

TULLIO ASCARELLI  
Catedrático na Universidade de Bolonha — Ex-Professor contratado da  
Faculdade de Direito de São Paulo.

PROBLEMAS DAS  
SOCIEDADES ANÔNIMAS  
E DIREITO COMPARADO

Com prefácio do  
PROF. DR. WALDEMAR FERREIRA

2.<sup>a</sup> EDIÇÃO

EDIÇÃO SARAIVA  
SÃO PAULO  
1969



*Seguros*

*Preço: muitos*

Saraiva  LIVROS EDITORES

Rua Espirito Santo, 53 — Fone, 32-1149 — Caixa Postal, 2362  
End. Teleg. Acadêmica — SÃO PAULO — BRASIL

## O CONCEITO UNITÁRIO DO CONTRATO DE SEGURO

SUMÁRIO: 1.º) O problema dum conceito unitário do contrato de seguro. Posição da doutrina. 2.º) A teoria da necessidade. 3.º) A teoria da empresa. 4.º) O seguro como contrato de indenização também na hipótese do seguro de vida. 5.º) A inestimabilidade dos bens pessoais. Exatidão, mas insuficiência, desta observação. 6.º) A doutrina geral do ressarcimento do dano. 7.º) Dano emergente. Lucro cessante. Benefício esperado. 8.º) Conseqüências na questão probatória. Avaliação abstrata e concreta. 9.º) Limites. 10.º) Os vários ramos de seguro em relação com o dano emergente: A) Seguro dos danos às coisas; B) Seguro nupcial; C) Seguro da responsabilidade civil. 11.º) Em relação com o lucro cessante ou benefício esperado: A) Seguro de acidentes; B) Seguros para caso de morte; C) O seguro a favor de um terceiro beneficiário; D) O interesse nos seguros para caso de morte; E) Seguros sociais; F) O seguro para caso de vida; G) Ainda os seguros para caso de vida; H) Seguro e jogo; I) Conclusão. 12.º) Ramos mistos. 13.º) Importância das conclusões obtidas: A) Seguro de acidentes; B) Os seguros sociais; C) Diferenças entre seguro para caso de morte e para caso de sobrevivência; D) Novos ramos de seguro; E) Sub-rogação; F) Pactos adjetos de indenização; G) Renda vitalícia; H) Seguro a título gratuito; I) Seguro e circulação do risco. 14.º) Avaliação abstrata e avaliação concreta do dano: A) Limites da indenização; B) Proporcionalidade; C) Pluralidade de seguros; D) Sub-rogação. 15.º) Classificação dos ramos de seguro.

### O PROBLEMA DUM CONCEITO UNITÁRIO DO CONTRATO DE SEGURO. POSIÇÃO DA DOUTRINA

1.º) A questão preliminar da teoria do seguro foi sempre a da possibilidade de um conceito unitário dêsse contrato, a da unidade entre seguro sobre as coisas e seguro sobre a vida.

Unem-se êstes, na lei e na prática, como subespécies de um mesmo gênero — o seguro. Apesar disso, é difícil precisar-lhes os caracteres distintivos, comuns a ambos, e tanto o é, que não são raros, hoje, aquêles que já renunciaram, declaradamente, à tentativa de fixar um conceito único de seguro.

Com efeito, se o seguro sobre as coisas surge como um contrato de indenização, tendo substancialmente nesse caráter o princípio diretivo da sua disciplina, já ao seguro sobre a vida parece que repugna êste

conceito. As páginas que VIVANTE dedicou à crítica da aplicação do conceito de contrato de indenização ao seguro de vida, estão sempre vivas na memória dos estudiosos do problema. Na doutrina do seguro, seja no recentíssimo tratado francês de PICARD e BESSON, no de HEMARD ou no de SUMPTON, seja no também recente tratado alemão de BRUCK, no clássico de EHRENBERG ou no EHRENWEIG, como, ainda, nas coletâneas econômicas de GOBBI, é agora corrente e constante a afirmação da impossibilidade de situar o seguro de vida entre os limites de um contrato de indenização<sup>1</sup>.

O tratado de direito civil de COLIN ET CAPITANT, à pág. 739, vol. II, edição de 1935, contém a breve afirmação de que é "falso" reduzir todos os ramos de seguro ao conceito de indenização e adota, efetivamente, a definição de HEMARD fundada em conceito diverso.

No verbete *Seguros em geral, do Nuovo Digesto Italiano*, o Dr. GASPERONI faz a mesma asserção, que completa reconhecendo, francamente, ser impossível formular um conceito unitário do seguro.

Esta coincidência do que afirmam, os mestres franceses e o jovem estudioso italiano, parece consagrar uma opinião que já se tornara corrente; na própria terminologia legal fala-se correntemente de seguros contra os danos, apenas com referência aos seguros sobre as coisas em contraposição aos seguros às pessoas, a respeito dos quais não se faz referência ao dano<sup>2</sup>. A existência de tal opinião é que explica porque as mais recentes leis sobre seguro evitam dar a definição desse contrato.

Na doutrina mais recente, especialmente a italiana, alemã e francesa, nega-se o caráter de indenização ou do contrato de seguro de vida ou em geral dos contratos de seguro sobre as pessoas<sup>3</sup>, e, de consequente, põe-se em dúvida a unitariedade do contrato de seguro.

A doutrina brasileira parece-me ter ficado estranha à discussão<sup>4</sup>, mas uma precisa e nítida visão do problema encontra-se no comentário de OLÓVIS BEVILÁQUA aos arts. 1.432, 1.440, 1.471 do Código Civil brasileiro<sup>5</sup>.

1. Cf., além dos tratados recentes recordados no texto, o n.º 1.862, vol. IV, 5.ª edição, do *Trattato* de VIVANTE.

2. Cf. a lei suíça de 2 de abril de 1908; a lei alemã de 30 de maio de 1908; a lei francesa de 13 de julho de 1930.

3. Esta última é a tese mais espalhada na doutrina francesa e alemã (cf. as leis citadas acima), ao passo que na doutrina italiana tende-se a compreender também o seguro contra os acidentes no conceito do seguro contra o dano. Por isso a doutrina italiana ficou fiel à dicotomia dos seguros danos e vida e não adotou, em geral, a contraposição entre seguros danos (ou sobre as coisas) e pessoas, ao contrário espalhada na doutrina francesa e alemã. No Código brasileiro o seguro contra os acidentes, previsto no art. 1.440, é classificado junto com o seguro de vida; o Decreto n.º 21.828, de 14 de setembro de 1932, entretanto, distinguindo os seguros em dois grupos, classifica o seguro contra os acidentes junto com os sobre as coisas, encarando-o como seguro de danos e não como de vida, encarado como um seguro de somas.

4. Cf., por ex., o comentário de CARVALHO SANTOS, art. 1.472.

5. Por seu turno, CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), *Contratos no Direito Civil Brasileiro*, Rio, 1938, afirma não apenas serem todos os ramos de seguro sub-

## A TEORIA DA NECESSIDADE

2.º) Um conceito unitário do contrato de seguro decorreria do princípio da "necessidade", segundo uma tendência internacionalmente conhecida.

Essa orientação<sup>6</sup> se manifesta com a afirmação de que, nas suas várias formas, o seguro visa reparar uma necessidade eventual do beneficiário, tendo nessa função a sua razão de ser. O seu mérito inegável consiste em haver aclarado a distinção entre seguro e jôgo e precisado assim os caracteres do risco, desenvolvendo a correlativa noção de "interêsse" segurável.

pécies de um único contrato, mas visar, êste, uma indenização (vol. II, pág. 318, embora citando VIVANTE que, ao contrário, exclui o caráter indenitário do seguro-vida); frisando (vol. II, págs. 319 e 382) ser, o caráter indenitário, constante em todos os ramos de seguro, embora tenha, no seguro-vida, um caráter relativo, não implicando o seguro de vida a idéia de um dano (pág. 319); sendo, por isso, o seguro de vida "um contrato aleatório, pois que êle não tem por fim reparar os efeitos de um sinistro e é antes a constituição de um capital por meio de economias" (pág. 320), embora não seja "completa" a exclusão da idéia de indenização (pág. 319) e não se possa vêr nêle "o intuito... de realizar uma economia, de operar uma capitalização" (pág. 382).

O ilustre autor concebe, às vêzes, como antitéticas (págs. 319 e 320), as idéias do contrato aleatório e do contrato de indenização, respeitando, a primeira, na sua opinião, ao seguro de vida e, a segunda, ao sobre as coisas.

Tal antítese não me parece existente.

O contrato de seguro é, afinal, sempre, contrato aleatório, pois que depende da verificação do sinistro (ou, no para o caso de morte, do momento da verificação do sinistro) se a vantagem de uma ou outra das partes; tal acontece quer no seguro sobre as coisas, quer no sobre as pessoas.

A aleatoriedade do contrato não obsta a que não seja aleatória a indústria do segurador, justamente à vista do fato que, embora sendo aleatória a verificação de um determinado sinistro, não é aleatória a medida de sinistros cada ano: tal a natural consequência da possibilidade de aplicar o cálculo de probabilidade e de respeitar, o seguro, a fenômenos de massa. (Cf. o próprio autor cit., pág. 381.)

A aleatoriedade do contrato de seguro não obsta ao fato de ser, quanto a quem o estipula, o seguro um ato de prudência, justamente porque pagando o prêmio (e, portanto, correndo a álea de pagá-lo inútilmente caso o risco não se verifique), segura-se a indenização (e, portanto, o ressarcimento do dano decorrente do sinistro, caso êste se verifique, dano que, diversamente do que acontece no jôgo, preexiste ao contrato).

A aleatoriedade do contrato de seguro não obsta, por isso, ao caráter indenitário dêle, nem ao princípio de visar, êle, o ressarcimento do dano. Realmente, a negação dêste característico, quanto ao seguro-vida, não assenta na aleatoriedade do contrato, mas na dificuldade de encerrar a relação entre o dano decorrente da morte do segurado e a indenização paga ao beneficiário.

6. Sustentada com grande vigor por GOBBI, foi esta teoria, na Itália, retomada, após vários anos de abandono, por VITERBO. (*Rivista di Diritto Commerciale*, 1932, I, 40.) Criticou êste, agudamente, a teoria vivanteana, dando à teoria da necessidade uma formulação jurídica mais rigorosa do que a anteriormente dada e pondo-a em conexão com a teoria geral dos contratos aleatórios.

De fato, os que seguem essa tendência, acertadamente notam<sup>7</sup> que, nas hipóteses de jôgo e de aposta, o risco não é senão uma consequência do fato de se haver jogado ou apostado — pois de outro modo o evento seria indiferente; na hipótese do seguro, ao contrário, o risco preexiste ao contrato<sup>8</sup>.

É esta a inegável diferença entre contrato de seguro, de um lado, e jôgo do outro; o seguro refere-se a um risco que já existe, objetivamente, quanto ao patrimônio do beneficiário, ao revés do que acontece no jôgo. A celebração de um contrato de seguro constitui, portanto, ato de previdência; quem segura, previne um dano possível; quem joga ou aposta, cria a possibilidade de um dano<sup>9</sup>.

Dai se conclui, com toda a coerência, que não pode haver seguro, se não houver um "interêsse" segurável<sup>10</sup>; é preciso que o beneficiário do seguro se encontre em situação tal que o sinistro se converta, para êle, em um dano, e, por isso, tenha interêsse na não ocorrência do sinistro.

Este princípio é fundamental na legislação e na prática; é como que o estio da instituição. Se fôsse possível segurar-se alguém, de um evento, a respeito de cuja verificação não tivesse um interêsse contrário, o seguro não seria nem socialmente útil, e nem mesmo tecnicamente possível, porque o beneficiário tornar-se-ia um provocador do sinistro, para lucrar a indenização.

É efetivamente o que sucede toda vez que, por circunstâncias anormais, o interêsse do segurado em que não se verifique o sinistro exerce uma influência inferior à do seu desejo de lucrar a indenização e êste não encontra um obstáculo suficiente nas normas, com frequência, por isso, reforçadas com o caráter penal, que visam a fraude nos seguros.

Na praxe, aquêle princípio costuma ser expresso na conhecida máxima de que o seguro não deve ser fonte de lucro para o segurado (beneficiário)<sup>11</sup>.

7. Cf. VITERBO, ob. cit., acrescentando, que nos contratos aleatórios bem como no seguro, embora o "contrato" não seja condicionado, é, ao contrário, "necessariamente condicionada" (à verificação do risco) a "prestação de uma das partes". A respeito, cf. HEYMANN, *Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag*, Berlin, 1933.

8. Cf. VITERBO, ob. loc. cit.

9. Pode-se notar poder, um determinado evento, conforme a diversa vontade das partes, quer ser diretamente encarado qual o "risco" segurado (sendo, portanto, a indenização devida, em princípio, qualquer que seja a causa da verificação dêle), quer apenas como a consequência de um evento diverso, constituindo êste o risco segurado (sendo, portanto, a indenização devida apenas enquanto a consequência se verifique em virtude do evento segurado). Assim, a morte pode, quer constituir diretamente o risco segurado (é o que se dá no seguro para o caso de morte), quer a consequência de um risco diverso (é o que se dá no seguro contra acidentes).

10. É o aspecto mais investigado pela doutrina alemã, desde o clássico tratado sobre os seguros de EHRENBERG, Lipsia, 1893, até ao amplo tratado de KISCH, que dedica ao interêsse segurável todo o terceiro volume (Berlim, 1922).

Na doutrina italiana, cf. FERRARINI, nos *Saggi in Scienze Assicuratrici*, vol. I, publicados pela Universidade de Pisa.

11. Cf. WEENS, *Du Principe que l'Assurance des Choses est un Contrat d'Indemnité*, Paris, 1927.

É desnecessário lembrar as numerosas consequências dêste princípio, muito conhecidas por quem quer que tenha prática da matéria, assim como são conhecidas as numerosas cláusulas contratuais<sup>12</sup> que procuram reforçá-lo.

Pode-se também salientar a relação dêste princípio com um caráter que é bem próprio do contrato de seguro. Neste a lei considera o segurador e o segurado como aliados, ambos interessados em que não se verifique o sinistro ou em limitar suas consequências; tal cooperação, ao menos no grau em que se verifica no seguro, não encontra similar nos outros contratos<sup>13</sup>.

Mas se são grandes os méritos da teoria da necessidade, cumpre também reconhecer que ela não conseguiu construir unitariamente o seguro e unificar o seguro de vida e o seguro de danos, como espécies diversas, mas sempre de um único contrato<sup>14</sup>.

No seguro sobre as coisas, com efeito, a necessidade é do beneficiário e assim subsiste não somente como necessidade prevista no momento da conclusão do contrato, mas como dano atual do beneficiário no momento da verificação do sinistro; é ao dano provocado pelo sinistro que a indenização diz respeito; é o beneficiário que deve demonstrar o seu interêsse assegurável sem o qual não pode haver um seguro válido.

Se em geral se fala a êste propósito de "segurado", isto se dá apenas porque, no seguro das coisas, a pessoa do estipulante e a do beneficiário geralmente coincidem; quando essa coincidência não ocorre (por exemplo, no seguro por conta de quem pertencer), é, entretanto, constante a dou-

12. Por exemplo, não segurando a coisa pelo inteiro valor, mas deixando um "descoberto", como se costuma dizer, em relação ao qual, como se diz, o segurado é segurador de si mesmo.

13. Isso se revela na disciplina peculiar, em muitas legislações, à conclusão do contrato de seguro em relação às reticências e às falsas declarações do segurado, ainda que de boa-fé, e embora as circunstâncias silenciadas não tenham influído quanto ao sinistro no caso concreto. (Cf. art. 81, da lei francesa; art. 47, da lei mexicana; art. 429, Código Comercial italiano de 1882. No direito brasileiro discute-se a respeito do alcance dessa regra que se encontra no art. 1.444, Cód. Civil; cf. OLAVO DE ANDRADE, *Seguros de Vida*, pág. 72; ALÍPIO SILVEIRA, em *Direito*, vol. XXV, pág. 95.) Essa disciplina, que é tradicional, não pode ser identificada com a disciplina geral do erro (cf. a respeito o estudo de VITERBO, *Foro Italiano*, 1935, IV, 60); é a respeito dessa disciplina, que conserva significado particular a máxima tradicional, que de outra forma seria hoje em geral própria a qualquer contrato, de que o contrato de seguro é um contrato de bon-fé, ou, como preferem escrever os escritores anglo-saxônicos, *uberrimae fidei*. Dessa "cooperação" devida pelo segurado se originam, não raro, as sanções de decadência do direito à indenização que, na disciplina do contrato de seguro, são particularmente numerosas e que convém manter cuidadosamente distintas dos casos de nulidade do contrato; da mesma forma convém, pois, distinguir as "obrigações" do segurado (cuja inexecução dá lugar ao ressarcimento dos danos) e os seus "oner" (cuja inobservância dá lugar à decadência do direito à indenização; cf. por ex., art. 1.457, Cód. Civil brasileiro). Cf. art. 108, Decreto n.º 2.063, de 7 de março de 1940.

14. Os que sustentam a teoria da necessidade, por ex., GOBBI, apressam-se, com efeito, em declarar que o seguro de vida não constitui um contrato de indenização. A mesma afirmação lê-se em VITERBO, ob. cit., págs. 51 e 52, particularmente com referência aos seguros de sobrevivência e aos sobre a vida própria.

trina e a jurisprudência ao exigir a subsistência do interesse assegurável no beneficiário e não no estipulante<sup>15</sup>. Este princípio<sup>16</sup>, se são exatas as nossas premissas, é perfeitamente natural, porque é o beneficiário e não o estipulante aquêle que, lucrando a indenização, deve ter interesse na não verificação do sinistro.

No seguro de vida também podemos encontrar, no momento da conclusão do contrato, a previsão de uma futura necessidade do estipulante; não se exige, porém, a prova de um dano do beneficiário no momento do sinistro e em seguida a este. A possibilidade de ser beneficiário da indenização não é subordinada, ao contrário do que acontece nos seguros de danos, à presença de um interesse segurável. A indenização não encontra o seu limite na extensão do dano do beneficiário como, ao contrário, acontece nos seguros de danos, mas coincide com a importância livremente fixada *a priori*, na conclusão do contrato. A profunda diferença que parece assumir nesse campo a teoria do interesse, faz com que muitos — como, em seu recente tratado, BRUCK — sustentem ser esta inaplicável ao seguro de vida.

As leis falam da necessidade de um interesse do estipulante a respeito da pessoa sobre quem se contratou o seguro (assim o Código italiano, o argentino e o brasileiro) ou da necessidade de consentimento escrito dessa pessoa (como a lei francesa), mas com isso cuidam do interesse do estipulante e não daquele do beneficiário e assim exprimem com a mesma palavra um conceito que pode parecer bem diverso do de interesse no seguro sobre as coisas.

No seguro sobre as coisas, o ressarcimento dos danos constitui, afinal, a *causa* do contrato; no de vida parece a muitos autores constituir apenas um *motivo* da conclusão d'ele<sup>17</sup>.

A teoria da "necessidade" apresenta-se, por isso, nas formulações mais espalhadas, verdadeira e insuficiente a um tempo.

Verdadeira no indicar a função econômica do seguro e estabelecer a distinção jurídica entre seguro e jôgo; mas insuficiente quando não consegue, depois, mostrar a constante e rigorosa relevância jurídica dessa função econômica e até renuncia, explicitamente, a fazê-lo, reconhecendo que o seguro de vida não é contrato de indenização<sup>18</sup>.

15. É esta a conclusão no que respeita ao seguro por conta de quem pertencer, sobre o qual cf. o vol. de A. DONATI, *L'Assicurazione per Conto di Chiappetta*, Roma, 1934.

16. Este princípio, afinal, limita a circulabilidade do direito à indenização, pois este direito pode, em princípio, ser adquirido apenas em virtude de um interesse segurável; pode ser transmitido apenas a quem tem um interesse segurável; pode ser, do qualquer forma, invocado apenas por quem tem um interesse segurável.

17. Cf. KISON, *Handbuch des Privatversicherungsrecht*, 1922, vol. III, pág. 180; VALERI, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1907, II, 571 e 1930, I, 347.

