou prêmio sobre o valor maior, deve receber sobre esse valor. Errado. A contraprestação ao prêmio maior está no simples oferecimento da cobertura pelo segurador, nada tendo que ver com a indenização. O segurado paga pela garantia do risco, não pela reparação do dano. Risco vem antes, dano depois. O risco tem um preço estimado, o dano tem um valor comprovado. Indeniza-se sempre, e no máximo, o valor do prejuízo.

330

O Código Civil de 2002 cria, porém, situações intrigantes. O art. 783 prevê: “Salvo disposição em contrário, o seguro de um interesse por menos do que valha acarreta a redução proporcional da indenização, no caso de sinistro parcial”. Pergunta-se: é possível dispor em contrário para que a indenização não seja diminuída em caso de sinistro parcial? Parece que não. A regra deve ser interpretada em conjunto com o art. 781, que limita a indenização ao valor do prejuízo. Assim, o que se pode dispor em contrário refere-se à proporcionalidade da redução da indenização. Ou seja, em caso de sinistro parcial, pode-se definir que a diminuição da indenização não será proporcional. Nunca poderá, porém, superar o efetivo valor da perda.

### 7.3.2.2 Cessão do contrato

Conforme o art. 785 do Código Civil, “salvo disposição em contrário, admite-se a transferência do contrato a terceiro com a alienação ou cessão do interesse segurado”. O § 1º desse artigo

trata da eficácia da transferência do seguro perante a seguradora em caso de o instrumento contratual ser nominativo, exigindo que esta seja notificada por escrito assinado pelo cedente e pelo cessionário.

O Superior Tribunal de Justiça, todavia, tem julgados que obrigam a seguradora a pagar indenização ao terceiro cessionário do contrato mesmo sem aquela notificação:

CIVIL. SEGURO FACULTATIVO. TRANSFERÊNCIA DE VEÍCULO. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO À SEGURADORA.

A só e só transferência de titularidade do veículo segurado sem comunicação à seguradora não constitui agravamento do risco. Na hipótese, como retratado pela decisão recorrida, não houve má-fé por parte do anterior e do atual proprietário do veículo no que seja atinente à sua transferência, não tendo havido, objetivamente, ofensa aos termos do contrato, pois ausente qualquer comprovação de que a transferência se fizera para uma pessoa inabilitada, seja técnica ou moralmente. Descabe a aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 538/CPC, se não há, como no caso, intenção protelatória. Recurso conhecido e parcialmente provido<sup>69</sup>.

331

Assim, a discussão sobre a eficácia da cessão do seguro em relação à seguradora tem sido concentrada no risco: a indenização deixa de ser devida apenas se este for agravado com a transferência da apólice.

Também sobre a cessão do seguro dispõe o § 2º do art. 785 do Código Civil: “A apólice ou o bilhete à ordem só se transfere por endosso em preto, datado e assinado pelo endossante e pelo endossatário”. A norma reforça as palavras de Pontes de Miranda:

<sup>69</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 188.694/MG. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. J. em: 18-4-2000. DJ 12-6-2000, p. 114. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 600.788/SP. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. J. em: 25-9-2006. DJ 30-10-2006, p. 293.

“A apólice de seguro sempre foi, no direito brasileiro, título de crédito. O fato mesmo da ligação do seguro à mercadoria segurada sugeria que a circulação da apólice de seguro acompanhe a circulação da mercadoria”<sup>70</sup>.

Diante da natureza cartular da apólice, a palavra endosso tem dois sentidos no seguro: (a) mecanismo de modificação do contrato e (b) ato cambial de transferência deste a terceiros. O endosso “modificativo” é bastante comum para ajustes como alteração do endereço do segurado, adaptação da cobertura a pequenas mudanças no perfil de risco etc., e pode ocorrer tanto em seguro de coisas quanto de pessoas. O endosso “translativo”, por sua vez, cabe apenas nas apólices ou bilhetes à ordem nos seguros de coisa.

### 7.3.2.3 Seguro de responsabilidade civil

O art. 787 do Código Civil estatui: “No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro”. Dessa forma, o segurador somente teria de efetuar pagamentos após a condenação do segurado e a indenização seria paga a este, como reembolso.

Debata-se sobre a possibilidade de ação direta do terceiro prejudicado em face da seguradora. No REsp 228.840/RS, o Ministro Ari Pargendler, relator, decidiu que “nos seguros de bens terrestres, todavia, prevalece o princípio da relatividade dos contratos, salvo cláusula expressa em contrário”. Assim, negou a possibilidade de o terceiro processar diretamente a seguradora. Restou, porém, vencido, como mostra a ementa:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DIRETAMENTE PROPOSTA CONTRA A SEGURADORA. ILEGITIMIDADE.

1. Pode a vítima em acidente de veículos propor ação de indenização diretamente, também, contra a seguradora, sendo irrelevan-

<sup>70</sup> Op. cit., t. 45, p. 333.

te que o contrato envolva, apenas, o segurado, causador do acidente, que se nega a usar a cobertura do seguro.

2. Recurso especial não conhecido<sup>71</sup>.

A discussão perde força diante do art. 788 do Código Civil de 2002, norma sem correspondência no Código de 1916: “Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado”. Leitura *a contrario sensu* da regra fixa conclusão de que, nos seguros de responsabilidade não obrigatórios (= facultativos), a indenização não será paga pelo segurador ao terceiro prejudicado, mas sim ao segurado. Dessa forma, o terceiro não pode acionar diretamente o segurador.

Essa interpretação não contraria decisões anteriores do Superior Tribunal de Justiça. Simplesmente se pauta em novidade legislativa. Com o art. 778 do Código Civil vigente, a lide fica restrita entre segurado e segurador. Este pode ser litisdenunciado em demanda movida pelo terceiro prejudicado, mas não processado diretamente por ele. Já há decisões nesse sentido no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DIRETA DA VÍTIMA CONTRA A SEGURADORA. SEGURO VOLUNTÁRIO. INADMISSIBILIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO DESPROVIDO.

O seguro de responsabilidade civil não é, efetivamente, estipulação em favor de terceiro, mas em favor do segurado que, por força do contrato, poderá exigir da seguradora a recomposição das perdas decorrentes de eventual obrigação de indenizar a vítimas, em relação às quais seja reconhecida a sua responsabilidade civil. Obrigase a seguradora, por força do contrato, a indenizar o segurado e

<sup>71</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 228.840/RS. Relator: Ministro Ari Pargendler. J. em: 26-6-2000. DJ 4-9-2000, p. 150.

não a vítima. Se o segurado não se reconhece como causador do dano e, por isso, recusa a indenização, não pode a vítima superar, ou contornar, esta resistência dirigindo a ação diretamente contra a seguradora por ele contratada. O contrato de seguro faz nascer em favor do segurado um direito subjetivo de exigir as obrigações dele decorrentes que só ele está legitimado a exigir. A contratação de um seguro facultativo não pode dar ensejo à substituição da manifestação de vontade do segurado, pela seguradora que, vencida na demanda que lhe tenha sido dirigida pela vítima, indenizará aquela em relação à qual o segurado não reconhece o direito à reparação. Diversa é a hipótese nos seguros obrigatórios, exatamente porque todos serão indenizados, independentemente da investigação da culpa<sup>72</sup>.

### 7.3.3 Seguro de pessoa

No seguro de pessoa não há limite de cobertura, podendo ser contratado mais de um seguro sobre o mesmo interesse, nos termos do art. 789 do Código Civil. Restrição importante há, porém, no seguro sobre a vida de outros: o proponente é obrigado a declarar, sob pena de falsidade, seu interesse na preservação da vida do segurado, conforme o art. 790. O parágrafo único dessa norma cria presunção *iuris tantum* da existência de interesse quando o segurado é cônjuge, ascendente ou descendente do proponente<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação s/ Revisão 111.025-2/0/6. 36ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Desembargador Pedro Baccarat. J. em: 25-10-2007. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cpo/sg/search.do?&cbPesquisa=NUMPROC&cdForo=990&dePesquisa=111025>>. Acesso em: 22 set. 2010. No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação 081724-8. 36ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Desembargador Dyrceu Cintra. J. em: 17-9-2009.

