

**Edição Especial**

ANAIS DO  
V FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO  
JOSÉ SOLLERO FILHO

**VOL. 1 N. 2 DEZEMBRO 2009**

Revista Brasileira de  
**DIREITO DO SEGURO**  
e da Responsabilidade Civil

**MP**  
EDITORA

**ibds**  
instituto brasileiro de direito do seguro

Revista Brasileira de  
**DIREITO DO SEGURO**  
e da Responsabilidade Civil

**Edição Especial**

ANAIS DO  
V FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO  
JOSÉ SOLLERO FILHO

**MP**  
EDITORA

**ibds**  
instituto brasileiro de direito do seguro

DIRETOR RESPONSÁVEL

Marcelo Magalhães Peixoto

COORDENADORES

Ernesto Tzirulnik

Flávio de Queiroz Bezerra Cavalcanti

CONSELHO EDITORIAL

Américo Couto Coelho Bezerra

Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti

Carlos Antônio Harten Filho

Ernesto Tzirulnik

Flávio de Queiroz Bezerra Cavalcanti

Gustavo de Medeiros Melo

José Ricardo do Nascimento Varejão

Maurício Luís Pinheiro Silveira

Paulo Luiz de Toledo Piza

TRADUÇÃO

Antônio Carlos Alves Pereira

Ernesto Tzirulnik

Fabio Weinberg Crocco

Gabriela Kazue Ferreira da Silva

Paulo Luiz de Toledo Piza

Rafaela Loureiro Pinheiro Furlan

REVISÃO

Mônica A. Guedes

PROJETO GRÁFICO

Leticia Moura

DIAGRAMAÇÃO

Veridiana Freitas

IMPRESSÃO

ORGRAFIC

MP Editora

Av. Brigadeiro Luís Antônio, 2482, 6º andar

01402-000 São Paulo SP

Tel./Fax: (11) 3101 2086

adm@mpeditora.com.br

www.mpeditora.com.br

Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS

Avenida Angélica, 2466, cj. 63

01228-200 São Paulo SP

Tel.: (11) 3159-0055

ibds@ibds.com.br

ISSN 1984-0977

Todos os direitos reservados

Este é o segundo volume da *Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil* (RBDSRC) e o décimo quinto volume que o Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (IBDS), nos seus nove anos de existência, oferece aos operadores do direito.

Esta edição da RBDSRC é especialmente destinada a publicar as contribuições escritas apresentadas pelos palestrantes do *V Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*, realizado em São Paulo, no Museu da Imagem e do Som, em junho de 2009.

O propósito é levar essas contribuições a um público ainda maior e, assim, ampliar a discussão de temas importantes relacionados ao seguro e à responsabilidade civil.

Os autores discutem, neste volume, questões centrais relacionadas à solidariedade, ao resseguro e à regulação de sinistro no Projeto de Lei sobre o Contrato de Seguro (PL 3.555/2004), do Deputado José Eduardo Cardozo (PT-SP). Registre-se, a propósito, que se encontra presentemente em discussão o Substitutivo do Deputado Leandro Sampaio (PPS-RJ), que prestigiou o Projeto e aperfeiçoou o voto do relator anterior, também favorável, Deputado Ronaldo Dimas (PSDB-TO). O Substitutivo foi aprovado pela unanimidade dos

integrantes da Comissão de Desenvolvimento Econômico Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados.

Essa é a primeira iniciativa parlamentar da história do país para a edição de uma lei sobre o contrato de seguro, e foi recentemente prestigiada pelo Deputado Michel Temer (PMDB-SP), na sua condição de Presidente da Câmara dos Deputados, com a constituição de uma Comissão Especial, presidida pelo Deputado Moreira Mendes (PPS-RO), cuja palestra integra estes Anais, sendo Relator o Deputado Jorginho Maluly (DEM-SP).

Esta edição da RBDSRC é dedicada à memória do Professor OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA, amigo querido, que participou ativamente da fundação do IBDS. Convidado de honra do *V Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*, não pôde ele, infelizmente, comparecer. Consternados, velamos na ocasião por esse homem intenso, inteligente, jurista valoroso, combatente em prol de nossa sociedade. Apesar da saudade que deixa, reconforta lembrar que a lei sobre o contrato de seguro é, também, semente sua.