18. É essa, em substância, a crítica de VIVANTE, vol. IV, pág. 355, n.º 1.363, à teoria da necessidade, segundo a formulação de GOBBI e à teoria, análoga, do interesse legítimo de EBRENBERG. A essa crítica não escapa a mais recente formulação da teoria da necessidade, de VITENBO.

Se, no entanto, considerarmos os seguros contra os acidentes (infortúnios e doenças), ficaremos por certo embaraçados no classificá-los, pois representam como que um meio-térmo entre o seguro de danos às coisas e o seguro de vida — o que mais uma vez demonstra a existência de um conceito único de seguro, embora este se divida em vários ramos, sujeitos a regras diferentes. É significativo que, no vol. II, do *Tratado de Direito Civil* de COLIN ET CAPITANT, seja, à pág. 735, peremptoriamente negado o caráter de indenização, ao seguro de vida, e logo após, à pág. 757, reconhecido que este é o seguro de acidentes entram na mesma categoria dos seguros de pessoas, e que o caráter de indenização, ausente no seguro de vida, sempre subsiste, embora em segundo plano, no seguro de acidentes<sup>19</sup>.

É allás sintomático que a doutrina mais recente, embora negando o caráter de indenização ao seguro de vida, refute as teorias que, no século passado, na Alemanha e na França, com THÖL e HUC, por exemplo, tentaram explicar o seguro de vida de acordo com uma ordem de idéias diversa da aceita para o seguro em geral, teorias essas nem sequer lembradas na hodierna literatura sobre seguros.

## A TEORIA DA EMPRESA

3.º) Foi exatamente o intento de chegar a uma teoria unitária do seguro que levou VIVANTE — embora reconhecendo a distinção acima lembrada entre seguro, de um lado, e jôgo, do outro — a formular a sua teoria da empresa, cuja influência foi, não há dúvida, profunda na doutrina, decisiva na legislação mais recente<sup>20</sup>.

A unidade do seguro está, segundo VIVANTE, no elemento, que o próprio autor diz técnico, da empresa; na circunstância de que, em todos os seus ramos, o seguro é exercido pelo segurador, sistematicamente, com fundamento no cálculo de probabilidades, de modo a, considerada a massa dos contratos, desaparecer o caráter aleatório, próprio de cada contrato visto isoladamente, e surgir a possibilidade de previsão da ocorrência dos sinistros, previsão baseada naquele cálculo.

Esta teoria contém um grande fundamento de verdade. Com relação ao segurador, a existência de um só contrato de seguro constituiria uma anormalidade, e, o que é mais, nesse caso, não poderia haver a benéfica função social que é própria do seguro; só mediante um grande número de contratos é que o segurador elimina o caráter aleatório de cada qual,

19. Por seu turno, na doutrina de língua alemã, HAAGEN, "Versicherungsrecht" em *Ehrenberg's Handbuch*, vol. VIII, parte I, pág. 307, frisa a importância de ramos intermédios entre o seguro contra os danos e o de importâncias determinadas *a priori* e EBRENZWEIG pensa, por isso, à substituição da dicotomia — *Schaden* e *Summenversicherung* — com uma tricotomia que leve em conta os casos intermédios.

20. A teoria vivanteana da empresa não visa, parece-me (cf., por ex., n.º 1.369, vol. IV, pág. 351, 5.º ed. do *Tratado*), distinguir o seguro do jôgo, porque é evidente poder, também este, ser exercido sob a forma de empresa e com a aplicação do cálculo de probabilidades, até mais rigorosamente do que no seguro.

tomado isoladamente, e pode, de modo efetivo, fazer frente ao risco; somente por esse meio tal risco se torna suportável, pois, afinal, fica repartido por todos os segurados, cada um dos quais substitui, pelo pagamento de um prêmio certo, cujo ônus pode suportar, a eventualidade de um dano que, ao invés, seria muito grave<sup>21</sup>.

Compreensível é, pois, a orientação das legislações recentes que, nos vários países, subordinam o exercício de alguns ou de todos os ramos do seguro à existência de mútuas ou de sociedades mercantis, cujos capitais, pelo seu vulto, dêem a segurança de que tal exercício possa ter lugar naquela escala que é necessária para que não se torne contra-producente<sup>22</sup>. Apesar disso, a teoria vivanteana também não satisfaz completamente.

Embora prescindindo dos casos, embora raros, de contratos de seguro concluídos sobre riscos que têm um caráter de unicidade e escapam à possibilidade de previsão fundada no cálculo de probabilidades<sup>23</sup>, é evidente que essa teoria<sup>24</sup> não assenta num caráter "jurídico" do "contrato de seguro", mas indica um pressuposto "técnico" da "indústria seguradora" e da sua função econômica<sup>25</sup>.

Este pressuposto, por seu turno, não é bastante para distinguir o seguro do jogo, não sendo ele, ademais, e até prescindindo do jogo, característico apenas do seguro e nem sequer acarretando, a falta dele, no caso concreto, a transformação do contrato de seguro em um contrato diverso.

Quanto à primeira destas afirmações basta notar poder, também o jogo, ser exercitado, habitual e profissionalmente, por empresas organizadas, assentes no cálculo de probabilidades e, até, de modo mais rigoroso do que não aconteça quanto ao seguro<sup>26</sup>. Tal acontece exatamente quanto ao *bookmaker* e ao concessionário do cassino.

E, realmente, parece-me óbvio, não assentar a ilicitude do jogo e da aposta no fato de serem eles concluídos ocasionalmente. A ilicitude

21. É justamente por isso que a doutrina francesa fala, como veremos, da mutualidade de qualquer seguro, o Rocco por sua vez, define o segurador como um intermediário no risco.

22. Em geral, é exigida a existência de uma sociedade anônima ou de uma mútua e são determinados capitais mínimos diversos, conforme os ramos exercidos e a extensão do território onde a indústria opera. Cf. Decreto n.º 1.186, de 3 de abril de 1939 e Decreto n.º 2.063, de 7 de março de 1940.

23. Por exemplo, as expedições científicas polares. Especialmente na praxe anglo-saxônica, o seguro de um risco com caráter único não é raríssimo. Cf. VITERBO, ob. loc. cit.

24. Como as construções análogas de BRUNETTI e de SALANDRA, dos seus estudos em *Assicurazioni*, 1937.

25. Cf. os já citados estudos de VITERBO e DONATI, que justamente evidenciaram a impossibilidade de encarar, na existência de uma empresa, um característico jurídico do contrato.

26. Cf. os citados estudos de VITERBO e DONATI, e já VALERI, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1930, I, 347.

do jogo assenta na falta de uma função social dele, em que possa assentar o seu reconhecimento legal como contrato produtivo de consequências jurídicas<sup>27</sup>. Portanto, a distinção entre seguro e jogo não pode assentar na existência de uma empresa seguradora, mas numa diferença intrínseca de característicos que evidencie a função social do seguro em que assente a justificativa do reconhecimento jurídico dele.

Quanto à segunda das afirmações, acima postas, pode-se, com efeito, observar existir tal pressuposto também em uma outra espécie de operações e de contratos: os bancários. É evidente que também a função econômica do Banco pressupõe uma pluralidade de "depósitos"<sup>28</sup>; graças à pluralidade dos depósitos, somente, é que o Banco, mantendo-se embora sempre em condições de fazer frente aos pedidos de reembolso, pode utilizar parte das somas depositadas, em aplicações várias, contando com a circunstância de que, no fluxo dos depósitos e das retiradas, um certo "fundo" permanece constante e, assim, disponível para os negócios. De poder o Banco exercer sua função de intermediário de crédito. Enquanto o comércio bancário se reduz às operações de mútuo, de depósito e semelhantes, é inegável a importância que assume, econômica e juridicamente, o exercício sistemático e a conseqüente conexão entre operações ativas e passivas, justamente próprios dos Bancos, mas tal importância não autorizaria a configuração de contratos autônomos.

Quanto à última das afirmações, acima postas, é evidente que um contrato de seguro concluído isoladamente, não desempenhada embora a função econômica do seguro, sempre permaneceria, porém, sob o aspecto jurídico, um contrato de seguro, não se transformando em um contrato diverso. Tanto é isso verdade que as leis, vedando, em linhas gerais, a conclusão de contratos de seguro a empresas que não tenham os requisitos estabelecidos (por exemplo, anônimas com capital determinado), prevêem a nulidade ou anulabilidade (a favor do segurado) ou a resiliabilidade (com efeito *ex nunc*) de tais contratos, cominam sanções, mas por isso mesmo, reconhecem que, na essência, aqueles contratos constituem sempre e apenas contratos de seguro (embora nulos ou anuláveis ou resolúveis) e não contratos de um outro tipo<sup>29</sup>. Isso porque o seu exercício por uma empresa constitui um pressuposto para que o seguro possa realizar a função que lhe é própria, mas não faz parte do que

27. Cf. VITERBO, ob. cit., pág. 62.

28. Emprego do termo em seu significado corrente, prescindindo da questão de saber se os depósitos bancários sejam sempre depósitos, no rigoroso sentido jurídico.

29. Problema análogo se propõe quanto aos contratos de capitalização — se do, em geral, análogo, a respeito, a disciplina dos contratos de capitalização de seguro-vida — e até quanto aos depósitos bancários, caso não possam estes ser recolhidos a não ser por bancos legalmente autorizados. Em todas estas hipóteses visa, a norma, antes de mais nada, a tutela de quem contrata com a empresa, sendo este o elemento que deve ser levado em conta na interpretação. Cf. o meu ensaio em *Assicurazioni*, 1934, I, 184.

se costuma chamar a causa do contrato<sup>30</sup>, o mesmo se dando, recordamo-lo, com as operações bancárias.

Não me parece seja, afinal, diversa da de VIVANTE, a orientação da doutrina francesa mais difundida. Assim, HEMARD, em seu *Traité* (vol. I, pág. 73), define o seguro como o contrato em que ao prêmio pago pelo segurado corresponde o seu direito de obter, para si ou para outrem, no caso de ocorrência do sinistro, uma prestação de "une autre partie, l'assureur, qui, prenant en charge un ensemble de risques, les compense conformément aux lois de la statistique".

Esta, aliás, é a definição, em geral, mais acatada na doutrina francesa<sup>31</sup>. Ela incorre<sup>32</sup> na mesma crítica feita à teoria vivanteana<sup>33</sup>.

Por um lado, erige em essencial um elemento técnico que, como tal, se refere não à caracterização do contrato entre os demais contratos, mas à validade ou regularidade do próprio contrato; de outro lado, esse elemento técnico se encontra, *mutatis mutandis*, também em outras operações, e, assim, não pode ser considerado característico distintivo do contrato de seguro.

Resumindo, poder-se-ia dizer que a tese de VIVANTE, como a da doutrina francesa, indica a base técnica da indústria seguradora<sup>34</sup>, não, porém, a característica jurídica do contrato<sup>35</sup>.

Isso não significa que o elemento, pôsto em relêvo pela teoria de VIVANTE, careça de grande importância jurídica.

A conclusão sistemática de contratos de seguro dá lugar a uma série de efeitos jurídicos, que seria errôneo esquecer. Realmente, é por efeito de ser, o segurador, uma empresa, que a circulação do risco realizado por meio do seguro pode, economicamente, alcançar uma efetiva segurança social: a pluralidade dos riscos permite justamente prever a verificação deles conforme leis estatísticas e, portanto, substituir, a um risco incerto, a previsão de uma determinada percentagem de sinistros cada ano. Alcança-se assim uma segurança social (e uma certeza quanto à possibilidade do beneficiário de cobrar efetivamente a indenização devida) que nunca decorreria de um contrato "isolado".

Natural, portanto, que, econômica e juridicamente, represente o seguro concluído com quem apenas segura ocasionalmente, uma anomalia;

30. Cf. DONATI, ob. loc. cit.

31. Onde, por isso, ensina-se que base constante do seguro é a mutualidade e, portanto, a concorrência de mais segurados, a qual permite ao segurador, constituído em companhia ou como mútua, compensar os vários riscos.

32. No mesmo sentido da doutrina francesa, cf., na Argentina, o comentário de SGOVIA, ao art. 549 do Código Comercial argentino.

33. Poderia, com efeito, esta definição, ser aplicada ao bookmaker e ao em- preendedor de uma casa de jogo.

34. Justamente por isso tendem elas a ser traduzidas, legislativamente, não na disciplina do contrato de seguro, mas na disciplina das empresas seguradoras.

35. Cf. VITERBO e DONATI, obs. cit.

natural que o direito vise evitá-la e vise garantir efetivamente subsista, quanto aos segurados, a garantia decorrente da pluralidade dos riscos.

VIVANTE justamente indicou as várias conseqüências decorrentes do primeiro princípio<sup>36</sup>; as leis de fiscalização demonstram a importância do segundo, especialmente sob o duplo aspecto: a) da irregularidade, que já mencionamos, dos contratos de seguro concluídos por um segurador não habilitado legalmente; b) da instituição de uma garantia coletiva, a favor dos segurados, quanto às chamadas reservas técnicas das empresas<sup>37</sup>. Portanto deve, parece-me, ser, sim, mantido o que constitui o elemento vivo da teoria de VIVANTE<sup>38</sup>, mas não deve ser esquecido que este elemento não é de per si suficiente para caracterizar o contrato de seguro<sup>39</sup>.

## O SEGURO COMO CONTRATO DE INDENIZAÇÃO TAMBÉM NA HIPÓTESE DO SEGURO DE VIDA

4.º) Para encontrar a unidade do contrato de seguro em suas várias formas, é necessário, embora mantendo os elementos de verdade próprios das teorias mais modernas, voltar ao conceito tradicional do contrato de seguro como contrato de indenização<sup>40</sup>, que é hoje unanimemente admitido quanto aos seguros sobre as coisas, mas negado, quanto ao seguro sobre as pessoas, até pelos que sustentam a teoria da "necessidade".

Desenvolvendo a teoria da "necessidade" cumpre identificar o "dano" que o seguro visa reparar.

Esclarecendo qual seja o "dano" que o seguro, ainda o de vida, visa reparar e assentando na própria natureza dele a possibilidade de ser, a indenização correspondente, estabelecida pelas partes em uma importância

36. Cf. no *Traité* de VIVANTE, o n.º 1.850, vol. IV, 5.ª ed. Cf., também, o comentário de VIVANTE ao título do seguros, no comentário do Código do Comércio editado pela U. T. E. T., 6.ª ed., onde se tem a mais recente exposição do pensamento do Mestre sobre o assunto.

37. Cf. COLIN ET CAPITANT, ob. cit., pág. 764, edição de 1935.

38. Cf., com efeito, VIVANTE, *Traité*, vol. IV, n.º 1.850, pág. 341, da 5.ª ed., em nota, onde o próprio autor cita, resumindo a própria teoria, as palavras de SCHUPFER que notava visar, a teoria de VIVANTE, demonstrar a "anormalidade" de um contrato de seguro na falta de uma empresa seguradora.

39. Por isso, parece-me incompleta a afirmação vivanteana que caracteriza o contrato de seguro pela presença de uma empresa, de um risco e de um prêmio. Parece-me, ao contrário, o conceito de indenização indispensável para caracterizar o seguro. Consinto com VIVANTE em achar deva o seguro, para preencher a própria tarefa, ser concluído com uma empresa; dissinto dele, bem como em geral das teorias modernas, quando exclui o fato de visar uma indenização, dos característicos do seguro; dissinto dele quando parece afirmar ser a presença de uma empresa o característico diferencial do "contrato" de seguro perante contratos similares e constituir, a presença da empresa, o característico diferencial entre seguro e jogo.

40. A respeito desta teoria tradicional, cf. as citações bibliográficas em VITERBO, ob. cit., pág. 51 (que a critica).

preventivamente determinada, será possível chegar a um conceito unitário do contrato, voltando, assim, à teoria tradicional e à impressão comum que encara todos os ramos de seguro como subespécies de um único contrato.

O próprio conceito do "risco", objeto do contrato de seguro, em que assenta a distinção entre seguro e jôgo<sup>41</sup>, relaciona-se àquele de sinistro e de dano.

Caso o elemento indenitário fôsse ausente do seguro de vida ou daquele de pessoas, não ressaltaria mais a distinção entre estes ramos e o jôgo<sup>42</sup>, insuficiente sendo, então, a este respeito, quer a teoria da necessidade<sup>43</sup>, quer a da empresa.

### A INESTIMABILIDADE DOS BENS PESSOAIS. EXATIDÃO, MAS INSUFICIÊNCIA, DESTA OBSERVAÇÃO

5.º) É corrente conceituar a vida humana como um bem inestimável; essa inestimabilidade, diz-se, justifica a norma que permite, no seguro de vida, dar qualquer valor à indenização, e recebê-la mediante a só prova do sinistro. O seguro de vida, acrescenta-se, tem sempre por objeto o ressarcimento de um dano cuja avaliação, porém, na impossibilidade de ser feita objetivamente, por ser a vida humana inestimável, é lícito fazer, *a priori*, em uma soma determinada, independentemente da demonstração concreta do prejuízo, ao contrário do que ocorre com o seguro nos demais ramos.

Primeiramente é de salientar que a inestimabilidade da vida e da pessoa humana diz respeito ao seu valor extrapatrimonial, juridicamente confirmado no reconhecimento geral do direito à liberdade. Não poderia ela, com efeito, ser invocada juridicamente em relação aos escravos<sup>44</sup>.

41. Cf. VITERBO, ob. loc. cit.

42. E realmente VALERI, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1930, I, 347, reconhece impossível a distinção entre os característicos jurídicos do contrato de seguro-vida e do jôgo; tal, parece-me, é também o sentido das páginas citadas do CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), quando afirma o caráter aleatório do contrato de seguro de vida, negando-o quanto ao seguro sobre as coisas.

Examinaremos mais adiante a tentativa de VITERBO, ob. cit., pág. 63, para conciliar a negação do caráter indenitário, com a justa afirmação da teoria da necessidade o veremos que, realmente, admitidas as premissas da teoria da necessidade é possível, juridicamente, identificar o dano.

43. E com efeito é justamente esta insuficiência que conduz VIVANTE à formulação de sua célebre teoria criticada nas páginas anteriores. E, no entanto, antes do mais nada no que diz respeito à distinção do jôgo que esta teoria, vimos, apresenta-se inexacta.

44. Justamente com essa última observação inicia o seu estudo do seguro de vida (cap. XXV, *Princípios de Direito Mercantil*, Lisboa, 1901, tomo I, 1.ª ed., 58, JOSÉ DA SILVA LISBOA, continuando, com o exame, notavelmente "moderno" por ele dedicado ao seguro, uma tradição doutrinária portuguesa que teve o seu início

No terreno patrimonial, a vida humana pode ser objeto de avaliação, como demonstra a praxe dos seguros sociais e como de resto tem lugar nas várias hipóteses em que o juiz deve fixar um ressarcimento por homicídio ou lesão pessoal<sup>45</sup>.

Entretanto, as normas do seguro de vida apresentam-se sempre idênticas, inclusive nas hipóteses em que a justificação do seguro assenta exclusivamente em um interesse patrimonial. Assim no caso do credor que fez seguro sobre a vida do devedor<sup>46</sup>.

Mesmo de um ponto de vista geral, parece mais conforme à realidade admitir que o seguro de vida tenha presente, antes de mais nada, o lado patrimonial do dano, do que admitir que vise, com a indenização, compensar apenas uma perda de caráter extrapatrimonial.

Allás, também nos seguros de acidentes é permitido, como nos de vida, prefixar o valor da indenização com qualquer cifra, e já aqui parece bem difícil justificar tal permissão apenas com a inestimabilidade dos bens pessoais, embora, é óbvio, não deva esta inestimabilidade ser esquecida<sup>47</sup>.

Em segundo lugar, afirma-se decorrer o empecilho ao reconhecimento do caráter de indenização no seguro de vida, da circunstância de que, o dano ou a dor, quem os sente, são os que viviam às expensas do defunto, e os parentes e amigos. Só quanto a tais pessoas que, allás, se podem dividir por grupos bem distintos, haveria, portanto, uma "indenização", em virtude do seguro; não deveria, portanto, ser permitida a indicação discricionária, que, entretanto, tôdas as legislações permitem, de um terceiro beneficiário, inteiramente estranho àqueles grupos. A observação da inestimabilidade dos bens pessoais não resolve esta dificuldade; ao contrário, deixa inexplicada a possibilidade, normal, do seguro a favor do próprio estipulante-segurado.

em PEDRO de Santarém (cuja obra se encontra, geralmente, editada junto com STRACCOA) cujo tratado foi básico em tôda a Europa nos séculos XVI e XVII.