<sup>73</sup> Note-se que não há referência a companheiro. É possível questionar se o Código Civil o equiparou ao cônjuge no contrato de seguro. Se as duas figuras estivessem mesmo equiparadas, não seria necessário o art. 793, que autorizou especificamente a instituição de companheiro como beneficiário do seguro.

Importa lembrar que as regras do seguro de pessoa não se aplicam à garantia do reembolso de despesas hospitalares ou de tratamento médico, nem ao custeio das despesas de luto e de funeral do segurado (art. 802 do Código Civil). Tais eventos estão mais próximos do seguro de coisa por representarem perdas de natureza eminentemente patrimonial.

#### 7.3.3.1 O beneficiário

O art. 791 prevê que o beneficiário do seguro de pessoa pode ser substituído se o segurado não renunciar a essa faculdade e se o seguro não tiver como causa declarada a garantia de alguma obrigação. Causa deve ser entendida aqui precisamente como a função social do seguro, ou seja, seu objetivo concreto. O beneficiário, credor da obrigação, não pode ser substituído por simples vontade do devedor, pois isso significaria redução arbitrária da garantia ao crédito.

A substituição do beneficiário deve ser notificada ao segurador (parágrafo único do art. 791). Não pode ser presumida, dependendo de manifestação expressa do segurado:

SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS. BENEFICIÁRIO DESIGNADO NA APÓLICE - RECURSO PROVIDO.

Quando a apólice designa nominalmente o beneficiário, é claro que só em proveito deste se fez o contrato. A substituição do favorecido não pode ser presumida reclamando, pelo contrário, ato positivo de vontade do segurado<sup>74</sup>.

O companheiro pode ser instituído como beneficiário se na conclusão do contrato de seguro o segurado era separado judicial-

<sup>74</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão n. 781205100. 26ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Desembargador Renato Sartorelli. J. em: 22-8-2005. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cpo/sg/show.do?jsessionid=E7ED2481C687685A5EE069E0EE72A60C?processo.foro=990&processo.codigo=RK000D46N0000&cdForo=990&cdComarca=-1>>. Acesso em: 23 set. 2010.

mente ou estava separado de fato (art. 793). Em relação ao concubino, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela impossibilidade de instituição como beneficiário:

DIREITO CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. CONTRATOS, FAMÍLIA E SUCESSÕES. CONTRATO DE SEGURO INSTITUÍDO EM FAVOR DE COMPANHEIRA. POSSIBILIDADE.

É vedada a designação de concubino como beneficiário de seguro de vida, com a finalidade assentada na necessária proteção do casamento, instituição a ser preservada e que deve ser alçada à condição de prevalência, quando em contraposição com institutos que se desviem da finalidade constitucional (...) <sup>75</sup>.

### 7.3.3.2 Seguro, dívidas e herança

O art. 794 do Código Civil é claro: “No seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito”. Ou seja, valor pago pela seguradora não pode ser penhorado nem integra o espólio do *de cujus* <sup>76</sup>:

LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO CUMULADA COM COBRANÇA. IMPENHORABILIDADE DAS VERBAS DECORRENTES DO CONTRATO DE SEGURO DE VIDA.

As verbas oriundas de contrato de seguro de vida e acidentes pessoais são impenhoráveis, uma vez que a função desta espécie de seguro é criar um fundo alimentar ao segurado ou ao beneficiário. Recurso improvido <sup>77</sup>.

<sup>75</sup> BRASIL. Recurso Especial n. 104.753-8/RS. Relatora: Ministra Nancy Andri-ghi, Brasília. J. em: 4-11-2008, **DJ** 10-12-2008.

<sup>76</sup> Cf. ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de. Seguro de vida não é herança. **Jornal da Tarde**, Opinião, 17-7-2009. Disponível em: <<http://www.jt.com.br/edito-rias/2009/07/17/opi-1.94.8.20090717.1.1.xml>>. Acesso em: 23 set. 2010.

<sup>77</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 1240579007. 34ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Desembargador Gomes Varejão. J. em: 16-3-2009.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SEGURO DE VIDA CONTRATADO PELO *DE CUJUS* - CAPITAL DO SEGURO. LEVANTAMENTO PELO BENEFICIÁRIO. POSSIBILIDADE. VALOR QUE NÃO INTEGRA O PATRIMÔNIO DO ESPÓLIO. RECURSO PROVIDO. O capital do seguro de vida não constitui herança para os efeitos de direito, não integrando, portanto, o patrimônio do espólio <sup>78</sup>.

### 7.3.3.3 Não pagamento do prêmio

Ao contrário do que ocorre no seguro de coisas, no seguro de vida individual o inadimplemento em relação ao prêmio não autoriza o segurador a executar o contrato, nos termos do art. 475 do Código Civil. Resta-lhe resolver a avença, restituindo a reserva já formada, ou reduzir o capital garantido na proporção do prêmio já pago, conforme disposto no contrato, nos termos do parágrafo único do art. 796 daquele Código:

Em qualquer hipótese, no seguro individual, o segurador não terá ação para cobrar o prêmio vencido, cuja falta de pagamento, nos prazos previstos, acarretará, conforme se estipular, a resolução do contrato, com a restituição da reserva já formada, ou a redução do capital garantido proporcionalmente ao prêmio pago.

Essa regra é vista como espécie de direito de desistência do segurado em relação ao seguro de vida individual: “O parágrafo único do mesmo artigo determina como que uma potestativa prerrogativa de desistência para o segurado, quando o seguro de vida seja contratado de forma individual” <sup>79</sup>. Note-se, contudo, que a consequência do inadimplemento – resolução do contrato ou

<sup>78</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 6120964900. 3ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Desembargador Jesus Lofrano. J. em: 28-4-2009.

<sup>79</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Código civil comentado**. Coord. Ministro César Peluso. São Paulo: Manole, 2007, p. 668.

redução do capital garantido – já estará regulada desde a formação da avença, não havendo opção do segurado por uma ou outra durante a execução dela. Dessa forma, o não pagamento do prêmio apenas acionará a cláusula contratual pertinente.

Vale observar que o parágrafo único do art. 796 do Código Civil não se aplica para os seguros de vida em grupo, que são estruturados em regime financeiro de repartição, não se admitindo restituição de prêmio:

Tratando-se de contrato de seguro de cobertura estruturada no regime financeiro de repartição, não há direito a resgate ou devolução de quaisquer prêmios pagos, tanto assim que não estipulada restituição da reserva já formada ou a redução do capital garantido proporcionalmente ao prêmio pago. Ademais, em contrato de seguro, impossível é a devolução das quantias pagas, tendo em vista ser típico contrato de risco, correndo a seguradora o risco da ocorrência do sinistro durante a vigência do contrato de seguro, como é próprio dos contratos aleatórios<sup>80</sup>.

#### 7.3.3.4 Seguro e suicídio

O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso (art. 798 do Código Civil). Ocorrendo suicídio nesse período, o segurador tem de entregar ao beneficiário o montante da reserva técnica formada (art. 798 c/c o parágrafo único do art. 797).

A situação é análoga à de uma carência, que não pode, porém, ter duração superior àqueles dois anos. Ou seja, é nula a cláusula

<sup>80</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão n. 1179914-0/4. 32ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Desembargador Kioitsi Chicuta. J. em: 3-7-2008. No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão n. 1135425-0/0. 34ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Desembargador Rosa Maria de Andrade Nery. J. em: 2-2-2009.

que exclui o pagamento do capital para suicídio ocorrido depois de dois anos da vigência do seguro (art. 798, parágrafo único).

Com essas regras é preciso rever as Súmulas 105 do Supremo Tribunal Federal e 61 do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente: “Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro” e “O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado”<sup>81</sup>. Nos dias de hoje, a cobertura somente permanecerá se o suicídio ocorrer após a carência legal. Dentro do prazo de dois anos, o beneficiário não terá direito ao capital estipulado, tenha ou não havido premeditação do segurado.

Essa conclusão fica mais firme quando se compara o Código Civil em vigor com o Código de 1916. Neste, o art. 1.440 dispunha: “A vida e as faculdades humanas também se podem estimar como objeto segurável, e segurar, no valor ajustado, contra os riscos possíveis, como o de morte involuntária, inabilitação para trabalhar, ou outros semelhantes”. E no parágrafo único: “Considera-se morte voluntária a recebida em duelo, bem como o suicídio premeditado por pessoa em seu juízo”.