Instituto Brasileiro de Direito do Seguro  
IBDS

## SUMÁRIO

### ARTIGOS

ABERTURA	
Ernesto Tzirulnik	<b>7</b>
SOLIDARIEDADE	
Sérgio Sérvulo da Cunha	<b>13</b>
DEMOCRACIA E SOLIDARIEDADE	
Carlos Miguel Herrera	<b>25</b>
REGULAÇÃO DE SINISTRO NO PROJETO DE LEI Nº 3.555/2004	
Felipe F. Aguirre	<b>41</b>
Flávio de Queiroz Bezerra Cavalcanti	<b>49</b>
Rubens Moreira Mendes Filho	<b>59</b>
INTERMEDIÇÃO NOS CONTRATOS DE SEGURO E RESSEGURO	
José Maria Muñoz Paredes	<b>65</b>
Paulo Luiz de Toledo Piza	<b>79</b>
O RESSEGURO NA LEI DO CONTRATO DE SEGURO – CONSTITUCIONALIDADE	
André Ramos Tavares	<b>113</b>
José Eduardo Martins Cardozo	<b>129</b>
RESSEGURO E ORDEM ECONÔMICA	
Gilberto Bercovici	<b>139</b>
ALCANCE E EXTENSÃO DO PRINCÍPIO “FOLLOW THE FORTUNE”	
Judith Martins-Costa	<b>157</b>
Maria Concepción Hill Prados	<b>181</b>
O RESSEGURO NA LIDE SECURITÁRIA	
Alberto Monti	<b>193</b>
Gustavo de Medeiros Melo	<b>203</b>

SEGURO, DESENVOLVIMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS

**223**

Alessandro Octaviani

ARBITRAGEM E SEGURO

**237**

Maurício Luís Pinheiro Silveira

**249**

Pablo Medina Magallanes

**261**

Selma Maria Ferreira Lemes

O NOVO REGIME JURÍDICO DO CONTRATO DE SEGURO  
EM PORTUGAL E NA UNIÃO EUROPEIA

**277**

João Calvão da Silva

**285**

Luc Mayaux

## ABERTURA

*Ernesto Tzirulnik*

*Presidente do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS  
Advogado*

Meus amigos, bem-vindos! Teremos, juntos, quatro excelentes dias.

Tenho a honra de abrir o *V Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*, homenagem àquele competente e corajoso mineiro de Ubá que praticou a advocacia securitária como homem, homem-ético, homem-técnico, homem a serviço da sociedade.

Inspirados no Sollero podemos aguentar muitas árduas batalhas e vencer qualquer guerra.

Mas não há guerras; apenas a luta pela emancipação econômica, social e jurídica do povo brasileiro está em questão.

Quem notou a arte do Fórum, percebeu que ela está centrada numa fotografia do Cristiano Mascaro, um dos nossos maiores artistas, que reproduz uma cena de indústria de país ainda em desenvolvimento, com uma placa de trânsito dizendo que “É proibido parar”.

É o símbolo dos nossos inspiradores e do que precisa tanto este país. É também a luta do IBDS.

Contaremos, neste ano, com generosas contribuições de estudiosos do Brasil, Portugal, Argentina, Espanha, México, Itália, Chile e França:

Maria Concepción Hill Prados (Universidade de Barcelona)

Judith Martins-Costa (IBDS e Universidade Federal do Rio Grande do Sul)  
Selma Lemes (Fundação Getúlio Vargas)  
Alberto Monti (Universidade Luigi Boconi, Milão)  
Alessandro Octaviani Luis (IBDS e Fundação Getúlio Vargas)  
André Ramos Tavares (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)  
Carlos Miguel Herrera (Universidade Cergy-Pontoise, Paris)  
Flávio Queiroz (IBDS)  
Felipe Aguirre (Universidade de Buenos Aires)  
Francisco Artigas (Diretor da Associação Panamericana de Fianças, Chile)  
Gilberto Bercovici (Universidade de São Paulo)  
Gustavo de Medeiros Melo (IBDS)  
João Calvão da Silva (Universidade de Coimbra)  
José Maria Muñoz Paredes (Universidade de Oviedo)  
José Eduardo Cardozo (Deputado Federal, IBDS e Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)  
Luc Mayaux (Universidade de Lyon)  
Maurício Silveira (IBDS)  
Pablo Medina  
Paulo Luiz de Toledo Piza (IBDS)  
Rubens Moreira Mendes (Deputado Federal)  
Sérgio Sérvulo da Cunha (IBDS)

Entre todos os programados, lamentamos muito a ausência do nosso grande Rubén Stiglitz e a do amigo e advogado cubano Alejandro Vigil, que não conseguiu viajar para o Brasil.

Quem teve oportunidade de ver a mostra de nossas realizações no salão de entrada, viu que o Instituto, além de recentemente ter lançado a *Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil*, com a MP Editora, promoveu a edição de mais dois livros, um da Dra. Ivy Cassa, já companheira de IBDS, com a mesma MP e outro com a BEI, do doutor Carlos Harten, que receberá o Prêmio José Sollero e sua acolhida como sócio do IBDS. Logo depois deste fórum teremos também os Anais, de sorte que o Instituto, então, terá oferecido à sociedade brasileira 13 livros dedicados ao seguro, com quase 20 mil unidades distribuídas gratuitamente para operadores do direito em geral e bibliotecas do Judiciário, Universidades etc.

Além disso, neste fórum entregaremos um belo filme sobre os reguladores de sinistro e – podem estar seguros – aproveitaremos excelente música especialmente preparada para a ocasião.

Os senhores todos desfrutarão, além disso, das atividades deste maravilhoso museu paulistano.