Cf. Bensa, *Il Contratto di Assicurazione*, pág. 129; PIATTOLI, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1936, I, 866, quanto às várias regras das primitivas formas de seguro de vida. Da primeira companhia brasileira de seguro sobre a vida dos escravos dá notícia o *Diário de Pernambuco* de 11 de novembro de 1856, citado por GILBERTO FREYRE, *Nordeste*, Rio, 1937, pág. 245.

Os economistas examinaram demoradamente o problema do homem livre como instrumento de produção e a possibilidade, portanto, de incluir o "homem" naqueles bens que constituem riqueza. Cf. FISHER, *The Nature of Capital and Income*, Nova Iorque, 1906, cap. I, §§ 2.º e 5.º.

45. Prescindindo de examinar aqui o problema, diverso, da ressarcibilidade do dano moral. O argumento da "inestimabilidade" da pessoa humana só, às vêzes, ser invocado para negar a ressarcibilidade do dano moral, o que não me parece, entretanto, procedente. Cf. CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), *Doutrina e Prática das Obrigações*, Curitiba, 1908, pág. 869.

46. Essa prática é, hoje, bastante difundida, quer no seguro por parte dos empregadores sobre a vida de técnicos empregados, dificilmente substituíveis, quer, combinada com os empréstimos hipotecários, no seguro do instituto de crédito hipotecário, financiador da construção, sobre a vida do adquirente da casa a prestações.

47. Quanto ao exame do problema de inestimabilidade dos bens pessoais em relação ao seguro contra acidentes, cf. VALERI, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1907, II, 563.

Em terceiro lugar, pode-se observar que, dos seguros de vida, fazem parte quer os seguros para caso de morte, quer os seguros para caso de vida; ou seja, as várias formas de seguro de sobrevivência (por exemplo, seguro de casamento; seguro por uma soma ao atingir a maioridade; seguro de velhice, etc.). Nestas hipóteses vigoram as regras do seguro de vida — a possibilidade, pois, de determinar a indenização com uma soma fixa, independentemente da demonstração objetiva do dano; entretanto, tal possibilidade não pode encontrar a sua justificativa na inestimabilidade dos bens pessoais.

## A DOCTRINA GERAL DO RESSARCIMENTO DO DANO

6.º) Para a solução do problema cumpre recorrer à doutrina do ressarcimento do dano.

De um ponto de vista naturalístico, as conseqüências de um evento danoso são múltiplas e isso sob dois aspectos: quanto às várias pessoas que podem ser prejudicadas por um só evento, quanto às conseqüências que um mesmo evento pode ter quanto a cada pessoa.

O direito, ao disciplinar o ressarcimento dos danos, contratuais ou extracontratuais, restringe-se a somente "algumas" das conseqüências do evento danoso e isso sob qualquer dos dois aspectos há pouco distinguidos.

Com referência às pessoas prejudicadas, elas não são, todas, admitidas a fazer valer um direito ao ressarcimento.

Quais as que o são, é ponto ainda não seguramente esclarecido na doutrina. Existe a tendência muito generalizada de não limitar o ressarcimento somente a quem teve o seu direito subjetivo violado<sup>48</sup> e admitir que até as violações do direito objetivo dão lugar ao ressarcimento dos danos a favor do lesado nos seus interesses (embora estes não constituam direitos subjetivos<sup>49</sup>. Não está, porém, previsto, de um modo geral<sup>50</sup>, quais sejam esses interesses<sup>51</sup>.

48. Quanto à diferença entre "direito subjetivo" e "interesse protegido" no direito privado, cf. ENNEOERUS KIPP WOLFF, *Derecho Civil*, trad. esp., Barcelona, 1934, vol. I, pág. 288.

49. É por isso que, em matéria de ressarcimento de danos por homicídio, opinam muitos que o direito ao ressarcimento não cabe aos herdeiros, *jure hereditario*, mas — *jure proprio* — aos que viviam às expensas do assassinado. A mais profunda indagação sobre o problema se encontra em CARNELUTTI, *Infortunati*, Roma, 1908, Athenaeum.

50. A fórmula do art. 1.382, francês; art. 1.151, italiano; como também, agora, os arts. 161 e 162 do anteprojeto brasileiro das obrigações, parecem concernir a todo ato culposo que tenha causado dano, violando a lei ou os bons costumes, mesmo sem violar um direito subjetivo alheio.

No direito suíço, no art. 41 do Código das Obrigações, considera-se, de um lado, a violação da lei (ainda que não importe em violação de direito subjetivo), e, de outro lado, a dos bons costumes (que só importa em ressarcimento quando dolosa).

Cf. VON TUHR, *Partie Générale du Code Fédéral des Obligations*, Lausanne, 1933, 2.ª ed., págs. 324 e segs. do vol. I.

51. CARNELUTTI, *Danno e Reato*, opina poder, o direito ao ressarcimento, caber somente aos interessados "direitos e imediatos", utilizando, assim, quanto à deli-

Com relação às várias conseqüências do evento danoso quanto a uma mesma pessoa, é freqüente, na tradição francesa, o princípio de serem ressarcíveis somente os danos diretos, imediatos e, quando culposos, previsíveis<sup>52</sup>.

Para os fins que temos em vista, basta observar que tais limites se referem ao dano ressarcível segundo as disposições legais, sem excluir possam as partes estabelecer de dever, o ressarcimento, ter lugar dentro de limites mais amplos do que os previstos na lei.

## DANO EMERGENTE. LUCRO CESSANTE. BENEFÍCIO ESPERADO

7.º) É conhecida a distinção tradicional entre dano emergente e lucro cessante.

Menos freqüentemente salientada é a distinção entre lucro cessante e benefício esperado, ou, se se preferir, a distinção, no âmbito do lucro cessante *lato sensu*, entre o lucro cessante *stricto sensu* e o benefício esperado. De um modo geral, inclui-se no ressarcimento tanto o dano emergente como o lucro cessante, *lato sensu*; às vezes, no entanto, especialmente quanto ao benefício esperado, aparenta-se maior a dificuldade do credor de demonstrar que a ausência desse benefício constitui uma conseqüência imediata e direta do fato danoso.

Mas, quando as partes diretamente pactuaram que o ressarcimento deva compreender também um tanto para ressarcimento do benefício esperado, não estarão elas, então, no terreno do ressarcimento dos danos? A meu ver, também neste caso há um ressarcimento de danos. Na realidade, a diferença entre lucro cessante *stricto sensu* e benefício esperado, é mais uma diferença de grau que de natureza: lucro cessante é o ganho que se tinha o direito de auferir e seria auferido, não fôra a ocorrência de circunstâncias excepcionais; benefício esperado é o que não se tinha ainda o direito de auferir, mas teria provavelmente sido auferido<sup>53</sup>.

mitação dos sujeitos legitimados, o critério estabelecido nos códigos para a delimitação objetiva dos danos ressarcíveis em matéria de responsabilidade contratual e que a tradição francesa e italiana aplica também à delimitação objetiva dos danos ressarcíveis na responsabilidade civil.

52. Código italiano, arts. 1.228 e 1.229; francês, arts. 1.150 e 1.151. O limite da ressarcibilidade quanto aos danos diretos e imediatos costuma ser, por muitos, estendido também aos danos extracontratuais; não assim o da previsibilidade. No Código brasileiro, a liquidação dos danos extracontratuais é disciplinada analiticamente, quanto às várias hipóteses, nos arts. 1.537 e segs.; a dos danos contratuais compreende o que o devedor efetivamente perdeu e o que razoavelmente não ganhou (art. 1.059), como conseqüência direta e imediata (art. 1.060) de ato ilícito, e só dentro do limite dos lucros previsíveis quando a inexecução da obrigação consiste na falta de pagamento no momento e na forma devida (art. 1.050, 1.º).

53. Esta afirmação corresponde à doutrina de FISCHER (*A Reparação dos Danos no Direito Civil*, trad. port., São Paulo, 1938), que, a respeito do lucro cessante, observa (pág. 58) não ser ele limitado ao que o credor já tinha adquirido o direito de auferir, o que permite justamente delinear, no âmbito do lucro cessante, *lato sensu*, a distinção do texto.

A diferença entre ressarcimento legal e ressarcimento total é mais acentuada quanto ao lucro cessante e ao benefício esperado dos instrumentos de produção<sup>54</sup>.

A. danifica as máquinas de B., que, por isso, não pode realizar um lucrativo contrato, já concluído, de venda dos seus produtos, nem fazer outros negócios, ficando, até, com sua fábrica fechada por muito tempo, com perda da clientela, etc.

No encadeamento das várias conseqüências do fato danoso, o direito intervém para limitar a ressarcibilidade às simples conseqüências imediatas e diretas, de maneira que o ressarcimento de B. será, na realidade, tanto menos completo, quanto maiores os benefícios mediatos e indiretos que esperava tirar de suas máquinas.

Mas, estaríamos fora de âmbito do ressarcimento dos danos, se as partes pactuassem o ressarcimento de tais benefícios?

### CONSEQÜÊNCIAS NA QUESTÃO PROBATÓRIA. AVALIAÇÃO ABSTRATA E CONCRETA

8.º) Na conexão das várias conseqüências danosas de um mesmo fato, não é difícil perceber um grau diverso de segurança, quanto à afirmação da relação de causalidade.

A existência desse diferente grau de segurança, demonstra-n o fato de que, muitas vezes, o nexo causal só pode ser afirmado como provável.

É o que se dá até em matéria de dano emergente: quer com relação à influência das causas, quer com referência à previsibilidade do dano; devem-se adotar, então, em substância, critérios de "normalidade" e, portanto, de probabilidade.

É o que se dá, em maior escala, com o lucro cessante, cujas normas probatórias sempre foram, de fato, discutidas na doutrina<sup>55</sup>.

54. O célebre exemplo de POTHIER, *Obligations*, ns. 166-167, donde deriva a determinação dos limites dos danos ressarcíveis nos direitos de tipo francês, referia-se justamente a danos em animais e, portanto, em instrumentos de produção, o que, me parece, só, às vezes, ser descuidado.

Parece-me clara a diversa complexidade do problema do ressarcimento dos danos, consoante se trate de bens destinados, pelo sujeito, ao seu consumo imediato ou, ao contrário, de bens que, à vista da sua destinação econômica por parte do sujeito, são instrumentais.

A distinção ressalta hoje em dia, freqüentemente, na numerosa jurisprudência européia a respeito de danos sofridos por automóveis: a diversa destinação do automóvel constitui um elemento que deve ser levado em conta na apreciação do dano, que, direta e imediatamente, decorre do ato ilícito; por seu turno, a limitação do ressarcimento apenas aos danos diretos e imediatos, tem praticamente um alcance diverso, consoante a diversa destinação do automóvel.

55. Cf. FISCHER, ob. cit., pág. 49, e, recentemente, GRAZIANI, "Appunti sul lucro cessante", in *Annali Università di Perugia*, 1925; na doutrina mais antiga, é fundamental o profundo e amplo exame de F. MOMMSEN, *Beitrag zur Obligationstheorie*, 1875.

É o que se dá, sempre, com os danos "futuros". Estes, também, são ressarcíveis<sup>56</sup>, mas, a sua constatação, a rigor, nunca poderá ter o caráter de "certeza" (peculiar à apuração dos danos "passados"), e, sim, apenas de "probabilidade", por isso mesmo que são danos futuros.

É o que, em medida ainda maior, se dá quanto ao benefício esperado.

Daí a tendência natural para determinar, preventivamente, a importância da indenização, tendência tanto mais acentuada, quanto mais árdua se torna o problema probatório<sup>57</sup>.

Ela é, pois, natural em se tratando da indenização não só do dano emergente, mas, do lucro cessante ou, mesmo, do benefício esperado. A avaliação concreta do dano sucede, assim, a avaliação abstrata e preventiva.

Esta preferência ganha força à medida que o dano atinge instrumentos de produção suscetíveis de proporcionar, segundo as ocasiões, lucros muito diversos.

É possível, naturalmente, nesta última hipótese, levar em conta o lucro, no momento do sinistro, qual base da avaliação do ressarcimento, ficando este limitado, portanto, ao lucro que, suposta a continuação da mesma capacidade produtora, veio a faltar em conseqüência do sinistro. É óbvio, porém, que não contraria o conceito do ressarcimento do dano admitir a possibilidade de um maior lucro, realizável com o correr do tempo e o aumento da capacidade da fonte produtora, se não tivesse sido danificada pelo sinistro.

Essas considerações podem, a rigor, ser aplicadas a qualquer instrumento de produção (máquinas, animais, homens), mas é evidente a sua peculiar relevância quando aplicadas aos seres humanos cujos lucros mudam em geral, com o correr do tempo, em medida particularmente notável.

Limitado o ressarcimento, nesse caso, ao lucro de que o sinistrado ou seus dependentes são privados; incluídos no orçamento desse lucro apenas os ganhos do sinistrado no momento do sinistro — chegar-se-á, na realidade, a uma avaliação, recomendável sim pela simplicidade, mas que, porém, é impossível considerar seguramente correspondente ao dano ocorrido.

Não contraria, pois, de nenhum modo, o conceito de ressarcimento do dano, o fato de se admitir uma avaliação diversa, que leve justamente em conta a eventualidade de futuras variações dos ganhos do sinistrado, e, é evidente, admitida a possibilidade dessa avaliação diversa, admitida estará a possibilidade de avaliar abstratamente o dano.

Isso mais evidente se torna, quando tomadas em consideração as qualidades pessoais que, certo, não têm um valor patrimonial facilmente

56. Cf. COLIN ET CAPITANT, *Traité*, II, pág. 174.

57. Essa tendência é, aliás, conhecida no direito tradicional, com o instituto da cláusula penal.

avaliável, mas certo têm um valor, mesmo patrimonial, como a beleza física e a saúde.

É óbvio que, nessas hipóteses, só mediante uma avaliação abstrata é possível reparar o dano<sup>58</sup>, sendo tal reparação não apenas um *pretium doloris*, mas também a compensação dos benefícios que, no terreno patrimonial, esses bens teriam permitido realizar.

É natural, pois, que o ressarcimento do dano pessoal dê lugar, quando for permitido às partes disciplinar preventivamente o ressarcimento, a uma avaliação abstrata, que não contraria, no entanto, o conceito de ressarcimento do dano, sendo, antes, uma consequência do mesmo.

A avaliação preventiva abstrata fica, por sua vez, em posição bem diversa ante o conceito de ressarcimento do dano, segundo se trate de dano emergente ou de lucro cessante *stricto sensu*, ou de benefício esperado.

Com efeito, no primeiro caso é possível, ao menos normalmente, avaliar de modo objetivo o dano e, portanto, verificar se é inferior ou superior à realidade, o valor obtido com a avaliação abstrata. Daí poder a ordem jurídica intervir aumentando ou reduzindo esse valor. Esta possibilidade subsiste, embora com maiores dificuldades, no segundo caso.

No terceiro caso, ao contrário, será normalmente impossível chegar a uma avaliação concreta do dano, cujo caráter de certeza ou, ao menos, de suma probabilidade, permita afirmar que a avaliação abstrata se acha em contraste com o conceito mesmo de ressarcimento do dano.

Neste caso, portanto, de um lado, a avaliação preventiva abstrata será praticamente preferida à avaliação concreta, de outro lado não haverá a possibilidade de contestar a indenização determinada preventivamente, à vista do dano efetivamente verificado<sup>59</sup>.

## LIMITES

9.º) Admitida, portanto, em tese, a possibilidade de uma avaliação abstrata, deve o direito, direta ou indiretamente, marcar os limites dela; é óbvio, com efeito, haver a possibilidade que as partes, determinando

58. Correlatamente pode-se lembrar que uma das funções da cláusula penal é a de avaliar *a priori* danos dificilmente avaliáveis concretamente, alcançando, consequentemente, como observou JHERING, a proteção patrimonial mesmo de interesses não patrimoniais.

59. Cumpre esclarecer que, quer na hipótese de avaliação concreta, quer na de avaliação abstrata, não é logicamente necessário consista, a indenização, em uma soma de dinheiro.

Voltaremos mais adiante a evidenciar tal princípio que só, com frequência, ser esquecido pelos que identificam o seguro em que há uma avaliação abstrata da indenização com um seguro de somas.

A possibilidade de não consistir a indenização, quer na hipótese de avaliação concreta, quer na de avaliação abstrata, em uma importância de dinheiro, volta, veremos, a evidenciar a unitariedade do contrato de seguro.

em uma importância precisa a indenização devida, utilizem, afinal, um pacto que visa o ressarcimento dos danos, para um fim diverso<sup>60</sup>.

Esse problema é um problema geral da doutrina do ressarcimento do dano<sup>61</sup>, tal como tem caráter geral o dos limites da possibilidade de determinar, em uma importância determinada preventivamente, a indenização devida.

Podem estes limites ser marcados diretamente pelo direito, estabelecendo qual seja a importância máxima da indenização<sup>62</sup>.

Pode, ao contrário, o direito delimitar as hipóteses em que seja possível uma avaliação preventiva, abstrata do dano, confiando que, assim limitada, não possa, ao menos normalmente, esta possibilidade ser utilizada para fins diversos: a vantagem assim decorrente quanto à generalidade dos casos compensa os inconvenientes decorrentes em casos excepcionais.

Tal se dá admitindo a possibilidade da avaliação preventiva abstrata quanto às hipóteses em que, de um lado, pelos próprios característicos de evento, a perda "do benefício esperado" tem particular importância e particularmente necessária se aparenta, portanto, a possibilidade de uma avaliação abstrata preventiva do dano que não esteja sujeita a um limite máximo legal; de outro lado os próprios característicos do evento conservam a este, normalmente, o caráter de dano até quando a indenização seja muito elevada, tal que, ao menos normalmente, é impossível seja ela visada com um fim diverso do de ressarcimento e possa, portanto, o contrato, preencher uma função diversa. É o que acontece admitindo a avaliação preventiva abstrata quanto aos riscos sobre as pessoas, ou seja, quanto aos riscos em que, de um lado, se avoluma na avaliação do dano, o que respeita ao lucro cessante e ao benefício esperado, de outro lado o aspecto não patrimonial do evento tem inegável importância.

## OS VÁRIOS RAMOS DO SEGURO EM RELAÇÃO COM O DANO EMERGENTE

10.º) As considerações precedentes talvez bastem para oferecer ao leitor os elementos de demonstração da afirmativa que avançamos acerca da unidade de contrato de seguro como contrato de indenização, nos seus vários ramos, e com relação, respectivamente, à indenização do dano emergente ou à do lucro cessante (e benefício esperado)<sup>63</sup>.

60. A hipótese é, aliás, comum na prática, quer no que respeita ao ressarcimento do dano, quer no que respeita ao problema análogo que se apresenta quanto à avaliação abstrata do reembolso das despesas. Assim, uma avaliação abstrata e preventiva das despesas a reembolsar, pode, na realidade, mascarar juros usurários.

61. Se apresenta, com efeito, quanto aos limites da importância da cláusula penal.

62. É o que acontece quanto à cláusula penal no direito brasileiro.

63. A tese do caráter indenitário de todos os ramos de seguro foi, como notamos, já sustentada por muitos autores; por seu turno, foi já evidenciada na dou-

Aliás, já VALERI<sup>64</sup>, examinando as várias classificações do seguro, frisou passar-se como que gradualmente dos ramos em que o ressarcimento do dano constitui a causa do contrato até ao seguro de vida, em que não lhe parecia mais possível encarar o ressarcimento do dano como causa do contrato. Substituíam-se, assim, a uma rigorosa contraposição entre os ramos de seguro que visam o ressarcimento do dano e os ramos que, ao contrário, visam o pagamento de importâncias determinadas *a priori*, como que uma série de passagens graduais<sup>65</sup> em que o alcance do cancelo do ressarcimento do dano sucessivamente se apouca até desaparecer.