Assim, na lei revogada, o seguro de pessoas cabia para morte involuntária, mas não para a voluntária, caso do suicídio premeditado. Diante disso, formou-se entendimento de que o beneficiário somente perderia o capital estipulado se fosse demonstrada a premeditação do segurado suicida.

No Código Civil vigente, porém, não há qualquer referência à premeditação. O art. 798 simplesmente libera o segurador de pagar o capital em caso de suicídio no período de carência, inde-

<sup>81</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 105, de 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=105.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 23 set. 2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 61, 2ª Seção. J. em: 14-10-1992, DJ 20-10-1992, p. 18382.

pendentemente da intenção do segurado. Como a lei não excepciona, não cabe ao intérprete excepcionar:

O art. 798 do Código Reale, no sentido de estabelecer um prazo de carência objetivo e legal de dois anos, dentro do qual, se ocorrido o suicídio, não haverá a cobertura securitária, sem identificar qualquer distinção acerca das condições em que cometido o desvario, se voluntária ou involuntariamente, veio justamente para superar essa diferenciação, a bem da segurança jurídica, como apropriadamente anotado pelo ilustre magistrado Cláudio Luiz Bueno de Godoy, ao comentar com maestria o citado artigo na obra **Código Civil Comentado**, ed. Manole, figurando como coordenador jurídico o eminente Ministro Cezar Peluso. Daí por que, se a lei não faz distinção, não caberia ao intérprete fazê-la, certo que a superada Súmula n. 105 do STF, invocada pela apelada e editada sob a égide do Código Civil de 1916, perdeu seus efeitos nos contratos firmados após a entrada em vigor do novo Estatuto<sup>82</sup>.

Vista a lógica e a dogmática do contrato de seguro (ato), passa-se ao estudo da operação de seguro (atividade).

340

## 7.4 A operação de seguro

### 7.4.1 Aversão e propensão a risco

Os indivíduos comportam-se de maneiras diversas ao tomar decisões em situações de risco. Os comportamentos são determinados pelas projeções individuais acerca da ocorrência ou incoor-

<sup>82</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão n. 1096154-0/6. 29ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Desembargador Francisco Thomaz. J. em: 3-6-2009. Contudo, há julgados que ainda aplicam o raciocínio do Código Civil de 1916. Cf., por exemplo: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 992.08.049936-7. 29ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Juiz Reinaldo Caldas. J. em: 16-9-2009. Disponível em: <http://esaj.tj.sp.gov.br/cpo/sg/search.do?&cbPesquisa=NUMPROCC&cdForo=990&dePesquisa=992080499367>. Acesso em: 28 set. 2010.

rência de um evento futuro, as quais são norteadas pelo instinto de autopreservação, pelas experiências individuais, pelo compartilhamento de experiências com terceiros, pelas oportunidades e/ou pelas predisposições psíquicas de cada um.

Em regra, o ser humano foi como que programado para evitar situações de perigo, podendo ser classificado como “averso a risco”<sup>83</sup>. Tal característica, embora predominante, não é universal. Em situações específicas é possível observar indivíduos propensos a assumir riscos<sup>84</sup>. Nas decisões com consequências financeiras, a aversão a risco é mais evidente. Nesse contexto, dois aspectos fundamentais devem ser ressaltados.

Em primeiro lugar, a aversão e a predisposição a risco são orientadas pela possibilidade de ganhos e perdas pecuniárias projetadas por indivíduos diante de dados cenários. Por um lado, indivíduos tendem a atribuir maior peso às situações de perda que as de ganho: perder muito tem peso negativo maior que o valor positivo de elevado ganho<sup>85</sup>. Por outro lado, visando ao recebimento de prêmios por assumir riscos, alguns indivíduos expõem-se mais.

O segundo aspecto é a percepção de que, à medida que o indivíduo se torna mais rico, menor é o seu grau de aversão a risco<sup>86</sup>. Esta conclusão resulta, em parte, do primeiro aspecto, já que a percepção individual de perda tende a ser menor quanto maior for o patrimônio de uma pessoa. Assim, o grau de exposição a risco de cada indivíduo funda-se muito mais em uma questão de incentivos e desincentivos que em uma predisposição natural ou biológica.

341

<sup>83</sup> A doutrina tradicional utiliza-se da expressão “averso a risco”, da qual sutilmente nos afastamos para adotar o conceito de aversão, que tem forma mais intuitiva.

<sup>84</sup> Para uma análise mais ampla sobre aversão/neutralidade/propensão a risco e tomada de decisões, cf. KREPS, David M. **Microeconomics for managers**. New York: Norton, 2007, p. 367.

<sup>85</sup> PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomics**. 5. ed. Trad. Eleutério Prado. New Jersey: Prentice Hall, 2002, p. 154-157.

<sup>86</sup> KREPS, David M. *Op. cit.*, p. 378-379.

É possível que, para certo indivíduo, estacionar em área de “zona azul” sem a utilização do tíquete seja um risco aceitável, sendo incogitável para ele, no entanto, deixar seu veículo sem seguro estacionado em uma rua deserta em São Paulo.

Nos exemplos acima, a ponderação do risco é bastante evidente, baseada fundamentalmente no valor da multa de trânsito e no preço de mercado do veículo, de modo que a probabilidade de perda desses valores tende a ser subestimada no caso da “zona azul” e superestimada na hipótese da rua deserta<sup>87</sup>.

Talvez o indivíduo assumisse, por outro lado, o risco da rua deserta na hipótese de o prejuízo decorrente do roubo do veículo ser para ele relativamente pequeno, como é o da multa da “zona azul”. Conclui-se que, independentemente do grau de aversão ao risco daquele indivíduo, sua predisposição a assumi-lo será tão maior quanto menor o preço que virtualmente tiver que pagar por isso. Ou seja, diante de um risco substancial, a possibilidade de fragmentação das perdas potenciais “encoraja” a sua assunção pelos indivíduos, ainda que sejam aversos a risco.

#### 7.4.2 Distribuição de risco

A engenhosidade humana desenvolveu, no contexto das relações privadas, importantes mecanismos que possibilitam essa fragmentação de perdas potenciais, ou seja, que permitem a distribuição de riscos entre sujeitos com diferentes graus de propensão

<sup>87</sup> Indivíduos tendem a superestimar irracionalmente as pequenas probabilidades em cenários de exposição a grandes perdas. Para maiores detalhes, cf. KAHNEMANN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect Theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, mar., 1979, p. 263-292. Em sentido contrário, cf. SLOVIC, Paul; FISCHHOFF, Baruch; LICHTENSTEIN, Sarah; CORRIGAN, Bernard; COMBS, Barbara. Preference for Insuring against Probable Small Losses: Insurance Implications. *The Journal of Risk and Insurance*, v. 44, n. 2, jun. 1977, p. 237-258.

a risco. O traço mais característico comum a todas essas ferramentas está na possibilidade de precificação do risco de modo a viabilizar sua distribuição segundo mecanismos de oferta e demanda<sup>88</sup>.

Dentre tais mecanismos, destacam-se (a) as diversas formas de associações entre indivíduos para a realização de determinada empreitada, (b) a distribuição de ações no mercado por empresas abertas<sup>89</sup>, (c) os derivativos, como ferramenta proteção de operações e (d) os contratos de seguros, estes objeto deste capítulo.

##### 7.4.2.1 Distribuição primária de risco: o seguro e o cosseguro

No contrato de seguro não há assunção do risco da atividade do segurado pelo segurador. O que existe é garantia negocial de que determinados prejuízos relativos a riscos cobertos podem ser indenizados. Do ponto de vista do segurado, ocorre eliminação ou mitigação (às vezes a compensação, conforme o tipo de contrato) das consequências da materialização do risco<sup>90</sup>. O contrato de seguro, portanto, permite ao segurado a substituição de um custo potencial que lhe é imprevisível ou de previsibilidade complexa – o custo do sinistro – por um custo de valor fixo, denominado prêmio<sup>91</sup>.

Note-se, porém, que do ponto de vista de cada contrato individualizado de seguro não faria sentido que o segurador se dispusesse a pagar indenizações que podem chegar a centenas de

<sup>88</sup> Indivíduos propensos a risco vendem sua capacidade de absorção de risco.