### SEGURO DOS DANOS AS COISAS

a) A tese por nós adotada não encontra, naturalmente, dificuldade no que diz respeito aos seguros contra danos às coisas; constitui, com efeito, nesse caso, ensinamento constante. Tal ensinamento põe também em evidência que a indenização assegurada não cobre, em geral, nessa hipótese, o lucro cessante. Sabe-se que, também em matéria de dano emergente, surgem dificuldades ulteriores para a fixação do "valor" da coisa<sup>66</sup>, que deve ser tomado em consideração para os fins do ressarcimento. Valor objetivo ou valor subjetivo? Valor de mercado, ou valor de uso? Tais perguntas traduzem, em substância, quanto aos seguros contra danos, a tendência natural para adotar critérios objetivos de cálculo do dano<sup>67</sup>.

trina a relação dos vários ramos de seguro ora com o ressarcimento do dano emergente ora com o do lucro cessante e do benefício esperado. A relação entre seguro do benefício esperado por um lado e seguro contra acidentes, por outro, já foi sustentada por VALERI (*Rivista di Diritto Commerciale*, 1909, II, 535), e por mim desenvolvida em *Assicurazioni*, 1937, fasc. 4:5; sobre aquela entre benefício esperado e seguro para caso de morte. A. DONATI, *audivi dicentem*; não parece diversa, aliás, a orientação de CLÓVIS BEVILÁQUA, ao falar da vida como "energia produtora" em relação ao seguro para caso de morte. No volume de BERDEZ, *Les Bases Juridiques et Économiques de l'Assurance Privée*, Lausanne, 1895, pág. 131 (citado por VALERI e que não teve a possibilidade de consultar), ensina-se, por seu turno, visarem os seguros sobre pessoas, valores futuros.

Do lucro esperado nos seguros falam, em linha geral, o Código holandês, art. 242, e o argentino, art. 492, mas parecem referir-se à hipótese do seguro do lucro esperado no seguro das coisas e não no seguro sobre as pessoas.

64. *Rivista di Diritto Commerciale*, 1930, I, 347.

65. Por isso, no ensinamento de VALERI e da doutrina italiana dominante, o seguro contra os acidentes fica classificável como seguro contra os danos, apesar de consistir, a indenização, em uma importância determinada *a priori*. Afinal, a orientação deste estudo constitui um desenvolvimento (no que respeita aos seguros de vida) da orientação que admite o caráter indenitário do seguro contra os acidentes e da chamada teoria da necessidade.

66. Cf. arts. 1.458 e 1.461, Cód. Civil brasileiro. Quanto ao exame deste problema na doutrina geral do ressarcimento do dano, cf. FISCHER, ob. cit., pág. 34.

67. Prende-se a esta tendência o fato de estipularem com frequência, as partes, poder (ou, conforme as cláusulas, dever) o segurador, caso possível, reparar ou substituir a coisa, em vez de pagar uma indenização. Tal cláusula só, geralmente, ser estipulada a favor do segurador; poderia sê-lo, também, tendo em vista o interesse do beneficiário, para evitar resultasse, a indenização, menor na hipótese de uma desvalorização monetária.

Essas observações esclarecem porque, em matéria de seguros contra danos às coisas, há uma relutância prática e legislativa em admitir seja segurável o benefício esperado. Ele não é normalmente avaliável com segurança por via objetiva, e, por isso, o seu ressarcimento é admitido — quer o limite seja, diretamente, legal, quer decorra da praxe contratual — apenas naqueles casos em que é de fácil e objetiva avaliação<sup>68</sup>.

De outro lado, no entanto, o benefício esperado tem nestas hipóteses alcance muito menor do dano emergente. Portanto, o contrato preenche a própria função embora o ressarcimento não abranja o benefício esperado.

É, portanto, nestes casos, em geral, preferível negar o ressarcimento do benefício esperado do que não seja correr riscos que decorreriam da sua ressarcibilidade. Estes riscos seriam peculiarmente graves pois que, à vista do caráter apenas patrimonial do evento, qualquer exagero na indenização constituiria, para o beneficiário, um incentivo a provocar o sinistro, com o que desapareceria a própria base fundamental do contrato.

Isso explica, também, a excepcionalidade com que, no seguro sobre coisas, é adotada a avaliação preventiva do dano<sup>69</sup>, e o limite do alcance dela<sup>70</sup>. Um exemplo tradicional dessa avaliação é o da cláusula "valha ou não valha" do direito marítimo, que tem explicação na peculiar dificuldade que pode haver na fixação do dano decorrente de sinistros no mar<sup>71</sup>.

68. Por exemplo, o maior valor da coisa no lugar do destino; a renda bruta de um prédio (até independentemente do seguro do pagamento do aluguel por parte do inquilino que a isso se obrigou, seguro, este último, da solvabilidade do inquilino). Note-se, no entanto, não serem desconhecidos na prática seguros marítimos que visam, também, o ressarcimento do benefício esperado, prefixado pelas partes, em uma percentagem determinada (por ex., o 20% do preço da coisa). Nesta hipótese, afinal, em caso de sinistro, a indenização é paga em uma medida independente do dano "efetivo" do beneficiário; o benefício esperado é avaliado preventiva e abstratamente; isso, volta a evidenciar a relação entre o seguro do benefício esperado e a avaliação preventiva e abstrata.

69. Explicitamente vedada quanto ao seguro contra os incêndios na lei alemã (§ 189) e na lei suíça (art. 65). Ao contrário, o Código Civil brasileiro, art. 1.482, admite, em geral, a possibilidade de uma avaliação preventiva.

70. Enquanto, em princípio, não pode obstar seja ressarcido apenas o dano, efetivamente verificado, embora inferior à avaliação preventiva. (Cf. art. 1.438, Código Civil brasileiro).

71. A validade dessa cláusula é discutida no direito francês e no italiano, onde ela tende a ser admitida na jurisprudência, no passo que a doutrina muitas vezes ensina que ela não obsta que o segurador calcule o real valor da coisa no momento da conclusão do contrato; o efeito dela seria o de dever-se, quanto à avaliação do valor da coisa, considerar o momento da conclusão do contrato e não o do sinistro.

Nos arts. 603 e 701, do Código Comercial brasileiro, nega-se valor particular a essa cláusula, mas, por outro lado, admite-se, em geral, em certos limites, a eficácia da determinação convencional do valor da coisa, podendo, o segurador, tão-somente provar que a coisa valia, no momento da conclusão do contrato, no mínimo um quarto menos.

## SEGURO NUPCIAL

b) O seguro para o pagamento de uma soma na eventualidade de nupcias, nascimento de um filho e fatos semelhantes, constitui, ao meu ver, um seguro com relação ao dano emergente.

Nascimento e matrimônio constituem, economicamente, um "aumento de despesa"; são acontecimentos que trazem maior necessidade de dinheiro e, por isso, uma despesa que o seguro respectivo visa cobrir. A ordem jurídica não fica, realmente, insensível a esse ponto de vista, quer na sua organização tradicional, considerando muitas legislações como uma obrigação natural a dos pais dotarem os filhos, quer nas normas, agora numerosas, que, à vista do matrimônio ou do fato de ter filhos, conferem isenções fiscais, etc.

Esse aumento de despesas não pode, porém, ser concretamente avaliado e, por isso, o deve ser abstratamente, *a priori*, sendo a indenização devida sem indagar qual tinha sido, o aumento de despesa no caso concreto<sup>72</sup>. Já por tal circunstância esse ramo se aproxima do seguro de vida e, em geral, do seguro de pessoas.

A necessidade de considerar esses ramos entre aqueles do seguro de vida assenta ademais na circunstância de que o pressuposto da verificação do evento que condiciona o direito de indenização é, obviamente, constituído pela vida do segurado, e, por isso, tal pressuposto deve ser tomado em consideração no cálculo de probabilidade que preside à determinação do prêmio, tal como sucede nos seguros de sobrevivência<sup>73</sup>.

Mas, seria errôneo esquecer, por isso, que os seguros de nupcias e outros semelhantes visam cobrir um futuro aumento de despesas.

Essa observação explica porque a praxe, em geral, só conclui esses contratos quanto às indenizações modestas (ao menos em relação à condição econômica do beneficiário), justamente para impedir que o beneficiário contraia nupcias apenas com o fito de lucrar a indenização e esta constitua um verdadeiro "lucro" para ele.

É verdade, porém, que a lei prescinde da demonstração desse interesse ao considerar válido o contrato. Substancialmente, a existência do interesse está presumida na lei, ao contrário do que sucede nos seguros sobre as coisas, e, análogamente, do que sucede, como veremos, em todas as hipóteses de seguros para o caso de sobrevivência. É, pois,

72. Mas não seria, em tese, impossível subordinar, a indenização, à demonstração do aumento de despesa, sendo ela, então, limitada, pelo aumento de despesa verificado; não seria impossível consistisse a indenização em bens que não sejam dinheiro (por exemplo: em um apartamento).

A primeira observação visa evidenciar não haver uma relação necessária entre a natureza do risco e a avaliação abstrata do dano, mas apenas uma relação de oportunidade o que corrobora o caráter unitário do seguro. A segunda visa evidenciar não haver uma relação necessária entre a avaliação abstrata do dano e o fato de consistir, a indenização, em uma importância de dinheiro fixada *a priori*.

73. Cf. VIVANTE, *Trattato*, vol. IV, n.º 1.931.

a praxe contratual que deve evitar esse perigo, com as cautelas da redação do contrato.

É subsequente a praxe contratual que deve fazer nesses casos, através da configuração concreta do contrato, a sua distinção do jôgo, uma vez que o legislador não exige a demonstração da existência do interesse segurável, mas se limita a presumi-lo.

## SEGURO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

c) O seguro da responsabilidade civil visa, por seu turno, ressarcir o segurado do que é, para o patrimônio deste, um dano, isto é, a obrigação de ressarcir, por sua vez, o dano provocado ao terceiro<sup>74</sup>.

Pode-se observar que, o ressarcimento devido pelo segurado responsável ao terceiro (e que abrange quer o dano emergente, quer o lucro cessante deste) constitui, por sua vez, um dano emergente do segurado responsável.

Essa observação permite afirmar a possibilidade de ter, a mesma importância, uma diversa natureza, conforme seja encarado, ou o dano que deve ser ressarcido por um primeiro responsável por ele, ou aquele que o deve ser por quem seja, por sua vez, responsável para com o primeiro.

Fica, pois, confirmada a tese que encara no resseguro um seguro da responsabilidade (contratual) do segurador para com o segurado. Esta tese foi criticada<sup>75</sup>, observando que a indenização devida pelo segurador pode ser uma indenização de seguro de vida e não pode, por isso, corresponder, por parte do ressegurador, a um seguro diverso. Essa objeção é, porém, improcedente em face das observações precedentes, de modo que se confirma o conceito do resseguro como seguro da responsabilidade *contratual* do segurador para com o segurado<sup>76</sup>.

74. É esta "responsabilidade" o que constitui o "sinistro" para os efeitos do seguro da responsabilidade civil. Cf. o meu comentário em *Assicurazioni*, 1934, II, 193, e o amplo exame de VITERBO, *L'Assicurazione della Responsabilità Civile*, Milão, 1936. A aplicação prática de maior importância do seguro da responsabilidade civil é, na prática européia, a que se relaciona com a responsabilidade do dono do automóvel pelos danos decorrentes da circulação deste.

75. Por SALANDRA, *Assicurazioni*, 1934, I, 314, que, seguindo uma tese já exposta também por VIVANTE, encara qual objeto do resseguro os próprios riscos já segurados com o seguro.

76. Esta é a doutrina dominante. Cf. GRAZIANI, *Assicurazioni*, 1935, I, 302. Esta tese explica a analogia entre muitos problemas do resseguro e do seguro da responsabilidade civil (por ex., quanto ao momento do "sinistro" e ao momento inicial da prescrição da ação, respectivamente contra o ressegurador e contra o segurador da responsabilidade civil; quanto à existência ou inexistência de uma ação direta ou de um privilégio, respectivamente do segurado — no que respeita à indenização devida pelo ressegurador — ou da vítima — quanto à indenização devida pelo segurador da responsabilidade; quanto a algumas cláusulas contratuais quer no resseguro, quer no seguro da responsabilidade civil).

## EM RELAÇÃO COM O LUCRO CESSANTE OU BENEFÍCIO ESPERADO

11.º) Um segundo grupo de ramos de seguro abrange o ressarcimento do lucro cessante e do benefício esperado. Trata-se de risco em que o dano constituído pela perda do benefício esperado tem particular importância, tal que, caso não houvesse o ressarcimento d'êlê, a insuficiência do ressarcimento seria particularmente evidente.

De outro lado, trata-se de riscos cuja verificação tem um alcance que não é apenas patrimonial, tal, que é mais difícil possa, o beneficiário da indenização, ser induzido a provocar o evento <sup>77</sup>.

Ao contrário do que normalmente acontece no ressarcimento do dano emergente, a avaliação do dano é, pois, feita de maneira abstrata e preventiva, e já foram recordadas as razões que justificam êsse modo de avaliação, em matéria de ressarcimento do lucro cessante e do benefício esperado e que excluem, nesse caso, a contradição com o conceito do ressarcimento do dano, com a qual se pode chocar, ao contrário, a avaliação abstrata do dano em matéria de dano emergente.

### SEGURO DE ACIDENTES

a) A primeira modalidade de seguros que sob êste aspecto parece consideração é a do seguro contra acidentes (infortúnios, doenças). É fácil observar que êsse seguro não considera apenas o dano emergente do sinistrado (despesas de médico, hospital, etc.) <sup>78</sup>, mas, também, o seu lucro cessante e benefício esperado, isto é, a sua temporária ou definitiva, total ou parcial incapacidade para o trabalho, e que é êsse o dano que a indenização visa reparar <sup>79</sup>.

A fixação dessa indenização é deixada, nos seguros voluntários, à vontade das partes, justamente porque, de outra forma, seria praticamente impossível; a avaliação do dano é, portanto, feita abstratamente, numa soma <sup>80</sup> determinada *a priori* quanto às várias hipóteses.

77. Lembra-se, aliás (também com referência à possível distinção entre beneficiário e estipulante, que será versada mais adiante), ser a tutela penal da integridade pessoal, obviamente mais severa do que não seja a tutela do patrimônio.

É portanto natural admita, o direito, poder o seguro destes riscos visar o ressarcimento do lucro cessante e benefício esperado, diversamente do que acontecia quanto aos riscos anteriormente considerados.

78. Quando separadamente consideradas, tais despesas são indenizadas à parte e a indenização é naturalmente avaliada concretamente, em relação às somas efetivamente gastas.

79. Cf. VALERI, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1909, II, 533, e o meu comentário cit.

80. Este é o caso normal. Não contrastaria, porém, a natureza do seguro, determinar a indenização em modo diverso do que não aconteça com uma soma de dinheiro determinada *a priori* (por ex.: estabelecendo o direito do beneficiário a

Nos seguros sociais, esta soma é, geralmente, determinada em função dos ganhos do sinistrado no momento do sinistro. Ela é, pois, limitada ao que poderia dizer-se o lucro cessante em sentido restrito, não levando em conta o benefício esperado, isto é, a possibilidade de melhoria da posição econômica do sinistrado.

### SEGURO PARA CASO DE MORTE

b) Não é diferente, ao meu ver, a situação nos seguros para caso de morte <sup>81</sup>.

Para induzir a aproximar as duas formas concorre, aliás <sup>82</sup>, uma observação: a de que o seguro contra infortúnios (e o mesmo poderia acontecer com o seguro contra enfermidades, em virtude de um desenvolvimento ulterior da praxe contratual d'êste ramo) pode abranger também a morte em consequência do infortúnio segurado. Em substância, ao passo que, no seguro para o caso de morte o risco segurado é "a morte" por qualquer motivo ocorrida <sup>83</sup>, no seguro contra os infortúnios o risco segurado pode ser qualquer consequência danosa (morte, invalidez temporária, invalidez permanente, invalidez total ou parcial), que decorre de qualquer infortúnio involuntário ou de um infortúnio involuntário devido a determinada causa <sup>84</sup>.

ser hospedado gratuitamente num hotel) ou estipular deva, a soma de dinheiro de vida como indenização, ser diversa conforme o diverso poder aquisitivo da moeda.

Voltaremos a observar ao problema da tutela do beneficiário quanto à desvalorização monetária, fundamental para que o seguro possa realmente preencher a sua função; êste problema é de particular gravidade nos seguros de sobrevivência e nos de morte, bem como nos seguros sociais.

81. Refiro-me ao chamado seguro "puro" para o caso de morte, isto é, aquele em que o pagamento do prêmio não corresponde outro direito a não ser o de obter, quando da morte, o pagamento de uma indenização. Cf. VIVANTE, *Trattato*, vol. IV, n.º 1.991, quanto às várias formas d'êste seguro e a enumeração correspondente de CLÓVIS BEVILÁQUA no comentário ao art. 1.472, Código Civil brasileiro.

82. Prescindindo das observações que possam ser fundadas na classificação adotada por um determinado legislador e que, por isso, não tem valor geral.

83. Salvo algumas exceções, por ex., o suicídio premeditado, se bem que a praxe das apólices, em muitos países, tende a cobrir, de modo geral, o suicídio, quando êste ocorre após um certo período de vigência do contrato, considerando que o suicídio, nesta hipótese, não pode ser premeditado. (Diversa, entretanto, a orientação da praxe brasileira, que, à vista do art. 1.440, § único do Código Civil, visa excluir o pagamento da indenização até nos casos de suicídio não premeditado, quando êste ocorra no primeiro biênio da vigência do contrato. A validade desta cláusula contratual é, entretanto, com frequência, negada na jurisprudência.)

Ao contrário do que acontece na prática brasileira, as cláusulas contratuais, nos demais países, não visam derogar a disciplina legal quanto ao suicídio ocorrido depois do primeiro período de vigência do contrato, qualquer indagação sobre o fato de ser êle premeditado ou não premeditado, devendo a indenização, de qualquer forma, ser paga, considerando-se não premeditado o suicídio, já à vista de ter êle ocorrido depois de um certo prazo desde a vigência do contrato.)

Geralmente também está compreendido no seguro por motivo de morte — no contrário do que sucede com o seguro sobre as coisas, quando não seja estipulada uma cláusula especial a respeito — o risco de guerra, que costuma, todavia, ser excluído por especiais providências legislativas, depois desta interrupção.

84. Observa VALERI (*Rivista di Diritto Commerciale*, 1907, II, 547), ressaltar o caráter indenitário do seguro contra os acidentes e a falta d'êste caráter no

O seguro para o caso de morte pode prender-se à indenização de despesas extraordinárias provocadas pela morte<sup>86</sup>; prende-se, entretanto, antes de mais nada, à indenização do lucro cessante e do benefício esperado, justamente porque a morte importa na impossibilidade de realizar (e poupar) os ganhos que, continuando a vida, poderiam ter sido auferidos (e poupados). É, pois, natural em cada um o desejo de evitar essa consequência de uma morte prematura e de ter a certeza de poder, de qualquer forma, realizar os lucros que uma vida mais longa teria permitido realizar e poupar; é de fato esta a justificativa do seguro na consciência comum, frequentemente invocada nas inúmeras publicações práticas a respeito<sup>88</sup> e que A. DONATI tem justamente evidenciado<sup>87</sup>.

seguro para o caso de morte, justamente do fato que no primeiro caso — e não no segundo — é diversa a indenização conforme as consequências diversas (morte, invalidez total, parcial, definitiva, temporária) do evento. Esta última observação é exata, mas esquece que as distinções acima notadas respeitam às diversas consequências físicas do evento (distinção materialmente impossível quanto ao seguro para o caso de morte), mas não — justamente porque a indenização é prefixada em abstrato — as várias consequências patrimoniais, diversas nos vários casos, de um idêntico evento físico (ao contrário do que acontece no seguro sobre as coisas).

85. Por exemplo, funerais. Este aspecto do seguro de vida teve importância prevalecte naquela forma especial que, na Inglaterra, se denomina de seguro industrial e que encontrou a própria origem justamente no seguro das despesas funerárias. (Cf. a lei inglesa de 1923 a respeito e o amplo exame do apêndice D. do plano BEVERIDGE.)

86. Objeta-se que, na realidade, para quem ganha somente o que gasta (ou ainda menos), a morte prematura não acarreta uma perda patrimonial. Mas, essa consideração pressupõe que não se possa, legitimamente, contar com o aumento dos próprios ganhos.

Ao falar de "lucro cessante" e "benefício esperado", exclui implicitamente que o seguro para o caso de morte possa reparar o dano constituído pelo "gôzo dos bens da vida terrena", ao qual se refere, no comentário ao art. 1.440, CLÓVIS BEVILÁQUA.

Esse dano é, com efeito, estritamente pessoal, e não pode, portanto, dizer-se jamais indenizado pelo pagamento de uma soma a pessoa diversa, ao contrário do que sucede com o dano constituído pela falta de lucro, que é reparado pelo pagamento destinado àquele a que este lucro, quando realizado, teria aproveitado, através de uma atribuição em vida ou de regras sucessórias.

87. Por seu turno, CLÓVIS BEVILÁQUA fala na "energia produtora" como objeto do seguro: esta expressão do Mestre, parece-me, não indica, talvez, uma orientação diversa daquela do texto.

VIREBO, ob. cit., pág. 63, escreve, por seu turno, que a "necessidade" a qual visa prover o seguro para o caso da própria morte é a de deixar uma herança, acrescentando preencher, portanto, o seguro, nesta hipótese, a mesma tarefa da herança. Realmente, o seguro não visa prover, genericamente, à necessidade de deixar um patrimônio, mas afinal, à de deixar, embora em caso de uma vida mais curta, aquela importância (avaliada abstratamente pelo estipulante) que uma vida mais longa teria facultado poupar (e portanto deixar).

A função preenchida pelo seguro, neste caso, não é, portanto, a da herança, mas a da poupança; visa-se, afinal, reparar a falta de poupança! Não é o "seguro", mas só a atribuição da importância segurada a um terceiro que tem, economicamente, uma função análoga (embora com instrumento jurídico diverso) das atribuições *mortis causa*. Realmente, poderia o seguro ser estipulado independentemente da designação de um terceiro beneficiário, cabendo, então, a importância segurada aos herdeiros legalmente ou testamentariamente designados!

Não somente por isso há, no momento da conclusão do contrato, um ato de previdência e a previsão de uma eventual necessidade futura, mas há, mais precisamente, um dano como consequência do sinistro, dano que é sofrido pelo segurado, ou melhor, pelo seu patrimônio<sup>88</sup>.

## O SEGURO A FAVOR DE UM TERCEIRO BENEFICIÁRIO

c) É óbvio, todavia, não poder, essa indenização, ser paga à própria pessoa sobre cuja vida é feito o seguro; devê-lo ser, necessariamente, a um terceiro. O estipulante pode até estipular, diretamente, o contrato em favor de um terceiro, imediata ou posteriormente designado. Dessa situação partiram os críticos da tese acima sustentada, frisando que o terceiro (beneficiário) pode fazer valer o seu direito à indenização independentemente do próprio interesse à vida do segurado ou de qualquer dano sofrido por morte deste<sup>89</sup>.

A observação é exatíssima; o beneficiário é excluído do seguro quando tenha provocado o acidente<sup>90</sup>, mas não deve demonstrar interesse pela vida do segurado, e o seu direito à indenização não está subordinado à existência de um dano como consequência da morte do segurado.

Esta pode, antes, constituir para ele, até, economicamente, uma vantagem, livrando-o de uma pessoa que vivia por sua conta ou deixando-lhe, independentemente do seguro, uma herança mais ou menos pingue. É então, dir-se-á, onde está o dano do beneficiário?

Na verdade, de dano ou lucro cessante, do beneficiário, seria impossível falar nessas hipóteses!

Mas, o problema se esclarece, com uma ordem mais completa de considerações.

a) Diversamente do que acontece nas demais formas de seguro, naquela, para caso de morte, a indenização não pode, de qualquer forma, ser paga ao estipulante segurado; deve, necessariamente, sê-lo a outrem.

O característico do seguro para caso de morte ressalta justamente do fato de ser, sim, um negócio *inter vivos*<sup>91</sup>, mas, simultaneamente,

88. Dano que, também, é sempre do segurado, enquanto *momentum mortis vitae tribuitur*. Cf. para o exame deste problema (quanto ao seguro contra os acidentes), BONELLI, *Legge*, 1890; II, 65; VALERI, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1909, II, 535.

89. Cf., com efeito, o que observamos antes acerca da teoria da "necessidade". Afinal, as considerações do texto visam demonstrar ser, a teoria tradicional da necessidade, exata quanto a todos os seguros, mesmo naquele rigoroso alcance de "indenização" cuja existência, ao contrário, só se, com frequência, negar quanto aos seguros em caso de morte ou em caso de vida.

90. Cf. art. 79 da lei francesa de 13 de julho de 1930; na jurisprudência brasileira, cf. o acórdão do Trib. Ap. de Alagoas, no proc. n.º 7.605, em *Revista Forense*, vol. XCVII, pág. 440.

91. Cf. STOLFI M., *L'Assicurazione sulla Vita a Favore di Terzi*, pág. 44. Ali (págs. 41 e segs.), uma aguda crítica da tese sustentada por MANENTI, que, em

um negócio tal que o direito dêle decorrente nunca pode ser gozado pelo próprio estipulante segurado. O direito à indenização está, com efeito, condicionado à morte do segurado<sup>92</sup>.

Por isso, a indenização deve necessariamente ser paga a pessoa diversa; é nesta circunstância que assentam alguns problemas peculiares ao contrato de seguro para caso de morte.

Na falta de designação, por parte do estipulante, ressalta das normas legais sucessórias quem tenha direito à indenização.

Pode, também, o estipulante designar o beneficiário conforme as normas sucessórias: por exemplo, indicando alguém como legatário da indenização<sup>93</sup>.

É óbvio que, quer no primeiro caso, quer no segundo, não se poderia exigir seja, o beneficiário, interessado na vida do segurado.

É, por isso, bastante natural que, admitida de um lado a possibilidade de ressaltar a designação do beneficiário por meio de um contrato em favor de terceiros, seja conservado, no entanto, o princípio de não exigir do beneficiário a demonstração de um interesse.

Com efeito, a hipótese não se prende àquela — geral — da circulação da indenização de seguro<sup>94</sup>, mas, afinal, a um meio particular de designação do beneficiário da indenização, à vista do fato de não poder, esta, de qualquer forma, ser paga ao próprio segurado<sup>95</sup>.

contraste com a doutrina dominante, encarou na designação do beneficiário um ato *mortis causa*.

Exatamente M. STOLFI confirma a teoria tradicional encarando no contrato de seguro para caso de morte a favor de um terceiro beneficiário, um negócio *inter vivos*, sujeito, por isso, aos princípios que respeitam aos negócios *inter vivos*, criticando também a tese anteriormente lembrada, de VITERBO.

92. Cf. em STOLFI, ob. loc. cit., as discussões que dizem respeito a este problema. Examinaremos mais adiante os problemas decorrentes da possibilidade de ser, o estipulante, pessoa diversa do segurado: no texto, considera-se, para simplicidade, a hipótese de serem o estipulante e o segurado a mesma pessoa.

Lembro, por clareza, ser "estipulante" a pessoa que conclui o contrato de seguro para caso de morte; a quem (salvo a hipótese de designação de um terceiro beneficiário) pertence o direito à indenização: "segurado" a pessoa em relação a cuja vida é estipulado o seguro; "beneficiário" a pessoa designada pelo estipulante, como tendo direito de receber a indenização na hipótese da morte do segurado.

93. Conforme a lei francesa, art. 63, o beneficiário (até quando designação dêle resulte por meio do testamento) sempre adquire um direito próprio.

94. Diversamente do que aconteceria quanto à designação de um beneficiário nos seguros sobre coisas e do que acontece quanto à transferência da apólice-vida, quer o seja a título gratuito, quer o seja a título oneroso.

95. Isto ressalta quando, sendo a designação a título gratuito, e não tendo por causa declarada a garantia de uma obrigação, seja ela revogável, em qualquer tempo (como parece, conforme o art. 1.473, Cód. Civil brasileiro; cf. CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), *Contratos no Direito Civil Brasileiro*, vol. II, págs. 395 e 401; no direito italiano VIVANTE, ob. cit., n.º 2.006, ensina não ser juridicamente relevante a aceitação do beneficiário e ser, portanto, sempre possível, a revoga (cf. em sentido contrário, STOLFI, ob. cit., pág. 52); poder, no entanto, ser transferido o direito à indenização mediante transferência da apólice: n.º 2.023) e não apenas até que o

Portanto, de um lado, não é exigida a prova do interesse do beneficiário, de outro lado há como que uma extensão do instituto da indignidade sucessória, enquanto o beneficiário é excluído do benefício quando tenha provocado o acidente<sup>96</sup>.

Há, por isso, como que uma indireta adaptação de um negócio *inter vivos* para um fim *mortis causa*<sup>97</sup>.

b) O terceiro beneficiário goza de um direito próprio<sup>98</sup>; este, no entanto, sempre se funda no contrato concluído pelo estipulante; a justificação do seu direito se encontra na vontade do estipulante<sup>99</sup>.

Tanto isso é verdade que é freqüente a aplicação, à capacidade do beneficiário, das normas que regulam a capacidade de adquirir por doação. (Cf., por exemplo, art. 1.474 do Cód. Civil brasileiro.)

Tanto isso é verdade que é constante, em todas as leis, ficarem as somas gastas pelo estipulante a título de prêmio, sujeitas às normas que concernem à redução das doações.

De um lado, a consideração de que só essas somas safram do patrimônio do estipulante, ao passo que a indenização constitui um direito próprio do beneficiário, permite submeter tais somas (e não a indenização) à redução eventual da doação, considerando terem apenas tais somas, e não a indenização, saído do patrimônio do estipulante<sup>100</sup>; de

beneficiário não tenha aceitado (COLIN ET CAPITANT, ob. cit., pág. 770; arts. 63 e 64, lei francesa; CARLOS DE CARVALHO, *Direito Civil*, art. 1.257); ressalta do princípio de ser o direito de designar, revogar ou substituir o beneficiário exclusivamente pessoal ao estipulante, não se transferindo aos herdeiros dêste (cf. CARVALHO DE MENDONÇA, cit., pág. 397); da regra relativa à sobrevivência do terceiro beneficiário. (Cf. art. 1.471, Cód. Civil brasileiro, *in fine*.)

96. Embora o acidente respeite à pessoa do segurado (eventualmente distinta daquela do estipulante), ao passo que o direito do beneficiário decorre de uma atribuição do estipulante.

97. É com referência ao patrimônio que o estipulante teria podido poupar, continuando a vida do segurado.

Prende-se justamente a esta possibilidade a função social do seguro para o caso de morte.

Sobre o negócio indireto, em geral, cf. o meu ensaio em *Studi Vivante*, Roma, 1930.

A justa tese de ser o seguro um negócio *inter vivos*, sujeito às regras peculiares destes negócios, embora concluído para o caso de morte em favor de um terceiro beneficiário, não deve levar a olvidar por completo o aspecto evidenciado no texto e que, afinal, constitui o que havia de exato na orientação de MANENTI, e o que há de exato na observação de VITERBO, ob. cit., pág. 63, examinada na nota 84.

98. Tal é a teoria hoje dominante em matéria de contrato em favor de terceiros.

99. O que ressalta na revogabilidade da atribuição (art. 1.473 do Cód. Civil brasileiro, e a nota anterior n.º 95).

100. Cf. Código italiano, art. 453; português, art. 460; argentino, lei de 11 de agosto de 1900, n.º 3.942; quanto ao Brasil, CLÓVIS BEVILÁQUA, *Direito das Obrigações*, 4.ª ed., 1936, pág. 392. Na lei francesa de 13 de julho de 1930, art. 63, a redução das somas pagas a título de prêmio é admitida somente quando estas sejam manifestamente exageradas em relação aos recursos do estipulante.

outro lado, essa possibilidade de redução demonstra que o direito do terceiro decorre não somente do contrato concluído pelo estipulante, mas de uma atribuição feita por este último ao beneficiário.

Por isso, é bem natural que o direito não faça referência a uma necessidade do beneficiário, porque seria contrariar a circunstância de que o direito dele decorre de uma atribuição por parte do estipulante<sup>101</sup>.

Parece-me, portanto, explicada a razão por que no seguro para caso de morte se prescinde de uma necessidade do terceiro beneficiário.

Pode-se, ao contrário, afirmar que esse seguro visa reparar um dano (também sob o aspecto do benefício esperado) do estipulante —<sup>102</sup>, e, este, portanto, é que deve ter o interesse segurável.

A justificação da indenização se encontra, justamente, na avaliação preventiva e abstrata do lucro do qual o estipulante fica provado em consequência da morte.

A indenização correspondente pode, pois, ser atribuída pelo estipulante a um terceiro, quer a título gratuito, quer a título oneroso, e a atribuição pode ter diretamente por objeto a indenização<sup>103</sup>, ou, ao contrário, ser realizada mediante um contrato em favor de terceiro<sup>104</sup>.

Se essa atribuição não tem lugar, a indenização pertence aos herdeiros<sup>105</sup>, análogamente ao que sucede, em geral, com o patrimônio do *de cuius*.

A hipótese do seguro em favor de terceiro não contraria, por isso, a tese do seguro para caso de morte como seguro do benefício esperado.

Essa consideração explica uma praxe constante, cuja justificativa não se acharia talvez de outro modo: a tendência das companhias de seguros

Constituindo a indenização, um direito próprio do beneficiário, ela não responde pelas dívidas do estipulante (art. 1.476, Cód. brasileiro). Este é, afinal (cf. COLIN ET CAPITANT, ob. cit., pág. 762), o motivo prático da designação do beneficiário, que foi se substituindo ao uso anterior de concluir o seguro em benefício próprio. Nesta última hipótese a indenização cabia ao herdeiro que, porém, respondia pelas dívidas do *de cuius*. (Cf. COLIN ET CAPITANT, ob. cit.)

101. Este argumento (diversamente do anterior) respeita também aos seguros de sobrevivência em que igualmente se encontra a possibilidade de designação de um beneficiário; tem, por isso, caráter mais geral do argumento anterior, que, entretanto, não é irrelevante, à vista da peculiar importância da designação do beneficiário no seguro para caso de morte, seja no desenvolvimento histórico do instituto, seja na prática atual.

102. Voltaremos dentro em pouco à distinção entre estipulante e segurado e aos problemas respectivos.

103. Por exemplo, por meio de legado tendo por objeto a indenização assegurada. Cf. a anterior nota 98.

104. É a hipótese normal. Há afinal, nesta hipótese, uma doação indireta (quanto às importâncias dos prêmios), o que se condiz com as regras acima indicadas.

Também o já mencionado seguro de núpcias, com frequência, é estipulado em favor de um terceiro beneficiário, sendo o estipulante (devedor dos prêmios) pessoa diversa do nubente beneficiário. O contrato em favor de terceiro é, então, o meio técnico para uma constituição de dote.

105. V. art. 1.473 do Código Civil brasileiro.

a não aceitar contratos de seguro de vida por somas em desproporção manifesta com a posição econômica do estipulante<sup>106</sup>.

Tal praxe não encontra explicação em considerações atinentes à solvabilidade do estipulante<sup>107</sup>, mas no fato de que, além de um certo limite, a desproporção entre a indenização estipulada e a posição econômica do estipulante faz desaparecer a justificação do seguro e nascer a suspeita de que o estipulante não tenha um interesse contrário à verificação do sinistro, mas antes seja levado a desejá-lo e provocá-lo<sup>108</sup>.

#### O INTERESSE NOS SEGUROS PARA CASO DE MORTE

d) As considerações precedentes permitem afirmar a necessidade de um interesse do estipulante pela vida do segurado. Esse interesse, como se sabe, é, com efeito, geralmente exigido, nas várias legislações, para a validade do seguro de vida<sup>109</sup>. Ele é exigido na hipótese em

106. Até quando o seguro seja concluído sobre a vida do próprio estipulante. Cf., também VITERBO, ob. cit., pág. 68. Análoga observação em VALERI, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1907, II, pág. 547, em relação ao caráter indenitário do seguro contra acidentes.

107. O pagamento do prêmio é, com efeito, antecipado, e a falta de pagamento importa, segundo uma praxe constante, na suspensão do contrato.

Aliás, praticamente, as companhias consideram que o pagamento do prêmio só pode ser voluntário e constitui, não uma obrigação do segurado, mas um ônus ao qual está subordinado o seu direito à indenização.

Essa concepção foi aceita na lei francesa de 13 de julho de 1930 sobre os seguros, que não reconhece às companhias o direito de agir para obter o pagamento do prêmio do seguro de vida.

108. Nos seguros contra acidentes, as companhias aceitam seguros para indenizações geralmente muito inferiores às aceitas nos seguros para caso de morte. A óbvia explicação desta prática está, justamente, no fato de que a possibilidade do estipulante de provocar o sinistro para lucrar a indenização é muito mais forte no seguro contra acidentes, do que no seguro para o caso de morte; a possibilidade de simular o sinistro, por seu turno, existe no seguro de infortúnios ou doenças, não existindo, ... fora dos romances, no seguro para caso de morte.

Volta isto a evidenciar o alcance do conceito indenitário e da doutrina do interesse também nos seguros de pessoas e simultaneamente o diverso alcance deste conceito no seguro contra acidentes e no para caso de morte. Esta diversidade constitui, por seu turno, o ponto de partida da orientação que, embora admitindo caber o seguro de acidentes no conceito indenitário, nega esta conclusão quanto ao seguro-vida.

109. Cf. art. 449, italiano; art. 549, argentino; art. 1.472, do Código Civil brasileiro.

Lembre-se que a doutrina do interesse no seguro de vida prende-se, na sua evolução histórica, ao *Gambling Act* (1774) de GEORGE III (14 Geo. 3 c. 48) na legislação inglesa, ou seja, a uma lei que visou justamente a distinção entre seguro e jogo; no desenvolvimento histórico do seguro-vida a distinção entre seguro e jogo decorreu justamente do requisito do interesse.

A observação frequente de que a exigência do interesse no seguro para caso de morte preenche uma função em relação a uma exigência fundamental de ordem pública, enquanto, de outra forma, haveria quase que um incentivo aos homicídios, é obviamente exata. Não contraria, porém, no princípio de assentar no "interesse" a distinção entre seguro-vida e jogo. Veremos, aliás, examinando os seguros de

que o seguro seja contratado sobre a vida de pessoa diversa do estipulante<sup>110</sup> e se prende àquela função inibitória quanto à verificação do sinistro que lhe é própria no seguro sobre as coisas e que é básica quanto ao funcionamento de qualquer contrato de seguro. É óbvio que, no caso do seguro sobre a própria vida seja ele, *a priori*, suposto como existente, com uma presunção cujo fundamento não pode ser negado.

As considerações precedentes permitem entender porque esse interesse é exigido no estipulante (e não no beneficiário) e responder, portanto, à objeção dos que, partindo da referência ao estipulante e não ao beneficiário do interesse segurável no seguro de vida, negam a analogia dessa norma com a doutrina do interesse no seguro sobre as coisas.

sobrevivência, que o que prevalece na teoria do interesse, é sempre o fim de tutelar o segurador.

As vezes, a observação acima lembrada acerca do fundamento do requisito do interesse no seguro para caso de morte, só ser invocada para explicar o fato de ser, o interesse, exigido no estipulante e não no beneficiário. Entretanto, é óbvio que, justamente caso aquela explicação constituísse o fundamento do requisito do interesse no seguro para caso de morte, deveria, o interesse, ser exigido quanto ao beneficiário.

Realmente, o requisito do interesse, também nos seguros para o caso de morte, visa distinguir o seguro do jôgo, como resulta evidenciado pela própria história deste requisito.

Observa Clóvis BEVILÁQUA, comentando o art. 1.472, Código Civil brasileiro, que, sem interesse transforma-se, necessariamente, o seguro em aposta.

O § único desse artigo pressupõe a existência do interesse no caso do seguro sobre um ascendente, descendente, irmão ou cônjuge. No comentário de Clóvis BEVILÁQUA a justificação da norma é posta no vínculo afetivo e, portanto, na normal existência de um interesse moral.