<sup>89</sup> O mercado de capitais é meio de obtenção de liquidez financeira pelas empresas, ou seja, possibilita-lhes ter “dinheiro na mão” para transações correntes, em antecipação de lucros a serem auferidos futuramente. Outro viés desse mercado, raras vezes abordado, é exatamente a possibilidade de diluição de risco. Cf. KREPS, David M. *Op. cit.*, p. 406-407.

<sup>90</sup> RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. **Regulação da atividade seguradora privada**. Tese de Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 67.

<sup>91</sup> *Idem*, p. 199.

vezes o valor do prêmio simplesmente por possuir maior propensão a riscos. É no âmbito da contratação em massa que essa atividade ganha sentido<sup>92</sup>.

Mediante o cálculo atuarial, baseado no tratamento estatístico dos riscos assumidos em cada contrato, é possível ao segurador calcular com alto grau de confiabilidade a probabilidade de conversão dos riscos assumidos em efetivos sinistros e, com isso, antever o valor do capital que será obrigado a despende<sup>93</sup>. Feita essa análise, determina-se o valor do prêmio cobrado de cada segurado, incorporando-se a este valor os custos operacionais e determinada margem de lucro<sup>94</sup>.

A capacidade de assunção de riscos por um segurador orienta-se pela análise do grau de risco assumido e pela projeção de cenários. A partir disso estabelece-se, dentro de padrões técnicos, limites de exposição a serem adotados pelo segurador. A observância desses limites assegura, em situações normais, a higidez econômico-financeira do segurador.

Além da limitação autônoma do grau de absorção de risco, fundada em cálculos atuariais próprios do segurador, este está sujeito a regras impostas pelos órgãos reguladores estatais, que também limitam seu grau de retenção de risco.

<sup>92</sup> *Idem, ibidem*, p. 73.

<sup>93</sup> Vale uma ressalva. O cálculo atuarial depende de amostragem ampla, ou seja, da ocorrência reiterada de determinado tipo de sinistro em certo campo de estudo. Sem essa amostragem, não há o que calcular. Além disso, mesmo nessa amostragem não se pode esquecer dos eventos *outliers*, não captados pela matemática.

<sup>94</sup> O lucro não é, entretanto, inerente ao contrato de seguro, como se verifica no caso das sociedades cooperativas. No Brasil, embora o Decreto-Lei n. 73/66, que regula as sociedades seguradoras, permita a formação de sociedades cooperativas, o mercado segurador concentra-se quase exclusivamente nas sociedades seguradoras constituídas como sociedades anônimas (RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Op. cit.*, p. 59-65).

O Decreto-Lei n. 73/66 estabelece critérios finalísticos que passaram a servir de norte à atividade securitária, congregados na "política de seguros privados" (art. 5º), voltada precipuamente (a) à promoção da expansão do mercado de seguros e criação das condições operacionais necessárias para sua integração no processo econômico e social do país, (b) ao combate à evasão de divisas, pelo equilíbrio do balanço dos resultados do intercâmbio de negócios com o exterior, (c) à criação do princípio da reciprocidade em operações de seguro, condicionando a autorização para o funcionamento de empresas e firmas estrangeiras à igualdade de condições no país de origem, (d) à promoção do aperfeiçoamento das sociedades seguradoras, (e) à preservação da liquidez e solvência das sociedades seguradoras e (f) à coordenação da política de seguros com a política de investimentos do governo federal, observados os critérios estabelecidos para as políticas monetária, creditícia e fiscal.

Em suma, o sistema de distribuição/assunção de riscos pelos seguradores, atividade essencial para a reprodução do sistema econômico, deve ser viável financeiramente para atrair agentes econômicos e apresentar restrições visando à sua higidez interna e à harmonização com os objetivos da política macroeconômica do Estado brasileiro.

À margem do controle externo, impôs-se ao sistema segurador a criação de determinados mecanismos internos de redistribuição dos riscos como forma de garantir o atendimento ao trinômio adequação social/rentabilidade/segurança. Entre esses mecanismos estão o cosseguro, o resseguro e a retrocessão.

O cosseguro consiste na distribuição de cotas de um risco entre dois ou mais seguradores, sem solidariedade entre eles e com a anuência do segurado<sup>95</sup>. Com isso, os seguradores obrigam-se a ressarcir eventual prejuízo do segurado em proporção à quota de

<sup>95</sup> Lei Complementar n. 126/2007, art. 2º, § 1º, II.

risco que assumiram, ainda que através de um único contrato de seguro para todos os cosseguradores<sup>96</sup>.

Trata-se de evidente mecanismo de redução de risco sistêmico, pautado na relação negocial entre seguradores. Cada cossegurador responde perante o segurado por parcela do risco, diluindo-o. Por este mecanismo, é possível uniformizar riscos de uma carteira e evitar que a ocorrência de um sinistro seja demasiadamente gravosa a apenas um segurador. Merecem destaque a não solidariedade da obrigação (quotização) dos cosseguradores e a necessidade de anuência do segurado no cosseguo. Sem a quotização de responsabilidade entre os cosseguradores, o cosseguo seria ineficiente do ponto de vista da distribuição de risco – e da ampliação da capacidade de retenção de risco pelo segurador –, pois o segurado poderia demandar a totalidade de eventual indenização em face de cada cossegurador.

O art. 2º, § 1º, II, da Lei Complementar n. 126/2007 prevê a necessidade de anuência do segurado para a distribuição de risco via cosseguo. Ou seja, somente haverá cosseguo se o segurado consentir. Assim, a lei imputa-lhe a decisão sobre a forma de fracionamento da sua álea, dando-lhe a opção de obter cobertura de mais de um segurador. Inexiste imposição legal de contemporaneidade de participação dos cosseguradores na indenização de um sinistro. O cosseguo é ferramenta dinâmica de distribuição de riscos, sendo possível admitir-se a quotização posterior das áleas entre os cosseguradores.

A contratação da cobertura de um risco em cosseguo ocorre, em regra, quando este risco representa potenciais perdas em valores muito elevados. O cosseguo, neste caso, possibilita a divisão do risco entre dois ou mais seguradores, reduzindo a probabilidade de que um sinistro não seja indenizado pela falta de capacidade

<sup>96</sup> Decreto n. 60.459/67, art. 5º. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, t. 45, p. 289.

financeira individual de um único segurador. No caso das Torres Gêmeas, o risco estimado em US\$ 7,2 bilhões (ou US\$ 3,6 bilhões, vide item 7.1) foi tomado em cosseguo por mais de vinte companhias de seguro<sup>97</sup>.

Nos termos do art. 778 do Código Civil, nos seguros de danos em que o montante segurado exceder o valor do interesse segurado deve-se reduzir proporcionalmente o valor das quotas de risco que cada cossegurador assumiu no momento da conclusão do(s) contrato(s) da operação de cosseguo, ajustando-as ao valor do dano.

Sempre que um risco for assumido em cosseguo, é exigência legal que um segurador (líder) administre o contrato e represente os demais para todos os efeitos (Código Civil, art. 761).

#### 7.4.2.2 *Redistribuição de risco: o resseguo e a retrocessão*

Outra forma de dispersão de riscos dentro do sistema securitário é o resseguo. Trata-se de operação pela qual um segurador contrata com outro (chamado ressegurador) cobertura sobre risco já segurado<sup>98</sup>. Por esse mecanismo, o segurador transmite parte de sua álea ao ressegurador. Em contrapartida, o ressegurador recebe parcela proporcional dos prêmios arrecadados.

Nos contratos de resseguo, o ressegurador cobre exatamente o que foi segurado pelo segurador, em proporção à cota preestabelecida dos riscos previstos (resseguo em cota), ou de parte do valor segurado (resseguo até certa soma). De maneira geral, constituem-se entre segurador e ressegurador relações jurídicas de seguro cujo conteúdo, no todo ou em parte, equivale aos contratos

<sup>97</sup> NACHEM, IRA W. *The complete guide to finance real estate developments*. New York: Mc-Graw, 2007, p. 366.

<sup>98</sup> Lei Complementar n. 126/2007, art. 2º, § 1º, III. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, t. 45, p. 293.

de seguro firmados pelo segurador<sup>99</sup>. Trata-se de operação de distribuição de risco regida por contratos simples, nos quais o ressegurador resume-se a dizer se aceita ou não cada risco (ou porção deste) coberto pelo segurado, e ponto final.