O art. 109, Decreto n.º 2.063, de 7 de março de 1940, proibe, entretanto, os seguros, para caso de morte, sobre a vida dos menores de 14 anos; análogamente, o art. 53 da lei francesa proibe o seguro sobre a vida dos menores de 12 anos.

Isto volta a demonstrar a importância da existência de um interesse patrimonial para a justificação do seguro-vida, corroborando a orientação do texto.

Quanto à importância do interesse no seguro-vida, cf. também VITERBO, *ob. cit.*, pág. 63. Realmente, VITERBO (pág. 51) nega o caráter indenitário do seguro para caso de morte só na hipótese de ser, o seguro, estipulado sobre a vida do estipulante.

110. Foi a hipótese mais frequente no início do desenvolvimento histórico do seguro-vida.

Um dos casos atuais mais interessantes é o seguro do credor (em benefício próprio), para o caso de morte do devedor.

Cumpra, a respeito, distinguir a hipótese em que o seguro visa garantir o pagamento de uma dívida e aquela em que ele visa, diretamente, indenizar o dano constituído pela morte do devedor, não em relação a uma dívida atual deste, mas em relação ao futuro e esperado desenvolvimento das relações recíprocas.

O credor que se segue sobre o próprio devedor, em relação ao pagamento da dívida, não se segura sobre a vida do devedor, mas sobre a solvabilidade deste; é evidente, então, que o pagamento da dívida exclui a possibilidade de reclamar a indenização do seguro.

Ao segurar-se sobre a vida do devedor, o credor pode, porém, na realidade, garantir-se não tanto o pagamento de uma dívida, mas uma fonte de lucro, de conformidade justamente com o que sustentamos. O caso mais frequente é o seguro de vida de um bom empregado — por ex., um técnico especializado — por parte do empregador. O risco contra o qual deseja garantir-se o empregador ao segurar-se sobre a vida do empregado não é aquele que o empregado “não trabalhe”,

O interesse do estipulante pode ser, como se sabe, até, em alguns direitos<sup>111</sup>, um interesse moral<sup>112</sup>, e também essa circunstância foi adotada para criticar a possibilidade de aproximar (embora não esquecendo naturalmente as diferenças) a doutrina do interesse no seguro de pessoas e no seguro sobre as coisas.

Esquece-se, a meu ver, que o interesse moral pode exercer, nos seguros de pessoas, aquela mesma função inibitória própria do interesse patrimonial<sup>113</sup> nos seguros de danos, e que a possibilidade de uma satisfação pecuniária como “equivalente” de uma dor moral não cons-

não cumpra a própria prestação; mas o da morte do empregado, justamente porque o empregado é “insubstituível”, e, quer portanto, o empregador, com o seguro do empregado, no caso de morte, reparar a perda de uma fonte de lucro.

Analogamente, quando o empregado conclui um contrato de seguro sobre a vida do patrão não visa ele o risco de não poder receber os ordenados devidos, mas quer, afinal, garantir-se contra o risco de que, morto o patrão, possa o novo chefe da firma demiti-lo.

Os exemplos acima (relativamente frequentes na prática inglesa) corroboram a importância da teoria do interesse e poderiam até demonstrar que, também no seguro de vida, pode em alguns casos ser perigoso admitir uma avaliação preventiva e abstrata do dano sem possibilidade de contestação, justificando, assim, a contrária orientação inglesa.

A última hipótese acima mencionada evidencia não poder, em alguns casos, o seguro ser concluído por uma duração superior a um prazo máximo (no exemplo acima: o do contrato de emprego, quando a tempo determinado), além do qual faltaria o interesse segurável.

111. Não porém no direito inglês em que o interesse deve ser pecuniário e deve assentar na existência de um direito que seria prejudicado pela morte do segurado. Caso a indenização predeterminada seja superior ao interesse segurável (no momento, porém, da conclusão do contrato; note-se a analogia com os efeitos decorrentes, no seguro sobre as coisas, da cláusula “valha ou não valha”, conforme a interpretação jurisprudencial francesa desta) deve ela ser reduzida.

Cf. um resumo do direito inglês em STEVENS, *Éléments de Droit Commercial Anglais*, trad. franc., Paris, 1909, pág. 352.

A disciplina do direito inglês, que, de um lado frisa a importância da teoria do interesse no seguro-vida e, de outro lado, exclui afinal a incontestabilidade da indenização fixada preventivamente e, em princípio, a possibilidade de ser o benefício esperado objeto do seguro de vida, quando não seja segurado o próprio estipulante, corrobora a orientação do texto.

Na prática inglesa vai-se, talvez, além dos limites legais, o que pode demonstrar serem, estes, rígidos demais; fica, no entanto, clara a justificativa indenitária do seguro-vida justamente no país em que o seguro alcançou o seu maior desenvolvimento.

112. É dessa consideração, no fundo, que partem as leis que (como a francesa de 13 de julho de 1930, seguindo a orientação decorrente do *Avis du Conseil d'État* de 26 de maio de 1818), se contentam com o consentimento escrito do segurado. Para perceber, todavia, a diferença entre as duas normas, basta ter presente o art. 550, argentino, e o comentário de Clóvis BEVILÁQUA ao art. 1.472, Código Civil brasileiro.

113. Descuido, entretanto, do exame da oportunidade de admitir como bastante um interesse moral no seguro para caso de morte. Acharia, com efeito, mais prudente exigir a existência de um interesse patrimonial. O limite que, até as legislações que admitem ser suficiente um interesse moral, põem à possibilidade de contratos de seguro sobre a vida de menores (mesmo quando o seguro seja estipulado pelos pais), demonstra simultaneamente a importância da teoria do interesse e a oportunidade de ser, êle, patrimonial.

títul uma peculiaridade do contrato de seguro, qualquer que seja, nos vários direitos, a solução dada ao problema geral correspondente.

O interesse, a meu ver, não deve ser exigido apenas no momento da conclusão do contrato<sup>114</sup>.

Essa interpretação decorre do alcance que, em contraste com a teoria vivanteana, atribuímos ao princípio do interesse, alcance esse que, decidindo de outro lado, viria a dar em nada.

### SEGUROS SOCIAIS

e) Nos seguros sociais o direito à indenização não decorre de uma atribuição por parte do estipulante ou das regras sucessórias, mas, sim, de uma atribuição por parte da lei que visa amparar o danificado pelo sinistro (diverso nos vários ramos) do segurado.

Ao passo que nos seguros privados o "danificado" é, juridicamente, o estipulante<sup>115</sup>, que pode atribuir, no entanto, a outrem, o direito à indenização, nos seguros sociais prescinde-se do dano do "estipulante" e, por isso, quer da atribuição por parte deste do direito à indenização, quer das regras sucessórias; visa-se, ao contrário, amparar o segurado ou os terceiros (que dele dependiam economicamente) danificados pelo sinistro: o beneficiário da indenização é, por isso, necessariamente, o danificado pelo sinistro<sup>116</sup>.

Por outro lado, pode, ela, respeitar ao lucro cessante *stricto sensu* e não ao benefício esperado, visando a segurança de um rendimento mínimo e devendo, portanto, ou ser proporcional aos ganhos do sinistrado no período do sinistro ou ser legalmente predeterminada<sup>117</sup>.

114. Idêntico é o princípio no seguro sobre as coisas. Por isso deve ser reclamada a existência do interesse no cessionário do contrato de seguro. Cf., explicitamente, art. 57, lei francesa de 13 de julho de 1930. O princípio do interesse segurável limita, portanto, a circularidade do direito à indenização, quer no seguro sobre as coisas, quer no de vida.

Caso, portanto, a apólice seja transferida (quer o seja a título oneroso, quer o seja a título gratuito, havendo, então, uma doação da apólice), deve o adquirente ter interesse à vida do segurado.

Ressalta assim a diferença entre a hipótese da designação do beneficiário e o da transferência da apólice, apesar de poderem, ambas estas operações, visar um fim econômico análogo; coaduna-se esta diferença com a revogabilidade da primeira e a irrevogabilidade da segunda. Cf. VIVANTE, ob. cit., ns. 2.006 e 2.023.

115. E, com efeito, este deve ter um interesse segurável.

116. Note-se como, sob este aspecto, os seguros sociais (até no que respeita ao risco de morte) voltam a se aproximarem ao seguro de coisas. (Note-se que na XXVI sessão da Conferência Internacional do Trabalho, Filadélfia, 1944, foi proposto considerar, diretamente, também o risco de morte do chefe de família como um dos riscos a serem abrangidos nos seguros sociais.)

117. Neste último caso há, afinal, uma avaliação abstrata e a experiência demonstra poder, portanto, no caso concreto, ser, às vezes, insuficiente o estímulo contrário à provocação do sinistro. Mas a possibilidade destes casos excepcionais não exclui visar, *lato sensu*, o seguro social, o ressarcimento de um dano. Cf. no § 300 do plano BEVERIDGE o conceito de "segurança social". A expressão "segurança so-

### O SEGURO PARA CASO DE VIDA

f) O seguro para caso de vida corresponde a um seguro que se pode dizer de velhice ou aposentadoria, como nos mais conhecidos seguros de sobrevivência, ou a um seguro para as necessidades que o beneficiário, sobrevivendo, terá em determinado momento futuro (por exemplo: por ocasião da maioridade).

No primeiro caso, o estipulante, mais do que a morte, teme *negram senectutem*<sup>118</sup> e, por isso, estipula um contrato graças ao qual assegurará-se de um capital ou de uma renda para a própria velhice, perdendo<sup>119</sup>, reciprocamente, a soma paga, em caso de morte prematura. Ele não teme a morte, mas a velhice, e é este o fato "danoso", e, sem dúvida, danoso na apreciação comum<sup>120</sup>.

O dano consiste justamente na menor capacidade de trabalho e, por isso, de ganho, que é, sem dúvida, própria da velhice<sup>121</sup>.

A velhice é a eventualidade "desfavorável" cujas danosas consequências são reparadas pelo seguro<sup>122</sup>.

cial" é aqui usada para designar a garantia de um rendimento que substitua os salários, quando se interrompem estes pelo desemprego, por doença ou acidente, que assegure a aposentadoria na velhice, que socorra os que perderem o sustento em virtude da morte de outrem e que atenda a certas despesas extraordinárias, tais como as decorrentes do nascimento, da morte e do casamento."

118. O que é evidente no caso em que no pagamento de um prêmio único corresponde uma pensão vitalícia. Este caso corresponde ao exemplo tradicional do contrato de renda vitalício, cujas analogias com o seguro são, realmente, corretamente frisadas na doutrina. Nesta hipótese o estipulante encontra-se com um capital, que embora bastante quanto às suas necessidades por um certo tempo, não o seria por tempo mais longo e quer, portanto, alienando este capital, prover às necessidades que lhe incumbirão, continuando a viver, por tempo indeterminado.

119. Considero as formas puras e não as "mistas" (como, por ex., o seguro que tem em vista a morte e a sobrevivência).

120. VITERBO, ob. cit., pág. 51, nega haver, neste caso, um dano, pois que, as consequências da velhice seriam as consequências inevitáveis da "sobrevivência" que é desejada pelo segurado.

Realmente, me parece possível distinguir entre o evento da sobrevivência e as consequências da velhice: o seguro para o caso de vida leva em conta as consequências da velhice, descurando o fato que a sobrevivência seja desejada ou, ao contrário, indiferente. Isto fica, aliás, claro na hipótese em que o estipulante não seja o segurado ou em que o segurado não seja o beneficiário.

121. Também para quem ganha menos do que gasta, a velhice constitui sempre uma diminuição ulterior da capacidade de trabalho e de ganho.

122. O segurador tem, por sua vez, interesse na "não sobrevivência", e isso explica porque, nessas formas de seguro, se prescinde do exame médico.

Caso o seguro seja estipulado por alguém para o caso de sobrevivência de um terceiro, o estipulante pode não ter interesse à sobrevivência. Igualmente na hipótese de ser o seguro estipulado em favor de um terceiro pode, o beneficiário, não ter interesse à sobrevivência. Entretanto, a lei descura de disciplinar este aspecto, confiando nos princípios do direito criminal para a tutela da vida do segurado.

Isto volta a demonstrar que, contrariamente ao que afirma a tese criticada na nota 109, a teoria do interesse nos seguros-vida não se coaduna com a necessidade de tutelar a vida do segurado contra atentados criminosos, mas, apenas, materialisticamente, com a necessidade de evitar possa, o seguro, resultar por demais gravoso

Também nesse caso o estipulante pode ser pessoa diversa do segurado e podemos ir ter às mesmas considerações precedentemente desenvolvidas.

É óbvio, todavia, o motivo pelo qual o interesse não é concretamente disciplinado, de vez que de um lado seria obviamente ilícito qualquer obstáculo aos esforços do segurado para alcançar uma vida mais longa, e, de outro lado, não foi descoberto o elixir de longa vida que permitiria, em tais hipóteses, tornar voluntariamente por demais gravosa a prestação do segurador<sup>123</sup>.

Nessas hipóteses, o seguro pode tornar-se um jôgo, justamente porque é então, bem mais do que na hipótese do seguro para caso de morte, que o interesse não pode ser eficazmente disciplinado de maneira a servir como critério de admissibilidade ou não do contrato<sup>124</sup>.

Ao passo que nos seguros para caso de morte é freqüente a estipulação do contrato em favor de um terceiro beneficiário, e freqüente a distinção entre estipulante e segurado, nos seguros de sobrevivência<sup>125</sup> é possível, sim, a estipulação do contrato em favor de um terceiro<sup>126</sup>, mas praticamente raro que o beneficiário não seja o próprio segurado.

A praxe dos seguros revela, assim, a sua sensibilidade, ao excluir as hipóteses em que a consideração do interesse segurável se tornaria evanescente; torna indiretamente a corroborar o que expusemos sobre o fundamento geral do instituto.

#### AINDA OS SEGUROS PARA CASO DE VIDA

g) Os seguros de sobrevivência podem visar, mais que a menor capacidade de trabalho da velhice, necessidades excepcionais que costumem verificar-se em alguns momentos da vida<sup>127</sup> ou despesas extraordinárias previstas para determinadas ocasiões<sup>128</sup>.

Poderiam, nesta última hipótese, ser estipulados visando uma despesa concreta, e, portanto, na soma que concretamente corresponder à despesa<sup>129</sup>.

para o segurador. Por isso, também nos seguros-vida, a teoria do interesse procura garantir que o estipulante tenha um interesse contrário à verificação do sinistro, descurando de outros problemas dos quais cuidam as normas do direito comum.

123. Veremos, todavia, dentro em pouco, a importância desse interesse.

124. Com efeito, a norma que impusesse dever o estipulante ter interesse na sobrevivência do segurado, não alcançaria a disciplina do interesse segurável, nos seguros para o caso de vida, porque nestes (ao contrário do que acontece nos seguros para o caso de morte) o lucro é tanto maior quanto mais longa a vida do segurado!

125. Como no de núpcias, precedentemente recordados.

126. E é, muitas vezes, uma atribuição a título gratuito.

127. Por ex., em caso de desemprego. Parece-me óbvio prender-se, nesta hipótese, o seguro no ressarcimento do lucro cessante.

128. Por isso foram êles versados também no n.º 10 deste estudo.

129. Por ex., ao estudo universitário.

Em vez de consistir em uma soma de dinheiro pode, a indenização, consistir em bens que não sejam dinheiro: por ex., no direito do beneficiário de ser hospedado

Na prática êsses seguros são estipulados pela avaliação abstrata da despesa em uma soma determinada *a priori* e que é paga independentemente da demonstração da sua necessidade<sup>130</sup>.

Mas, também aqui, a praxe de seguros evidencia qual a justificação do contrato. De fato, nos contratos estipulados em favor de terceiros, é freqüente que o pagamento da indenização fique rigorosamente subordinado à demonstração da sua necessidade, e a soma paga se destina justamente a permitir que o beneficiário faça o que, de outro modo, não poderia fazer<sup>131</sup>.

gratuitamente em um colégio durante o prazo necessário para preencher os seus estudos.

Esta possibilidade subsiste mesmo nas hipóteses precedentes: pode-se, pois, abstratamente, pensar num seguro para o caso de sobrevivência, que comporte, em lugar de uma renda em dinheiro, o direito, por ex., de ser hospedado gratuitamente em um hotel, sendo que o tipo de "pensão" pode, por seu turno, ser superior ou inferior ao nível de vida anteriormente gozado pelo beneficiário.

Na prática, não creio que haja exemplos desses contratos, mas uma autorização nesse sentido, se as minhas informações são exatas, foi dada, há vários anos, pelo departamento italiano de controle, e um projeto análogo fora elaborado, pouco antes da guerra, por um grupo financeiro inglês ligado a sociedades hoteleiras inglesas e suíças.

Até nos seguros para caso de morte pode-se imaginar possa, a indenização, consistir em bens que não sejam dinheiro.

Evidenciam, estas hipóteses, de um lado, a possibilidade de visar, a indenização, também nos seguros para o caso de sobrevivência, o ressarcimento de um dano concreto; de outro lado, a possibilidade de não consistir, a indenização, em uma soma de dinheiro, até quando haja uma avaliação abstrata e preventiva do dano.

a) A primeira destas observações é corroborada, quanto aos riscos de morte, pelo direito inglês. Realmente no direito inglês há uma tendência jurisprudencial favorável a interpretar o seguro das despesas funerárias como visando a indenização do que efetivamente foi gasto nas despesas — no limite do máximo segurado — embora a prática das companhias vise interpretá-lo como relativo a uma indenização em uma importância prevista em abstrato. Cf. os ns. 56 e segs. do apêndice D do plano BEVERIDGE. O seguro das despesas funerárias, evidenciada a possibilidade de poder até o risco de morte relacionar-se com uma indenização concretamente avaliada em relação ao dano.

A possibilidade de poder, quer o seguro para o caso de vida, quer aquele para o caso de morte, visar o pagamento da soma concretamente correspondente ao dano constatado corrobora, parece-me, a orientação favorável a um conceito unitário do contrato de seguro, no passo que contraria a tendência em fazer do seguro de vida (ou daquele sobre as pessoas) algo de radicalmente diverso dos demais.

b) A segunda das observações acima apontadas, ou seja, a possibilidade de não consistir a indenização em uma soma de dinheiro, até quando haja uma avaliação abstrata e preventiva do dano, evidencia a impossibilidade de identificar as hipóteses em que o dano é avaliado abstratamente com aquelas em que o objeto da indenização é o pagamento de uma soma determinada.

Resalta, por isso, inexacta aquela orientação que, de um lado, contrapõe rigorosamente os seguros sobre coisas e os das pessoas, negando haja um conceito unitário do contrato de seguro e, de outro lado, define os seguros de pessoas como seguros de somas.

130. Note-se a tendência a admitir esta independência até no seguro social de velhice.

131. A anedota do estudante que, sendo legatário de uma pensão a ser-lhe paga durante o estudo universitário, tem interesse em não acabar nunca com os seus

## SEGURO E JÓGO

h) Podemos, assim, afirmar, que também os seguros de vida (de morte ou sobrevivência) se incluem *lato sensu* no conceito de indenização, no qual se pode encontrar o caráter unitário do contrato de seguro; eles visam justamente o ressarcimento de uma despesa extraordinária ou abrangem o do lucro cessante e dum benefício esperado<sup>132</sup>.

Correlatamente, encontramos nessas modalidades o reconhecimento legal da doutrina do interesse, e notamos que a praxe dos seguros visa dar a esta um relêvo maior e mais concreto do que tem na lei.

Quando<sup>133</sup> tais elementos não entram na disciplina legal do contrato, é inútil negar que ele cessa de ser um contrato de seguro se esses elementos não se encontrarem efetivamente no caso concreto, muito embora esta falta não dê lugar à falta do direito à indenização, ao contrário do que acontece nos casos precedentes.

Deparamos até, às vezes, nessas hipóteses — e isso me parece confirmar a consideração anterior — a impossibilidade técnica do seguro, pois que a falta de um interesse contrário à verificação do sinistro<sup>134</sup>,

estudos, demonstra muito bem como não possa haver seguro, sem o interesse a que não se verifique a condição à qual está subordinada a indenização. A praxe dos seguros visa justamente, nos seguros de sobrevivência, completar a lei. Caso o pai previdente segure em favor do filho estudante uma pensão durante o período dos estudos universitários exigirá, a companhia, que o pagamento da pensão seja subordinado a elementos de prova, quanto à seriedade dos estudos ou limitará o prazo máximo da pensão ou... exigirá um prêmio correspondente a um seguro vitalício.