O resseguro é, pois, válvula de escape do sistema securitário à medida que redistribui riscos entre diferentes agentes<sup>100</sup>. Em última análise, a capacidade seguradora de um segurador revela-se pela quanto de risco ele consegue “passar para frente” aos resseguradores. Ou seja, será tão mais fácil assumir riscos quanto mais fácil for sua redistribuição<sup>101</sup>.

O segurador fortalece a sua capacidade de retenção de riscos quando contrata o resseguro por duas razões fundamentais. Primeiro, porque, economicamente, a contratação do resseguro permite ao segurador liberar parte de suas reservas para assumir novos riscos. O segurador torna-se praticamente um segurado, substituindo um custo potencial de valor imprevisível (a diferença entre os sinistros esperados e os efetivados) por um custo de valor fixo (o prêmio do resseguro). Segundo, porque a distribuição de riscos ao ressegurador protege o segurador contra situações de insolvência, principalmente na ocorrência de grandes sinistros<sup>102</sup>.

348

<sup>99</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 293.

<sup>100</sup> Trata-se da estabilização da carteira de seguros, cf. ALVIM, Pedro. **Política brasileira de seguros**. São Paulo: Manuais Técnicos de Seguros, 1980, p. 124-125.

<sup>101</sup> O Instituto de Resseguros do Brasil foi criado pelo Decreto-Lei n. 1.186/39 para desenvolver a atividade de resseguro e regular o resseguro no país, protegendo o mercado local. Naquela época os seguradores estrangeiros estavam em situação muito mais favorável que os nacionais justamente pela sua capacidade de distribuir riscos em resseguro às suas matrizes, aos seus congêneres ou aos resseguradores internacionais. Sendo a distribuição de riscos mais fácil, era evidente a vantagem sobre o segurador nacional (RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Op. cit.*, p. 38-39).

<sup>102</sup> RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Op. cit.*, p. 201-202.

Complementando o resseguro há a retrocessão. Consiste em operação realizada entre dois resseguradores, ou entre um ressegurador e um segurador<sup>103</sup>, através da qual o ressegurador cede parte do risco assumido mediante o repasse de parcela do prêmio de resseguro arrecadado.

A diluição do risco segurado através do resseguro e da retrocessão faz com que os prejuízos advindos de um sinistro de grandes proporções não sejam problema de um único segurador. Tais operações não se restringem às fronteiras de um único país, mas se difundem em cascata para todo o sistema em âmbito transnacional. No caso das Torres Gêmeas, estima-se que entre 57% e 70% do risco total assumido pelo segurador líder e pelos demais cosseguradores estavam ressegurados<sup>104</sup>, sendo os principais resseguradores de origem europeia. Nota-se que a distribuição de riscos por via de resseguro neste caso foi ampla a ponto de ser possível afirmar que quase todos os grandes grupos seguradores do mundo sofreram, em alguma medida, o impacto do 11 de setembro.

No Brasil, o resseguro e a retrocessão foram monopólio do Instituto de Resseguros do Brasil (IRB) desde sua criação pelo Decreto-Lei n. 1.186/39. O objetivo era limitar a atuação no país de seguradores internacionais<sup>105</sup> e proteger o mercado segurador brasileiro, ainda em desenvolvimento.

Tal monopólio resistiu a sucessivas alterações legislativas, institucionalizando-se no âmbito do Decreto-Lei n. 73/66, prin-

349

<sup>103</sup> Lei Complementar n. 126/2007, art. 2º, § 1º, IV.

<sup>104</sup> RISK MANAGEMENT SOLUTIONS. **Managing risk in the aftermath of the World Trade Center Catastrophe**. Newark: RMS, 2002, p. 15.

<sup>105</sup> Por contarem com o suporte de suas matrizes para assumir riscos em cosseguro e resseguro, estes agentes apresentavam expressiva vantagem sobre o concorrente nacional. Este cenário, ao lado do desequilíbrio na balança de pagamentos proporcionado pela remessa de prêmios ao exterior, consiste na principal causa do modelo monopolista imposto ao mercado ressegurador pelo Estado Novo. Nesse sentido, RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Op. cit.*, p. 37-42.

principal norma sobre operação de seguro em geral. Contudo, a Emenda Constitucional n. 13/96, que alterou o art. 192, II, da Constituição Federal, abriu espaço para quebra do monopólio ao excluir a expressão "órgão ressegurador oficial"<sup>106</sup>.

Referimo-nos ao cenário institucional inaugurado pela Emenda Constitucional n. 13/96 como quebra do monopólio do resseguro em caráter apenas formal por uma razão específica: não havia regulamentação infraconstitucional para resseguradores privados. A questão foi solucionada apenas com a Lei Complementar n. 126/2007, que revogou as disposições contidas no Decreto-Lei n. 73/66 referentes ao resseguro.

### 7.4.2.3 Síntese

Para ilustrar as formas de distribuição de risco trabalhadas ao longo deste capítulo, elaboramos o esquema hipotético abaixo.

Bem Segurado: Torres Gêmeas WTC

Segurado: Silverstein

Valor em Risco: R\$ 3.600<sup>107</sup> MM (R\$ 3,6 bi) 3.600 MM ou 4x 900 MM

Seguradores: A, B, C, D

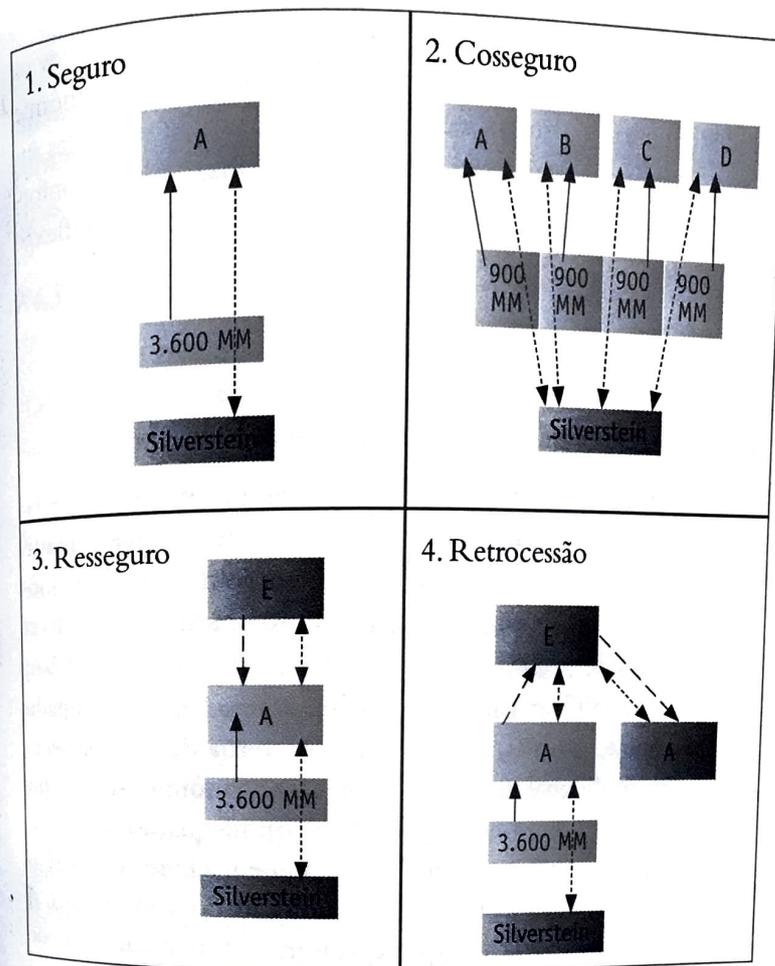
Ressegurador: E

- Transmissão do Risco
- Transmissão Parcial do Risco Entre Seguradores (retenção parcial)
- ↔ Sinalagma: Pagamento do Prêmio/Garantia de Cobertura

Formas de diluição de risco:

<sup>106</sup> A Emenda Constitucional n. 40/2003 excluiu do art. 192 da Constituição Federal qualquer referência a seguro.

<sup>107</sup> Número hipotético.