132. Falando em contrato "de previdência" os autores, afinal, levam em conta este caráter, pois, o ato de previdência é justamente o que prepara tempestivamente os meios para enfrentar um possível dano futuro. Portanto, os que classificam o contrato de seguro de coisas como um contrato de indenização e o de seguro de pessoas como um contrato de previdência, não indicam na realidade uma diferença entre os dois contratos, pois mesmo o contrato de previdência acaba exercendo uma função indenizadora e mesmo a conclusão de um contrato de indenização constitui um ato de previdência. A diferença acima notada na classificação traduz, na realidade, a sensação da referência do seguro das coisas ao dano emergente, ao passo que o seguro de pessoas se refere às despesas extraordinárias, ao lucro cessante e ao benefício esperado.

133. Lembro o que escrevi sobre os seguros de núpcias e, em geral, sobre os de sobrevivência.

134. Consideração análoga é a que, no seguro, só lentamente e com relutância fez admitir os riscos devidos à culpa do beneficiário e substancialmente, só aqueles que, mesmo sendo devidos à culpa, não são pré-intencionados. Por isso, excluem-se os devidos por dolo. Neste conceito inspirou-se a praxe no seguro de responsabilidade civil, admitindo a ressarcibilidade do sinistro "culposo", mas, obviamente, excluindo a ressarcibilidade de qualquer sinistro "pré-intencionado" pelo beneficiário. Num conceito análogo se inspiram as cláusulas das apólices de seguro de morte pela hipótese de suicídio, admitindo nesse caso, sim, o pagamento de indenização, mas somente desde que tenha passado um lapso de tempo tal que exclua o suicídio pudesse ser pre-concebido. Cf. nota 83.

frequentemente ligada à possibilidade de o provocar legitimamente<sup>135</sup>, dificulta a possibilidade de sua previsão conforme o cálculo de probabilidade por parte do segurador, e, por isso, a possibilidade técnica da operação<sup>136</sup>.

Achamo-nos, pois, verdadeiramente em face de casos em que saímos do campo do seguro, e a coincidência que assim se encontra nos limites do conceito indenitário e nos da possibilidade técnica do seguro, confirma a ordem de idéias aqui defendida.

Todavia, justifica-se a consideração desses casos sob o ângulo do seguro, com o critério da "normalidade". A lei considera justamente como contratos de seguro todos aqueles que desempenham normalmente a função que assinalamos, ainda que essa função não exista num determinado caso concreto, nem seja exigida a demonstração de sua existência.

Uma reação legal nos casos excepcionais em que esta função não é desempenhada, prejudicaria, realmente, a segurança do contrato nos casos normais<sup>137</sup>, pois que a própria natureza do risco prende-se, nas hipóteses dos riscos sobre pessoas<sup>138</sup>, à possibilidade de ressarcimento do lucro cessante e do benefício esperado e à de uma avaliação abstrata do dano que, pela sua própria natureza, não esteja sujeita a um limite legal quanto à sua importância<sup>139</sup>.

Como sempre nos casos de avaliação abstrata há, de um lado, a possibilidade de ser ela menor, de outro lado, de ser ela maior do dano efetivo. Esta possibilidade, no entanto, é compensada pelas vantagens de certeza e segurança decorrentes de uma avaliação abstrata<sup>140</sup> e não

135. Por ex., quanto ao casamento, no seguro de núpcias.

Isso torna a demonstrar que, fora do conceito do contrato de indenização, não há possibilidade de distinguir verdadeiramente o seguro do jôgo. Já recordei, precedentemente, a insuficiência, reconhecida mesmo por VIVANTE, da teoria da empresa para distinguir o seguro do jôgo.

136. Lembro o que escrevi sobre os seguros de núpcias ou de sobrevivência geral e os expedientes a que recorre a praxe contratual, justamente para garantir a existência de um interesse segurável.

137. Cf. em sentido análogo (quanto ao seguro contra os acidentes), VALERI, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1907, II, pág. 547. Lembre-se também o que foi anteriormente observado acerca da diferença entre o direito e a prática inglesa no seguro de vida.

138. Diversamente do que acontece quanto nos riscos sobre as coisas.

139. Note-se aliás que até nos seguros sobre as coisas, desde que admitida uma avaliação preventiva abstrata (como na cláusula "valha ou não valha"), há a possibilidade de não corresponder a indenização ao dano efetivo. Também nestes casos a reação do direito contra a falta do caráter indenitário no caso concreto se apouca. (Cf. nota 71) justamente porque, de outra forma, prejudicaria-se a segurança do contrato nos casos normais. Nos seguros sobre as pessoas dá-se mais um passo, pois a avaliação preventiva abstrata não assenta apenas na dificuldade de estimar o dano emergente, mas no fato de abranger o seguro também o lucro cessante e o benefício esperado, cuja estimação concreta é praticamente impossível e cujo ressarcimento é, no entanto, exigido pela própria natureza do risco segurado.

140. Note-se, com efeito, a tendência, em muitos ramos dos seguros sociais, a adotar em princípio uma taxa única quer quanto às contribuições quer quanto às indenizações (assim chamada "taxa" horizontal).

exclui assentar, sempre, a justificativa do pagamento, no conceito indenitário.

A praxe contratual vem completando a lei através das cláusulas que já recordamos e que visam fazer com que o interesse presumido pela lei exista efetivamente na normalidade das hipóteses. É justamente essa existência normal que torna tecnicamente possíveis essas operações e lhes permite desempenhar uma função econômica benéfica.

### CONCLUSÃO

i) Tirando os fios das considerações anteriores, poderíamos voltar a afirmar<sup>141</sup> que, nos contratos de seguro, o alcance do caráter indenitário ressalta menos claro passando dos ramos dos seguros sobre as coisas aos dos seguros sobre as pessoas, ao de vida. No entanto, esta transformação prende-se ao próprio caráter de dano cujo ressarcimento é visado, o que envolve a passagem de uma avaliação concreta e, *a posteriori*, a uma avaliação abstrata e preventiva dele. Portanto, assenta sempre na sua função quanto ao ressarcimento do dano, a justificativa do reconhecimento legal do seguro, admitindo, o direito, à vista da própria natureza do risco em algumas hipóteses, a possibilidade, nestas, de uma avaliação abstrata e preventiva do dano. À vista desta possibilidade pode, então, em alguns casos, até acabar o contrato, aparentemente de seguro, por preencher realmente uma função diversa. O direito, no entanto, não reage contra esta possibilidade, pois, de um lado, à vista da sua raridade, a reação jurídica nestes casos se apresenta inoportuna, dada a diminuição de segurança que acarretaria quanto ao funcionamento do contrato nos casos normais<sup>142</sup>; de outro lado, a praxe contratual de per si visa dificultar a existência destes casos anormais.

Exagerado, parece-me, pois, afirmar desaparecer no seguro de vida (ou até, em geral, nos seguros sobre as pessoas) a função indenitária ou constituir, ela, apenas um motivo e não a causa do contrato, ou ser, nestas hipóteses, o contrato de seguro apenas um jôgo, no entanto tutelado pelo direito por razões sociais. O que há, na realidade, é a permanência normal da função indenitária, embora com aqueles característicos que melhor respondem à natureza do risco e do dano cujo ressarcimento é visado; a eficácia, excepcional<sup>143</sup>, de contratos que, real-

141. Com VALERI, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1930, cit.

142. Note-se ser este fenômeno idêntico quanto ao seguro para o caso de morte e quanto ao seguro contra os acidentes. É nesta segunda hipótese mais grave pois que a função inibitória que, de qualquer forma decorre do próprio caráter do sinistro quanto à provocação dele, é muito mais forte no seguro sobre a vida do que não seja no seguro contra os acidentes, sendo, com efeito, os acidentes dolosos, relativamente frequentes e sem dúvida mais comuns do que não sejam os crimes, ou suicídios, motivados pelo intuito de lucrar a indenização.

143. Cf. neste sentido PIOLA-CASELLI, verbete *Assicurazioni*, no *Dizionario di Diritto Privato* de SCIALOJA.

mente, são de jôgo, quando, à vista de terem sido concluídos quais contratos de seguro e em relação a riscos seguráveis, seja este um necessário sacrifício da ordem legal para a proteção geral mais eficaz do contrato de seguro e da função indenitária dele<sup>144</sup>.

### RAMOS MISTOS

12.º) Nas páginas precedentes considere as formas puras de seguro ou para o caso de morte ou para o caso de vida e não as "mistas"<sup>145</sup>.

Com a estipulação de um contrato de seguro, nessas hipóteses, chega-se ao mesmo resultado que seria alcançado através da poupança, mas com uma diferença: evita-se o perigo de se não poder, em consequência de uma morte prematura, acumular por meio de poupança a soma desejada. É para obviar esse perigo que é estipulado um contrato de seguro, em lugar de se acumular pela poupança um capital.

O objetivo do seguro é, portanto, evitar que uma morte prematura impeça que se junte o capital que se deseja poupar, e, portanto, ressarcir o lucro que, continuando a viver, se poderia realizar. Por isso, nesse ramo de seguro, o beneficiário tem direito a uma indenização determinada, quer no caso de morte, quer no caso de sobrevivência depois de um certo período; geralmente na primeira hipótese a indenização segurada deve ser paga a um terceiro; na segunda, ao estipulante. O prêmio anualmente pago por este último pode, pois, como que dividir-se em duas frações: uma representa o que o estipulante acumula pela poupança; a outra, o prêmio de seguro que ele paga para fazer frente ao risco de não poder continuar a poupar em consequência de uma morte prematura.

Por isso estou entre aqueles que, quanto aos ramos mistos, encaram um concurso entre os princípios do seguro para o caso de morte e os dos contratos de capitalização<sup>146</sup>.

Essa constatação explica a observação comum que considera o seguro de vida como um contrato de poupança ou capitalização. Essa observação é exata no sentido de que, economicamente, o seguro alcança justamente os resultados da poupança. Juridicamente, esta observação é exata enquanto, nas formas mistas, concorrem os elementos do contrato de capitalização. É, porém, inexata quando aplicada às modalidades

144. Este fenômeno, aliás, não é raro no direito. Para não sair do âmbito do ressarcimento do dano, é óbvio que quando o direito liquidar legalmente os danos numa importância preordenada (por ex., os juros moratórios), não cuida da possibilidade de poder, esta liquidação, ressaltar, em alguns casos, superior ao dano efetivo, à vista da vantagem de certeza, peculiar a uma liquidação legal na medida normalmente correspondente ao dano. No entanto, a justificativa da norma assenta sempre no ressarcimento do dano.

145. Denominadas, com frequência, na prática brasileira, de seguro dotal.

146. Ao contrário, COLIN ET CAPITANT, *ob. cit.*, n.º 388, encaram, nesta hipótese, um seguro misto para o caso de morte de sobrevivência.

puras, quer do seguro para o caso de morte, quer do seguro para o caso de vida.

Basta ter em conta que, no seguro puramente para o caso de morte, a importância paga é tanto maior quanto mais longa a vida do segurado, sendo, ao contrário, a indenização constante<sup>147</sup>. Nos seguros para o caso de morte, a prazo determinado, não há nenhum direito do beneficiário caso a morte se verifique depois do prazo<sup>148</sup>, o que decididamente contrasta com qualquer ideia de capitalização<sup>149</sup>.

No seguro puramente para o caso de vida, não há direito à indenização, caso a morte se verifique antes do prazo fixado.

Por isso, a observação não é de todo exata também quanto às modalidades mistas, porque esquece, por sua vez, a diferença existente entre estas e os contratos de capitalização, em virtude da concorrência do elemento segurador e do direito conseqüente do beneficiário de obter a indenização, no caso de morte, independentemente do montante das somas pagas, o que não sucede com um contrato de capitalização<sup>150</sup>.

147. A situação não é, afinal, diversa quando, ou em virtude do contrato original ou por convenção posterior, não haja a pagar mais prêmios, decorrido um prazo determinado. Nesta hipótese o valor da indenização (à vista de fato de ser diverso o valor de uma soma conforme o momento em que deve ser paga) é diverso conforme o momento em que se verifica a morte.

Analogamente, caso sendo fixada quer a importância da indenização, quer o momento do pagamento dela (independentemente do momento da morte) devam, no entanto, os prêmios ser pagos apenas até que o segurado é em vida; é óbvia a diferença com um contrato de poupança o resalta evidente a justificativa desenvolvida no texto quanto ao seguro para o caso de morte.

148. Cf. VIVANTE, *Trattato*, vol. IV, n.º 1.991. Especialmente nesta hipótese resalta a diferença com a capitalização. Isto se reflete também na reserva matemática correspondente ao contrato deste tipo. Esta, com efeito, nesta hipótese, de início, aumenta, sucessivamente, porém, diminui. Cf. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *De la Reserve Mathématique des Primes*, Paris, 1909, pág. 15.

149. A diferença entre seguro e capitalização é, aliás, evidente pensando num seguro com prêmio único, pago todo de uma vez (por ex., Cr\$ 10,00 quanto a um segurado de trinta anos): é então óbvio que, sendo o valor da indenização (por ex., Cr\$ 100,00) profundamente diverso conforme o momento em que se verificará a morte, o contrato é bem diverso de um contrato de poupança que tivesse por objeto os Cr\$ 10,00 e os juros respectivos, apesar de visar-se, num e noutro caso, um fim de previdência.

Quanto à natureza jurídica do contrato de capitalização, coloco-me entre aqueles que encaram neste contrato um empréstimo caracterizado pelo fato de ser, o capital, reembolsado junto com os juros capitalizados. O exercício sistemático da capitalização e a circunstância de arrecadar a empresa de capitalização economia a longo prazo explica a frequência de uma regulamentação particular quanto às empresas de capitalização e a analogia entre essa regulamentação e a das sociedades de seguros sobre a vida.

150. No entanto, justamente, a relação entre seguro para o caso de morte o lucro cessante explica porque, até quanto aos ramos puros, haja uma relação entre seguro e poupança.

Com efeito, de um lado, o seguro, até nos ramos puros, apresenta-se, economicamente, quanto ao estipulante, com um substituto da poupança; de outro lado, quer em virtude de ser o prêmio calculado em uma importância anual cons-

## IMPORTÂNCIA DAS CONCLUSÕES OBTIDAS

13.º) Um conceito unitário dos seguros, assente no caráter indubitário deles, é útil, parece-me, na construção do instituto.

### SEGURO DE ACIDENTES

a) Assim em relação ao seguro contra acidentes. Este, com efeito, não encontrará colocação adequada no seguro de danos ou no de vida, se essas duas formas foram concebidas como completamente contrapostas.

O problema não é superado, quando se classificam os seguros, em seguros de danos às coisas e seguros de pessoas, como muitos propõem e como estabelece a lei francesa de 13 de julho de 1930.

Essa classificação pode ser bastante oportuna, se entendida como classificação das várias modalidades de seguro em paralelismo com a avaliação do dano por via concreta e por via abstrata, à qual já fizemos referência.

Mas não será uma "classificação", se os dois grupos de seguro sobre coisas e sobre pessoas forem concebidos como baseados em conceitos diversos, que seria o da indenização para o primeiro grupo e não se sabe qual para o segundo.

Desconhecer-se-lam, então, analogias que são particularmente evidentes, quando se compara o seguro sobre coisas com o seguro contra

tante — sendo, portanto, nos primeiros anos, maior e, nos últimos, menor do que corresponderia ao risco e recebendo, portanto, a empresa, a título de prêmio, importâncias que correspondem a riscos dos anos futuros (o que, por seu turno, constitui a justificativa em que assenta o instituto da reserva técnica e do resgate das apólices: VIVANTE, *Trattato*, n.º 1.886 —, quer em virtude da frequência das formas mistas, as empresas de seguro-vida acabam por funcionar quais institutos que recolhem as economias do público a longo prazo, apresentando, conseqüentemente, a administração e a inversão destas, por parte das empresas de seguro, os caracteres peculiares à administração e inversão dos aforros a longo prazo. Daí a analogia entre os problemas peculiares às empresas de seguro e aqueles peculiares às empresas de capitalização, quer no que respeita aos problemas que concernem a tutela dos beneficiários, quer no que respeita aos problemas que concernem a sua influência sobre o mercado financeiro. Apresentam-se, por isso, analogias também entre os problemas peculiares às empresas de seguro e os peculiares aos Bancos, pois, nestes, cumpre levar em conta, de um lado, os problemas que respeitam à tutela dos depositantes, de outro lado, os que respeitam à influência dos Bancos sobre o mercado monetário.

Seja nos contratos de capitalização, seja nos contratos de seguro, em geral, e, especialmente, nos seguros sociais e no de vida particularmente nos ramos mistos de seguro e capitalização, apresentam importância fundamental as oscilações no poder aquisitivo da moeda.

Caso a moeda se desvalorize continuamente, seguro e capitalização não preenchem mais a função que lhes é peculiar; o lucro do instituto segurador não é, então, um lucro industrial assente na sua capacidade de segurador, mas um lucro financeiro decorrente da desvalorização monetária; as indenizações pagas pelo segurador acabam por serem irrisórias em comparação com os prêmios pagos, à vista da desvalorização monetária verificada no entretempo e, por isso, o sacrifício de quem paga os prêmios não encontra mais uma compensação nas indenizações pagas na ocasião do sinistro. Não é por acaso que os seguros-vida se desenvolveram especialmente nos países cuja moeda ficou estável.

acidentes, o qual, sob certos aspectos, se aproxima do seguro sobre coisas, mais do que do seguro de vida.

### OS SEGUROS SOCIAIS

b) Assim em relação aos seguros sociais. De fato, achamos nestes os mesmos riscos considerados nos ramos do seguro de pessoas e, ao mesmo tempo, uma disciplina que se aproxima, às vezes, por alguns aspectos, daquela do seguro sobre as coisas, o que é bem explicável com as considerações que vimos desenvolvendo, mas que não seria explicável se a diferença do risco considerado devesse importar numa radical diferença de estrutura jurídica.

### DIFERENÇAS ENTRE SEGURO PARA CASO DE MORTE E PARA CASO DE SOBREVIVÊNCIA

c) Assim em relação ao princípio, por toda parte estabelecido, do interesse do estipulante pela vida do segurado; à orientação da praxe dos seguros a esse respeito; à diferença entre seguro de morte e seguro de sobrevivência.

### NOVOS RAMOS DE SEGURO

d) Assim em relação à determinação de um critério orientador quanto aos novos ramos de seguro que a prática vem elaborando e, às vezes, reclamando, à vista da necessidade de distinguir quando se trata de "seguro" e quando de "jogo"<sup>151</sup>.

### SUB-ROGAÇÃO

e) Assim em relação a um critério orientador quanto ao problema da sub-rogação do segurador na ação contra o terceiro responsável, especialmente na falta de disciplina legal deste problema<sup>152</sup>.

### PACTOS ADJETOS DE INDENIZAÇÃO

f) Assim quanto à possibilidade de aplicar, analogicamente, algumas das regras do seguro, quanto aos pactos adjetos de muitos contratos, que, às vezes, na prática, soem prever uma transferência de um a outro contraente do risco de determinados eventos, que, isoladamente considerados, poderiam ser objeto de seguro.

151. É freqüente, com efeito, serem, nos códigos ou nas leis, mencionados apenas alguns ramos do seguro.

152. Qual, exemplificativamente, se dá no Código brasileiro. Cf., no entanto, na doutrina brasileira, CARVALHO DE MENDONÇA, *Contratos*, cit., vol. I, pág. 351.

### RENDA VITALÍCIA

g) Quanto à possibilidade e licitude de contrato de renda vitalícia nos sistemas que descuidam de disciplinar este contrato<sup>153</sup>.

### SEGURO A TÍTULO GRATUITO

h) Quanto à possibilidade, caso a obrigação do segurador tenha sido assumida a título gratuito<sup>154</sup>, de distinguir entre as normas que, visando, o pagamento do prêmio, não são aplicáveis, e aquelas, no contrário que, visando, o pagamento da indenização, são aplicáveis a esta hipótese<sup>155</sup>.