As estruturas descritas viabilizam a distribuição econômica do risco de diversas formas. O aumento da complexidade dos fluxos econômicos envolvidos na retenção e distribuição de riscos entre agentes pode ocorrer através da utilização simultânea de duas ou mais dessas estruturas, pela construção de redes de absorção de risco.

Em razão do largo alcance de tais redes e das grandezas econômicas que podem envolver, há evidente preocupação com a higidez interna das estruturas, o que leva a atividade de distribuição de risco a ser intensamente regulada. Ao ente estatal ou paraestatal

regulador resta a tarefa de identificar eventuais imperfeições na distribuição de risco, sempre pautado pela observância do binômio higidez interna do sistema securitário *vs.* adequação social das soluções. O grande desafio está em não obstaculizar a livre conformação das estruturas, o que demanda séria e intensiva reflexão daqueles que carregam o múnus da regulação.

## 7.4.3 Regulação<sup>108</sup> estatal da operação de seguro

### 7.4.3.1 Heterorregulação da operação de seguro

Amadeu Carvalhaes Ribeiro assevera que atividade regulatória do Estado em matéria de seguros visa a preencher cinco finalidades específicas: (a) indução e manutenção da higidez econômico-financeira do segurador, (b) livre iniciativa, (c) livre concorrência, (d) proteção do consumidor e (e) cooperação<sup>109</sup>.

Para simplificar a análise, essas funções podem ser agrupadas em dois grandes grupos: (a) consistência interna do sistema securitário, dentro do qual incluem-se a higidez econômico-financeira do segurador e a livre concorrência; e (b) adequação social das atividades do segurador, que incorpora também a livre concorrência mas soma, fundamentalmente, a proteção do consumidor. A cooperação, na medida em que aprimora o funcionamento do sistema pela promoção da redistribuição de riscos e expande a oferta de coberturas, preenche tanto a finalidade de promoção de consistência interna quanto de adequação social dos seguros.

Para perseguir esses objetivos o sistema jurídico brasileiro estruturou uma complexa rede de órgãos e autarquias concentra-

<sup>108</sup> Não adotamos aqui distinção proposta por Eros Roberto Grau entre regulamentação (= regulação estatal, ou *regulation*) e regulação (= regulações sociais, auto ou endorregulação, *deregulation*). GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 131 e s.

<sup>109</sup> *Op. cit.*, p. 107-162.

das em “ler” os fatos originados do sistema securitário, traduzi-los em linguagem jurídica e apresentar respostas através de uma ordem, permissão ou proibição<sup>110</sup>. Passa-se a analisar tais órgãos e autarquias.

### 7.4.3.2 A regulação e os agentes reguladores

A principal norma sobre atividade seguradora é o Decreto-Lei n. 73/66, que possui *status* de lei complementar, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal<sup>111</sup>.

Entre as principais disposições sobre a atuação dos seguradores destacam-se (a) a exigência da constituição das entidades seguradoras sob a forma de sociedades anônimas ou cooperativas (art. 26), (b) a vedação da sociedade seguradora à exploração de qualquer outro ramo do comércio ou da indústria (art. 73), (c) a exigência de autorização para funcionamento da sociedade seguradora (art. 74), (d) a vedação de assunção de riscos cujos valores ultrapassem os limites técnicos fixados pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) de acordo com as normas do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e (d) a própria criação da SUSEP (arts. 35 e s.) e do CNSP (arts. 32 e s.).

No âmbito do subsistema econômico securitário, além dos agentes supramencionados, há o Instituto Brasileiro de Resseguros

<sup>110</sup> Vale citar a segregação das coberturas das provisões técnicas correspondentes à operação do DPVAT das demais operações das seguradoras de automóveis determinada pela Circular SUSEP n. 386/2009. Trata-se de medida regulatória voltada à separação de riscos em classes distintas, objetivando atender a exigências atuariais de agrupamento de riscos, regra voltada exclusivamente à higidez interna do sistema securitário.

<sup>111</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em ADIn 2.223-7/DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. J. em: 10-10-2002, cf. votos dos Ministros Maurício Corrêa e Sepúlveda Pertence.

(IRB)<sup>112</sup>, o Conselho Nacional de Saúde Complementar (CONSU) e a Agência Nacional de Saúde Complementar (ANS)<sup>113</sup>. Sobre reservas e provisões técnicas do segurador e do ressegurador não se pode esquecer também do Conselho Monetário Nacional (CMN)<sup>114</sup>.

A SUSEP é autarquia federal com função fundamental de regulamentar e fiscalizar as atividades desenvolvidas no âmbito dos mercados de seguros, capitalização e previdência privada aberta. Em virtude da necessidade de alinhar a atuação da SUSEP às diretrizes da política econômica governamental, o seu superintendente é nomeado pelo Presidente da República.

A atuação da SUSEP baseia-se no estabelecimento de normas de observância obrigatória pelas entidades atuantes nos mercados que regula. Tais normas versam principalmente sobre as formações de reservas (consistência interna do sistema securitário) e as restrições aos contratos oferecidos ao mercado (adequação social das atividades do segurador). Ressalte-se que as regras de aplicação dos ativos que compõem aquelas reservas são definidas principalmente pelo CMN.

A atuação da SUSEP pauta-se, portanto, pela busca de conciliação de duas funções essenciais: a garantia da estabilidade sistêmica do mercado de seguros e a proteção da economia popular através do resguardo dos interesses do consumidor. Tais funções são

<sup>112</sup> Criado pelo Decreto-Lei n. 1.186/39. A regulamentação do IRB foi complementada pelo Decreto-Lei n. 73/66, alterado pela Lei Complementar n. 126/2007. No contexto da criação do modelo de concorrência para o mercado ressegurador, a Lei n. 9.482/97 transformou o IRB em sociedade anônima e transferiu seu controle do INSS à União, e a Lei n. 9.649/98 alterou sua razão social para IRB-Brasil Re.

<sup>113</sup> Criados respectivamente pela Medida Provisória n. 2.177-44/2001 e pela Lei n. 9.961/2000.

<sup>114</sup> Criado pela Lei n. 4.595/64.

perseguidas pelas diretrizes do CNSP, por atos infralegais sobre a execução dessas diretrizes e pela fiscalização do cumprimento das leis e regulamentos relacionados à atividade seguradora.

A eficácia da atuação da SUSEP é garantida por poderes de sanção que vão desde a advertência, passando pela imposição de multas, até a suspensão ou mesmo cassação da autorização dada ao segurador para atuar.

As Leis n. 9.932/99 e n. 10.190/2001 atribuíram à SUSEP novas competências, especialmente relacionadas à regulação das atividades de resseguro e à atuação nos procedimentos de intervenção e de liquidação extrajudicial das sociedades seguradoras.

O CNSP, por sua vez, é um órgão público colegiado que integra a estrutura do Ministério da Fazenda, composto pelos seguintes membros<sup>115</sup>: (a) Ministro da Fazenda, presidente do órgão; (b) representante do Ministério da Justiça; (c) representante do Ministério da Previdência e Assistência Social; (d) Superintendente da SUSEP; (e) representante do Banco Central do Brasil; e (f) representante da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Tal órgão possui extensa função normativa. É estruturado para direcionar o desenvolvimento da atividade seguradora de acordo com a orientação da política econômica do país, cabendo-lhe fixar as diretrizes e normas gerais da política de seguros privados e resseguros, tais como a constituição, organização, funcionamento e fiscalização dos agentes seguradores<sup>116</sup>, a delimitação do capital das sociedades seguradoras e dos resseguradores e a aplicação 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.

<sup>115</sup> Lei n. 10.190/2001, art. 2º.

<sup>116</sup> Decreto-Lei n. 73/66, art. 32.

Sobre o IRB já se falou. Vale complementar o caráter híbrido que possuía: órgão regulador de resseguros e agente ressegurador unitário do país. Seu propósito era equiparar as condições técnicas do segurador nacional às do segurador estrangeiro, tanto em termos de capacidade de absorção de risco quanto no tocante aos conhecimentos técnicos da atividade<sup>117</sup>.

A atuação do IRB como agente regulador ganhou contornos mais específicos com o Decreto-Lei n. 73/66, que lhe atribuiu a disciplina do cosseguro, do resseguro e da retrocessão. Apenas em janeiro de 2007, com a Lei Complementar n. 126/2007, deixou o IRB de regular estas atividades, passando a exercer exclusivamente função empresarial de ressegurador.

A regulação do cosseguro, do resseguro e da retrocessão passou a ser realizada pelo “órgão regulador de seguros”, nos termos do *caput* do art. 2º de mencionada lei. Leia-se, a partir da entrada em vigor da Lei Complementar n. 126/2007, que o CNSP e a SUSEP são os responsáveis pela regulação também dessas atividades.

Já o CONSU é órgão colegiado integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, com as funções precípua de estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar, aprovar o contrato de gestão da ANS, supervisionar e acompanhar as ações da ANS, fixar diretrizes econômico-financeiras, contábeis e atuariais para implementação no setor de saúde, proteger o consumidor em caso de insolvência de operadoras de planos de saúde e deliberar sobre a criação de câmaras técnicas consultivas para subsidiar suas decisões<sup>118</sup>.

Sua estrutura é integrada pelo Chefe da Casa Civil da Presidência da República, na qualidade de presidente e pelos Minis-

<sup>117</sup> RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Op. cit.*, p. 37-42.

<sup>118</sup> Art. 35-A da Lei n. 9.656/98, introduzido pela MP n. 2.177-44/2001.

tros da Saúde, da Fazenda, da Justiça e do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Deve-se anotar que em razão das disposições introduzidas pelo art. 1º da Lei n. 10.185/2001 e, especialmente, pela utilização da classificação imposta pelo art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.656/98, a atuação do CONSU abrange tanto as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde<sup>119</sup> quanto as sociedades seguradoras que operam seguro-saúde<sup>120</sup>.

Também para a saúde foi criada a ANS (Lei n. 9.961/2000), autarquia ligada ao Ministério da Saúde. É dotada de autonomia administrativa, técnica, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos (art. 1º, parágrafo único). Seus dirigentes possuem mandato fixo de três anos, o que visa garantir independência da diretoria da agência em relação ao governo que a nomeou<sup>121</sup>.

A atuação da ANS pauta-se por um amplo rol de atribuições voltado particularmente à regulação das atividades de operadores de planos privados de assistência à saúde, componentes do denominado setor de saúde suplementar e às suas relações com fornecedores e, principalmente, com os consumidores.

<sup>119</sup> Na definição do art. 1º, I, da Lei n. 9.656/98, plano privado de assistência à saúde é prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por tempo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando à assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente a expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

<sup>120</sup> O seguro-saúde pode ser conceituado por leitura conjunta do § 1º do art. 1º da Lei n. 9.656/98 com o art. 757 do Código Civil. Trata-se de contrato que apresenta vinculação de cobertura financeira a riscos de natureza médico-assistenciais.

<sup>121</sup> Os diretores são brasileiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação prévia pelo Senado Federal. Admite-se recondução ao cargo uma única vez (art. 6º, parágrafo único, da Lei n. 9.961/2000).

Tal atividade regulatória fundamenta-se em dois pilares principais: (a) a busca da higidez interna do sistema de saúde complementar, subjacente a atribuições como o estabelecimento de diretrizes gerais do CONSU para a regulação do setor (art. 4º, I) e a expedição de normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras (art. 4º, XVIII) e (b) adequação social, forjada principalmente nos mecanismos de proteção do consumidor, como o monitoramento da evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços e respectivos componentes e insumos (art. 4º, XXI). Visando atender a ambos os critérios de regulação mencionados, a regulação da concorrência no setor de saúde complementar é importante função atribuída à ANS pelo art. 4º, XXXI, da Lei n. 9.961/2000.

O CMN, por fim, é o órgão de cúpula do Sistema Financeiro Nacional. Foi criado em substituição ao Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC). Originalmente composto por representantes dos principais Bancos Nacionais (Banco do Brasil S.A. e BNDES), ao lado do Ministro da Fazenda, mudou de enfoque a partir da instituição plano real, quando passou a ser integrado exclusivamente pelo Ministro da Fazenda, como presidente, pelo Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão e pelo Presidente do Banco Central do Brasil<sup>122</sup>.

O CMN incumbe-se das atividades deliberativas e normativas relacionadas principalmente à administração da moeda, à conformação dos mercados sob a sua tutela (mercado bancário, mercado de capitais, atividades securitárias e previdência privada) e às atividades permitidas aos diversos intermediários financeiros, nos termos dos arts. 3º e 4º da Lei n. 4.595/64 e de outros dispositivos específicos desta lei<sup>123</sup>.

<sup>122</sup> Conforme estabelecido pelo art. 8º, *caput*, da Lei n. 9.069/95.

<sup>123</sup> Cf. YAZBEK, Otavio. **A regulação do mercado financeiro e de capitais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 200.

São de suma relevância dois dos objetivos estabelecidos para este órgão segundo o art. 2º da Lei n. 4.595/64, quais sejam: a orientação da “aplicação dos recursos das instituições financeiras, quer públicas, quer privadas, tendo em vista propiciar, nas diferentes regiões do país, condições favoráveis ao desenvolvimento harmônico da economia nacional” (inciso IV) e o zelo “pela liquidez e solvência das instituições financeiras” (inciso VI).

#### 7.4.3.3 Limites às normas (infralegais) de regulação

A atividade securitária demanda sofisticados mecanismos de organização e controle de fluxos financeiros. A utilização de modelos matemáticos e inferências estatísticas a partir da observação empírica para a mensuração de riscos está no âmago dessa atividade. A especificidade dos procedimentos fez necessária a construção de uma ciência própria, a atuária, capaz de organizar *inputs* de informação originárias de diversos campos do conhecimento, como estatística, cálculo, geografia, antropologia e ciências sociais afins. É de se imaginar que há muitas situações em que a regulação pode intervir de forma deletéria na atividade securitária, haja vista o descompasso entre a vivacidade da atividade securitária e a frieza das normas jurídicas.

Um conflito bastante sensível entre regulação e atividade securitária ocorre na relação entre as normas no tempo. Como o contrato de seguros é de duração, a regulamentação que se lhe aplica sofre alterações no decorrer de sua execução, ensejando dúvidas sobre que norma vige em cada momento. Qual o ato normativo a ser aplicado, aquele vigente na data da assinatura do contrato ou aquele da data da verificação do evento a que se destina, e.g. sinistro?

Em outras palavras, considere-se o hipotético caso de um ato regulamentar específico voltado à regulação de um sinistro que entra em vigor após celebração do contrato, mas antes da ocorrência do sinistro. Se este ocorrer, que norma deve ser seguida?

A resposta está na natureza e no alcance dado ao ato regulamentar em questão. Se disser respeito tão somente à dimensão da eficácia contratual, então será aplicável no momento da ocorrência do sinistro. Caso irradie efeitos para além da eficácia contratual, tratando de questões relativas à existência ou validade do contrato como um todo ou de parte deste, então não será aplicável, persistindo o ato vigente na data de celebração do contrato.

## 7.5 Considerações finais

No texto o ato e a atividade securitária estão em partes distintas. No mundo da vida dos seguros, porém, andam lado a lado. Não há como pensar em um sem tangenciar o outro. Mesmo sujeitos a regramentos distintos, o contrato de seguro e a operação securitária são simbióticos. Isso os torna tão fascinantes quanto complexos. Para estudá-los é preciso fazer leitura dos fatos (a) por vários ramos do Direito, como direito civil, direito comercial, direito administrativo, direito constitucional etc. e (b) por várias áreas do conhecimento como economia, atuária, sociologia etc.

Essa complexidade afasta soluções automáticas e requer grande disposição argumentativa dos envolvidos no mercado de seguro. Afinal, convencer alguém sobre o conceito da palavra “evento” pode fazer uma diferença de bilhões de dólares. A argumentação deve, porém, reforçar a técnica, e não fugir dela. Seguros não admitem demagogia. São sustentáculo da confiança em operações econômicas e da tranquilidade em relações sociais, que envolvem de torres a vidas humanas. Esperamos que este texto sirva de estímulo à pesquisa continuada e a reflexões que aprimorem a gestão de riscos no país.

### REFERÊNCIAS

- ALVIM, Pedro. **O seguro e o novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Política brasileira de seguros**. São Paulo: Manuais Técnicos de Seguros, 1980.

ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de. Seguro de vida não é herança. **Jornal da Tarde**, Opinião, 17-7-2009. Disponível em: <<http://www.jt.com.br/editorias/2009/07/17/opi-1.94.8.20090717.1.1.xml>>. Acesso em: 23 set. 2010.

ASCARELLI, Tullio. **Studi in tema di contratti**. Milano: Giuffrè, 1952.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil comentado**. 5. ed., 1938. v. 5.

BORGES, Nelson. Os contratos de seguro e sua função social. A revisão securitária no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, v. 93, n. 826, 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Embargos Infringentes n. 231.641-4/3-02. Relator: Desembargador Vito Guglielmi. Brasília. J. em: 3-9-2009. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cpo/sg/search.do?&cbPesquisa=NUMPROC&cdForo=990&dePesquisa=2316414302>>. Acesso em: 30 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 327.515/RS. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. J. em: 15-5-2003. **DJ** 23-6-2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 217.805/SC. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. J. em: 17-8-2000. **DJ** 9-10-2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 188.694/MG. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. J. em: 18-4-2000. **DJ** 12-6-2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 600.788/SP. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. J. em: 25-9-2006. **DJ** 30-10-2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 228.840/RS. Relator: Ministro Ari Pargendler. J. em: 26-6-2000. **DJ** 4-9-2000.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação s/ Revisão 111.025-2-0/6. 36ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Desembargador Pedro Baccarat. J. em: 25-10-2007. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cpo/sg/search.do?&cbPesquisa=NUMPROC&cdForo=990&dePesquisa=1110252>>. Acesso em: 22 set. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação 081.724-8. 36ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Desembargador Dyrceu Cintra. J. em: 17-9-2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão n. 781205100. 26ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Desembargador Renato Sartorelli. J. em: 22-8-2005. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cpo/sg/show.do?jsessionid=E7ED2481C687685A5EE069E0EE72A60C?processo.foro=990&processo.codigo=RK000D46N0000&cdForo=990&cdComarca=-1>>. Acesso em: 23 set. 2010.

BRASIL. Recurso Especial n. 104.753-8/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi. J. em: 4-11-2008. **DJ** 10-12-2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 537.184/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. J. em: 20-5-2004. **DJ** 31-5-2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 105, de 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=105.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 23 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 61. 2ª Seção. J. em: 14-10-1992. **DJ** 20-10-1992.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão n. 1096154-0/6. 29ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Desembargador Francisco Thomaz. J. em: 3-6-2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 992.08.049936-7. 29ª Câmara – Seção de Direito Privado. Relator: Juiz Reinaldo Caldas. J. em: 16-9-2009. Disponível em:

<<http://esaj.tj.sp.gov.br/cpo/sg/search.do?&cbPesquisa=NUMPROC&cdForo=990&dePesquisa=992080499367>>. Acesso em: 28 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em ADIn 2.223-7/DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. J. em: 10-10-2002.

BUTTARO, Luca. **L'interesse nell'assicurazione**. Milano: Giuffrè, 1954.

CARVALHO SANTOS, João Manoel de. **Código Civil brasileiro interpretado**. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 19.

COMPARATO, Fábio Konder. Seguro de garantia de obrigações contratuais. In: **Novos ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

\_\_\_\_\_. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. In: **Ensaaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

\_\_\_\_\_. **Seguro de crédito**. São Paulo: Max Limonad, 1966.

DONATI, Antígono. **Diritto delle assicurazione private: introduzione**. Castello: Unione Arti Grafiche, 1938.

\_\_\_\_\_. **Tratatto del diritto delle assocurazioni private**. Milano: Giuffrè, 1954. v. 2.

ECONOMICS. 9th edition. New York: McGraw-Hill Book, 1973.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio século XXI**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

GASPERONI, Nicola. **Nuovo digesto italiano**, v. XVI, 1937, verbete “Assicurazione (in generale)”.

GLADWELL, Malcolm. **Fora de série – outliers**. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2008.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Código Civil comentado**. Coord. Ministro César Peluso. São Paulo: Manole, 2007.

GORLA, Gino. **Il contratto**. Milano: Giuffrè, 1954.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GROSSI, Patrícia. Property Damage and Insured Losses from 2001 World Trade Center Attacks. **Peace Economics, Peace Science and Public Policy**. v. 15, issue 2, 2009.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. Distinção entre cessão de contrato e cessão de crédito. In: **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KAHNEMANN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect Theory: an analysis of decision under risk. **Econometrica**, v. 47, n. 2, mar. 1979.

KINGHT, Frank H. **Risk, Uncertainty and Profit**. New York: Dover, 2006.

364

KREPS, David M. **Microeconomics for managers**. New York: Norton, 2007.

KUNREUTHER, Howard; MICHEL-KERJAN, Erwann. Policy Watch: Challenges for Terrorism Risk Insurance in the United States. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 18, n. 4 (Autumn, 2004).

MEYER, Donald J. (org.). Risk and Risk Management. In: **The economics of risk**. Kalamazoo (Michigan): W.E. Upjohn Institute for Employment Research, 2003.

MOORE, Michael S. The destruction of the World Trade Center and the Law on Event-Identity. **Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series**, Working Paper n. 04-06, February 12, 2004.

NACHEM, IRA W. **The complete guide to finance real estate developments**. New York: Mc-Graw, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomics**. 5. ed. Trad. Eleutério Prado. New Jersey: Prentice Hall, 2002.

POLICYWATCH. Challenges for Terrorism Risk Insurance in the United States. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 18, n. 4.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. 45 e 46.

RE, Swiss. Disponível em: <<http://news.lp.findlaw.com/hdocs/docs/terrorism/swissrecmpt102201.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2009.

RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. **Regulação da atividade seguradora privada**. Tese de Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

RISK MANAGEMENT SOLUTIONS. **Managing risk in the aftermath of the World Trade Center Catastrophe**. Newark: RMS, 2002.

\_\_\_\_\_. **World Trade Center Disaster**. September, 18, 2001, p. 1. Disponível em: <<http://www.rms.com/publications/wtc.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2009.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993. v. 4.

SILVERSTEIN, Larry. Disponível em: <[http://www.doar.com/documents/case-studies/CaseStudy\\_WTC.pdf](http://www.doar.com/documents/case-studies/CaseStudy_WTC.pdf)>. Acesso em: 29 set. 2009.

\_\_\_\_\_. Relatório da decisão da United States Court of Appeals for the Second Circuit, de 18-10-2006. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/data2/circs/2nd/044500p.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2009.

\_\_\_\_\_. Silverstein Makes a Huge Profit of the 9/11 Attacks. Disponível em: <<http://whatreallyhappened.com/WRHARTICLES/silverstein.html>>. Acesso em: 25 set. 2009.

SLOVIC, Paul; FISCHHOFF, Baruch; LICHTENSTEIN, Sarah; CORRIGAN, Bernard; COMBS, Barbara. Preference for Insuring

365

against Probable Small Losses: Insurance Implications. **The Journal of Risk and Insurance**, v. 44, n. 2, jun. 1977.

TALEB, Nassim Nicholas. **The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable**. New York: Random House, 2007.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TZIRULNIK, Ernesto. Seguro contra todos os riscos (*All Risks*) de engenharia. Regulação de sinistro. Conceito de dano moral. **Revista dos Tribunais**, v. 827, a. 93, 2004.

\_\_\_\_\_. Princípio indenitário no contrato de seguro. **Revista dos Tribunais**, v. 759, a. 88, 1999.

UNITES STATES DISTRICT COURT. Southern District of New York. Disponível em: <<http://news.lp.findlaw.com/hdocs/docs/terrorism/wtcinslit92502opn.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2009.

\_\_\_\_\_. Relatório da decisão da United States Court of Appeals for the Second Circuit, 18 de outubro de 2006, p. 64 e 65. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/data2/circs/2nd/044500p.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2010.

YAZBEK, Otavio. **A regulação do mercado financeiro e de capitais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

ZANCHIM, Kleber Luiz. O contrato e seus valores. In: JÚNIOR, Antonio Jorge Pereira; JABUR, Gilberto Haddad (orgs.). **Direito dos contratos II**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

## 8 CONSÓRCIO DE EMPRESAS

Daniel Santa Bárbara Esteves

Professor do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVLaw; mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP); advogado em São Paulo.