### SEGURO DE CIRCULAÇÃO DE RISCO

i) O contrato de seguro, afinal, prende-se sempre à circulação do risco; à possibilidade de que as consequências danosas da verificação

153. Admitida, com efeito, a diferença entre seguro de sobrevivência e jogo, independentemente da existência de uma empresa, a admissibilidade do contrato decorre do princípio geral da liberdade contratual, salvo, no entanto, os limites que eventualmente respeitam à possibilidade de concluir, diversamente do que com empresas autorizadas, contratos cujo objeto seja constituído pelo risco de morte ou de sobrevivência.

154. O que, embora muito raro, não é impossível. Cf. VITERBO, *ob. loc. cit.* Descuido aqui dos limites desta possibilidade em face dos limites que respeitam à possibilidade de, as sociedades comerciais, fazerem liberalidades, mesmo que seja com seus lucros. Deve-se também lembrar dever o segurador constituir as reservas correspondentes aos riscos garantidos, até na hipótese de ter, ele, assumido o risco a título gratuito, pois que esta exigência decorre da necessidade de tutelar os demais segurados. Poderá, por isso, em tese, o segurador assumir um risco independentemente do prêmio, mas só quando ele possa constituir a reserva correspondente, à custa dos seus lucros ou de fundos que não sejam já destinados à garantia dos segurados ou de demais credores. O Decreto n.º 21.828, de 14 de setembro de 1932, no seu art. 101, entretanto, proíbe de modo geral o seguro gratuito e, portanto, mesmo quando o segurador utilize, a este efeito, parcelas trazidas dos seus lucros disponíveis.

155. O seguro apresenta-se, em tese, como um contrato a título oneroso (caso haja pagamento de um prêmio) ou a título gratuito (caso não haja prêmio), constituindo, nesta segunda hipótese, uma doação indireta, sujeita às regras substantivas, mas não às formais das doações. Isto se coaduna com o princípio tradicional de poder, a renda vitalícia, ser constituída quer a título gratuito, quer a título oneroso.

É desnecessário acrescentar ser o problema da gratuidade do seguro (praticamente raríssima) bem diverso daquele da gratuidade da transferência do contrato de seguro ou da designação do beneficiário (freqüentíssima no seguro de vida). Trata-se, com efeito, de dois problemas diversos, respeitando, o primeiro, a obrigação do segurador de pagar a indenização, embora não haja pagamento do prêmio; o segundo, a transferência desta ou à atribuição dela a um terceiro beneficiário (e não ao estipulante); o primeiro, respeita à relação entre segurador e estipulante; o segundo, aquela entre estipulante e cessionário ou estipulante e terceiro beneficiário. Quer a primeira atribuição, quer a segunda, podem ser a título oneroso ou gratuito, constituindo, então, uma doação indireta, embora seja, esta última hipótese, de todo excepcional quanto à primeira atribuição; normal, quanto à segunda, no seguro-vida.

do sinistro cálbam, por efeito do contrato de seguro, a um sujeito diverso daquele que é o prejudicado imediato e direto.

Esta "circulação" pressupõe, justamente, seja o risco objetivamente preexistente, como evento cuja verificação acarreta um dano, independentemente do contrato, ao passo que, no jogo, o evento seria indiferente caso as partes não houvessem jogado.

Prende-se, portanto, necessariamente, o risco "segurável" à idéia do dano e, conseqüentemente, a circulação deste risco à idéia da reparação do dano.

Encontramos assim, no seguro, mais uma verificação da tendência do direito comercial (a origem do contrato de seguro se encontra, de fato, no direito comercial) em facilitar a "circulação" e em proporcionar a sua possibilidade; mesmo em hipóteses em que não haveria tal possibilidade de acordo com as regras do direito comum.

Realiza-se, esta circulação, justamente enquanto seja precisamente delimitado o conceito de "risco", qual "objeto" do contrato de seguro. Basta pensar na diferença entre este "objeto" e os exemplos do "objeto" do contrato no direito tradicional, para verificar a importância da tarefa preenchida pelo direito comercial, na sua evolução histórica, em elaborá-lo e delimitá-lo. A importância básica que o seguro foi alcançando em toda a vida atual, a sua progressiva extensão do direito comercial ao direito privado em geral, e do direito privado ao direito público; a justa orientação para que ele possa constituir um meio básico para concorrer a um aumento geral do nível de vida e à consecução da segurança econômica de cada homem, demonstram o alcance da tarefa preenchida pelo direito comercial em elaborar este conceito jurídico.

Esta delimitação foi-se dando aos poucos na evolução histórica do contrato de seguro. Teve, como é natural, um caráter quase que casuístico, admitindo-se sucessivamente riscos sempre mais numerosos quais possíveis objetos do seguro.

Os riscos marítimos, os terrestres, os atinentes à vida, os devidos à culpa do próprio segurado, foram sucessivamente abrangidos no conceito de risco segurável, admitindo num âmbito sempre maior a possibilidade daquela circulação do risco, que é preenchida pelo contrato de seguro.

Do risco cuja verificação acarreta um dano às coisas, passou-se aos riscos cuja verificação concerne à capacidade de trabalho da pessoa, estendendo-se, então, a função de segurança social, preenchida pelo seguro, dos valores atuais aos valores futuros<sup>156</sup>.

Juridicamente, esta circulação do risco faculta uma "concentração" em um único sujeito, ou seja, o segurador, dos riscos pertinentes a sujeitos diversos. Economicamente<sup>157</sup>, a circulação do risco assenta justamente nesta "concentração". Esta, com efeito, proporciona a possi-

156. Cf. BEREZ, ob. loc. cit.

157. E cabe a VIVANTE o tê-lo evidenciado, com a sua teoria que, por isso, fica básica, apesar das críticas anteriormente lembradas.

bilidade de prever, mediante o cálculo de probabilidade, a percentagem de riscos que se verificarão na realidade, e de substituir, portanto, de um lado, ao "risco" por demais oneroso, o pagamento de um prêmio certo; de prever, de outro lado, o que vai ser periodicamente gasto em virtude da verificação dos sinistros.

Em virtude deste processo o risco não é apenas "transferido" — o que socialmente não seria de grande alcance — mas é, num certo sentido, eliminado; este resultado concorre para uma maior segurança econômica geral, preenchendo, portanto, o seguro, uma benéfica função social.

### AVALIAÇÃO ABSTRATA E AVALIAÇÃO CONCRETA DO DANO

14.º) Recordamos as hipóteses em que a avaliação do dano é realizada abstratamente e aquelas nas quais ela é realizada concretamente<sup>158</sup>.

As primeiras hipóteses correspondem, em princípio, aos seguros por danos às pessoas; as segundas, ao seguro por danos às coisas<sup>159</sup> ou ao patrimônio<sup>160</sup>.

#### LIMITES DA INDENIZAÇÃO

a) A avaliação abstrata do dano importa na conhecida conseqüência da falta de um limite legal à indenização fixada pelas partes, ao contrário do que sucede na hipótese na qual a avaliação do dano deve ser feita concretamente.

Justamente esta falta pouca o alcance do caráter indenitário. Admitida com efeito a possibilidade de uma avaliação preventiva abstrata, impossibilita-se uma efetiva comparação do dano e da indenização e fa-

158. Cf. mais uma vez, VALERI, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1930, X, pág. 347. A distinção entre a avaliação abstrata ou concreta do dano (ou seja, das conseqüências deste), não deve ser confundida com o problema, diverso, da apreciação, em abstrato ou em concreto, da necessidade do danificado de reparar estas conseqüências. A este último respeito o direito leva sempre em conta uma necessidade abstrata ou, melhor, geral. Não indaga se o danificado tenha ou não, no caso concreto, o desejo de reparar o dano, mas admite, de modo geral, que já pelo fato de ser danificado, ele deseje reparar o dano tendo, portanto, direito à indenização. Isto acontece quer nos seguros sobre as pessoas, quer nos seguros sobre as coisas como exatamente observa VITERBO, ob. cit., pág. 63, acompanhando EHRENZWEIG e criticando BRUCK.

159. Lembro, todavia, que, excepcionalmente, encontramos também nos seguros sobre as coisas uma aproximação à avaliação abstrata do dano; assim, na cláusula "valha ou não valha", quando esta (como, por ex., conforme uma orientação jurisprudencial italiana e francesa em contraste com a doutrina) tenha esse alcance. De outro lado, vimos, também nos seguros sobre as pessoas pode-se recorrer a uma avaliação concreta do dano.

160. Tal se dá no seguro do crédito e no da responsabilidade civil.

culta-se, portanto, poder o contrato ter uma função diversa da de indenização.

Mas a justificação, vimos, desta possibilidade assenta na inoportunidade, à vista dos riscos segurados, de uma avaliação concreta e no fato que, normalmente, o contrato preenche realmente, de qualquer forma, uma função indenitária<sup>161</sup>.

### PROPORCIONALIDADE

b) A indenização fixada<sup>162</sup>, quer na hipótese da avaliação concreta, quer na avaliação abstrata, pode assumir um particular significado, isto é, indicar o limite além do qual não há ressarcimento com referência ao sinistro total e de maneira que, no caso de sinistro parcial, será preciso recorrer a um ressarcimento proporcional<sup>163</sup>.

### PLURALIDADE DE SEGUROS

c) A avaliação preventiva abstrata do dano exclui, naturalmente, a possibilidade de afirmar, em princípio, que o seguro seja, no caso concreto, estipulado por um valor superior ao real.

Ela permite, também, a possibilidade de mais seguros para um mesmo risco, cujas indenizações se adicionam no caso de sinistro<sup>164</sup>.

### SUB-ROGAÇÃO

d) É evidente que a avaliação abstrata ou concreta do dano se liga ao problema da possibilidade do segurador de sub-rogar-se ao beneficiário na ação que a este caiba contra o terceiro, eventualmente responsável pelo sinistro<sup>165</sup>.

161. Cf. CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.), ob. loc. cit.

162. Cf. art. 1.462, Código Civil brasileiro.

163. Esse enunciado da regra proporcional, mesmo com referência à avaliação abstrata do dano e ao seguro sobre pessoas, visa levar em conta a praxe do seguro contra acidentes em que a indenização é estipulada para o caso de invalidez permanente total, sendo, a invalidez permanente parcial ressarcida proporcionalmente.

164. Cf. quanto ao seguro contra acidentes; VALERI, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1907, II, pág. 556.

Pode, no entanto, é óbvio, o segurador (o é o que acontece especialmente no seguro contra acidentes) pedir ao estipulante de declarar previamente os demais seguros concluídos, para melhor avaliar a natureza do negócio.

165. Não porém no caso da cláusula "valha ou não valha", justamente porque, até nos sistemas jurídicos em que ela é reconhecida como válida, se trata de uma exceção ao princípio geral da avaliação concreta do dano no seguro sobre as coisas, a qual só se justifica pela difícil estimação do sinistro marítimo e, portanto, somente nesses limites. Análogamente não há nesta hipótese possibilidade de mais

É óbvio que, se a avaliação do dano é feita concretamente e se a indenização atribuída ao beneficiário corresponde a esse dano, a sub-rogação deve ter lugar — porque de outro modo o prejudicado viria a beneficiar-se com um duplo ressarcimento (do segurador e do terceiro responsável), ao passo que o segurador, ressarcindo o dano, ressarciria mais do que o dano efetivo, pois que o prejudicado teria direito ao ressarcimento também por parte do terceiro responsável.

Reciprocamente, se a avaliação do dano é feita abstratamente, nada se opõe a que o beneficiário conserve o seu direito para com o terceiro responsável<sup>166</sup>. Admitida, de fato, a possibilidade de uma avaliação abstrata, esta não encontra limites quantitativos<sup>167</sup> e, portanto, bem pode compreender a indenização, além do direito ao ressarcimento para com o terceiro responsável<sup>168</sup>.

### CLASSIFICAÇÃO DOS RAMOS DE SEGURO

15.º) O caráter unitário do contrato de seguro não exclui, naturalmente, a existência dos vários ramos de seguros, e a oportunidade, portanto, de classificá-los.

Eles estão sujeitos a normas diversas, algumas das quais foram recordadas no parágrafo precedente.

Com efeito, não é necessário esclarecer que a afirmada unidade do contrato de seguro não exclui a sua distinção em ramos que, embora baseados em um mesmo conceito fundamental, são inegavelmente distintos e sujeitos a regras diversas, mas compatíveis com um conceito fundamental comum.

A tarefa da classificação consiste, por sua vez, em dividir as numerosas modalidades de seguros em grupos, cada um dos quais compreenda ramos juridicamente homogêneos e, portanto, sujeitos a regras, na maior parte, idênticas.

de um seguro quanto ao mesmo risco; há orientações contrárias a admitir não poder a avaliação preventiva ser comparada com o valor efetivo da coisa no momento da conclusão do contrato.

166. No Código de Comércio italiano, de 1882, essa sub-rogação, admitida no seguro contra danos, é excluída no seguro de vida, o que constituía causa de discussões jurisprudenciais em torno de sua disciplina no seguro contra acidentes. O Código Civil italiano de 1941 (art. 756, livro das obrigações) admitiu a sub-rogação no seguro contra acidentes. Contrária é a solução da lei francesa, o que me parece mais acertado.

167. Lembro, todavia, o que observei a respeito da praxe de seguros.

168. Por isso acho que nos seguros de acidentes, quando falte uma norma legislativa a respeito, é lícito às partes convencionar a exclusão da sub-rogação, embora sejam eles classificáveis, no respectivo direito, como um seguro de danos ou, ao contrário, convencionar a existência da sub-rogação embora sejam eles classificados na mesma categoria do seguro sobre a vida. Na falta de disciplina contratual a respeito, parece-me mais exato excluir a sub-rogação, caso uma diversa consequência não decorra do sistema legal. Cf. o meu comentário citado em *Assicurazioni*, 1937.

É essa, a tarefa de qualquer classificação<sup>169</sup>.

Não se pode conseguir, assim, uma absoluta homogeneidade dos caracteres próprios de cada grupo; isso, aliás, contrastaria com o que acentuamos precedentemente e com a relatividade sempre própria de qualquer classificação; não se deve, portanto, esquecer poderem, os vários ramos, embora classificáveis num mesmo grupo, estar, no entanto sujeitos, quanto a um ou outro problema, a regras diversas<sup>170</sup>.

Pode-se, porém, conseguir uma homogeneidade bastante apreciável para ser útil.

Cada classificação, portanto, apresenta vantagens e desvantagens e não há possibilidade de uma classificação — e, ainda menos, de uma dicotomia<sup>171</sup> — perfeita.

A dicotomia de seguro contra danos e de vida, por exemplo, encontra, hoje<sup>172</sup>, um obstáculo na grande importância assumida pelo seguro contra acidentes, que nessa dicotomia não encontra sistematização satisfatória<sup>173</sup>.

A dicotomia do seguro, em seguro sobre as coisas e seguro sobre as pessoas<sup>174</sup>, encontra um obstáculo no seguro da responsabilidade civil, que, com efeito, na lei francesa é disciplinado em um capítulo especial<sup>175</sup>.

A dicotomia de seguro de interesses e seguro de pessoas, por vários autores discutida na Alemanha, parte do conceito, a meu ver, inexato,

169. Cf., a respeito das várias classificações, VALERI, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1930, I, pág. 347.

170. O alcance prático da existência de um conceito unitário do contrato de seguro, aparenta-se, justamente, na relatividade que, realmente, é própria às várias classificações e na possibilidade e necessidade de não levar em conta, quanto à disciplina de um determinado ramo, apenas a classificação dele num ou noutro grupo de uma dicotomia.

171. Tende-se, com efeito, quanto aos seguros, não apenas a subdivisões, mas a uma subdivisão assente em uma dicotomia, o que, inevitavelmente, frisa a necessária imperfeição da classificação, embora apresente inegáveis vantagens quanto à simplicidade.

172. Com efeito, ela provém da doutrina e da legislação do século XIX, quando o seguro contra os acidentes era praticamente desconhecido, o que contribui, aliás, para explicar as orientações doutrinárias daquela época. O novo Código Civil italiano manteve a dicotomia dos seguros de dano e de vida; a lei francesa de 13 de julho de 1930, ao contrário, classifica os seguros em seguro de danos e de pessoas, disciplinando, em um capítulo separado, o seguro da responsabilidade civil.

173. Na Itália, é, pôis, quase constante, por parte da doutrina, a inclusão do seguro contra os acidentes no seguro contra os danos, ao passo que a jurisprudência, no início do século XX, considerou o seguro contra acidentes como um seguro de vida; depois, sob a influência da doutrina, como um seguro contra os danos; sucessivamente, de novo, como um seguro de vida, sendo que o Código Civil de 1941 voltou a classificar o seguro contra os acidentes como um seguro contra danos.

174. Esta classificação prende-se, às vezes, à teoria que encara na "coisa" ou na "pessoa" o "objeto" do contrato de seguro, o que, na minha opinião, não é exato.

175. Com efeito, o risco que é objeto do seguro contra a responsabilidade civil (bem como, por seu turno, o risco de insolvabilidade, objeto do chamado seguro dos créditos: Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, *Contratos*, cit., vol. II, pág. 344), prende-se ao patrimônio. Cf. VITERBO, *L'Assicurazione della Responsabilità Civile*, Milão, 1936.

de que o objeto do seguro seja, a rigor, o interesse segurável<sup>176</sup> e da afirmação de que, a doutrina do interesse, seja própria somente do seguro sobre as coisas.

Uma classificação muito espalhada é, talvez, aquela que assenta na distinção entre seguros de danos, de um lado, e seguro de somas<sup>177</sup>, de outro<sup>178</sup>. Esta classificação assenta, afinal<sup>179</sup>, na distinção entre avaliação concreta e avaliação preventiva e abstrata do dano<sup>180</sup>.

A nossa tarefa, nas páginas que precedem, foi aquela de demonstrar a unitariedade substancial do contrato de seguro, apesar das suas subdivisões e da diversidade dos critérios adotáveis a respeito.

176. A meu ver, seguindo a doutrina de VIVANTE, objeto do contrato de seguro é o risco.

Esta observação constitui, com frequência, o argumento invocado a favor da dicotomia de seguro de vida e do dano, enquanto assente sobre a distinção entre o risco de morte e os demais.

Realmente a classificação dos ramos de seguro, consoante a diversa natureza dos riscos, é acertada, sendo este o argumento que milita a favor da dicotomia tradicional entre o seguro de vida e os demais. O exame da legislação de controle sobre as empresas de seguros volta a demonstrar o acerto da classificação, evidenciando as diferenças que — justamente no que respeita à fiscalização das empresas — correm entre o seguro de vida e os demais. Assentando a classificação dos seguros na diversidade dos riscos e adotando uma dicotomia, o risco de vida apresenta peculiaridades bastantes para justificar a dicotomia tradicional, encarado, então, de um lado, o risco de vida (em caso de morte ou sobrevivência) e de outro lado, os demais riscos seja quanto às coisas, seja quanto às pessoas (acidentes), seja quanto ao patrimônio.

O que importa, entretanto, é de não esquecer os limites da função da classificação, qualquer que eles sejam, e de não vincular, o intérprete, por meio da classificação, a descuidar as peculiaridades dos vários ramos, levando-o a uma solução que poderia resultar errada.

A teoria tradicional da interpretação jurídica leva justamente em conta este perigo, ensinando não serem, as premissas teóricas das classificações legais, vinculativas quanto ao intérprete. Examinando as várias classificações legais, cumpre não esquecer esta advertência tradicional.

177. O que, praticamente, volta à contraposição do seguro sobre as coisas (e patrimônio) e do seguro sobre as pessoas.

178. Tal, com efeito, afinal, o sistema da lei suíça, da alemã e, praticamente, da francesa.

179. Vimos, com efeito, que, excepcionalmente, pode haver uma avaliação preventiva e abstrata do dano, embora não consistindo a indenização numa soma de dinheiro.

180. Com efeito, a distinção entre avaliação abstrata e concreta do dano constitui a justificativa da diversidade de disciplina nos vários casos. Inexato, ao contrário, é excluir, nos seguros de soma ou nos de pessoas, o caráter indenitário.