Tudo isso graças aos nossos patrocinadores e apoiadores.

Agradeço, assim, à Aliança do Brasil, à Odebrecht Corretora de Seguros, à Companhia Siderúrgica Nacional, à Galcorr Seguros, aos escritórios ETAD e Queiroz Cavalcanti, à Tango Zulu, à Escola Paulista da Magistratura, à Associação Paulista da Magistratura, ao Governo do Estado de São Paulo, aos amigos do MIS – Museu da Imagem e do Som –, à divulgação feita pela Sociedade Brasileira de Ciências do Seguro, APTS, BRASILCON, IDEC, OAB-SP, à Rafaela Furlan, Gabriela Kazue, Fernanda Lobo, Álvaro Razuk, Carolina Schneider, Leticia Moura, meus filhos Tayla Tzirulnik e Gabriel Barros, André Rainho, Winter de Souza Costa, Mayra Carrilho, Tamy Costa, Cristiano Mascaro, Ulisses Rocha, Helio Fukuda, Bento de Barros Neto, Oberdan Silva, Priscila e Viviane da TAM Viagens, aos amigos do Seis com casca, enfim, a todos os que de um modo ou de outro fizeram acontecer este encontro.

Não é possível deixar de mencionar que o IBDS está engajado na missão de auxiliar o Congresso Nacional a equipar o país com sua primeira lei sobre o contrato de seguro. O Projeto de Lei nº 3.555/2004 foi originado de anteprojeto solicitado ao IBDS pelo Deputado José Eduardo Cardozo.

A tramitação vem sendo lenta, mas vitoriosa.

Vitoriosa no Congresso e na comunidade jurídica, inclusive internacional.

Apenas a título de exemplo, vou citar um daqueles autores mais autorizados sobre a matéria.

Em obra intitulada *Contrato de Seguro – Estudos*, destinada a examinar o novo regime legal do contrato de seguro introduzido em Portugal em 2008, o eminente jurista português, Juiz da Corte Suprema de Justiça de seu país e do Tribunal Europeu, José Carlos Moitinho de Almeida, dedicou o maior capítulo para comentar o nosso Projeto Tupiniquim.

Diz o Professor Moitinho sobre o diploma português do ano passado que ele se encontra “*mal sistematizado, com matérias deslocadas, de redação pesada, com demasiadas divisões e subdivisões*” e que “*para além desses aspectos formais, muitas disposições não correspondem*”, no seu entender, “*às exigências de uma boa política legislativa*”. No que toca à proteção dos segurados, arremata: “*Aqui, como veremos, em domínios de especial importância, a nova legislação diverge das modernas leis europeias protegendo as seguradoras de modo incompreensível*” (p. 12).

Já quanto ao Projeto de Lei brasileiro, diz: “*Enfim, julguei de interesse incluir um estudo sobre o Projecto de Lei brasileiro nº 3.555, de 2004*”, o qual, “*É um trabalho virado para a sociedade, sem pretensões de erudição*” (p. 6): “*O inverso do que se passa entre nós*” (p. 7).

Sem embargo de exercer crítica fecunda, registrará o eminente jurista, cujos livros todos nós felizmente estudamos, que “*O Projecto de Lei brasileiro n° 3.555, de 2004, sobre o regime jurídico do contrato de seguro reflecte a preocupação de sujeitar este contrato a uma disciplina moderna que, por um lado, garanta a segurança jurídica indispensável ao exercício da actividade seguradora e não estabeleça burocracias que desproporcionadamente a onerem e, por outro, proteja os legítimos interesses dos segurados*” (p. 225).

Quanto àquele ponto que mais artificiosa crítica recebe a proposta brasileira dos seus antagonistas nacionais – a questão atinente à ação direta da vítima contra o segurador de responsabilidade civil – opina que nosso Projeto “*é francamente de aplaudir*” por ter feito uma opção “*que, infelizmente, o legislador português entendeu afastar*” (p. 267).

Não pretendemos comparar nosso projeto que segue avante, embora com muito vagar e tanta gente trabalhando contra, mas com denodados parlamentares não se curvando à fácil crítica, com a normativa de seguro portuguesa que foi elaborada e aprovada por decreto, em poucos meses de trabalho. São países distintos, com realidades e experiências distintas e daí até a recíproca atração.

Queremos apenas salientar que aquilo que por aqui mais vem rendendo críticas ao IBDS é visto com outros olhos e muita esperança por quem lá fora examina com senioridade, de forma qualificada e isenta.

Este *V Fórum*, meus amigos, é mais um passo para que, melhorando-se o Projeto 3.555 de 2004, se realize o voto do eminente especialista português:

*Desejo bom sucesso para os trabalhos em curso e que o Brasil venha a dispor de uma lei sobre o contrato de seguro ao nível da potência mundial que já é* (p. 267).

Então, encerramos agradecendo ao doutor Moitinho de Almeida, que muito breve convidaremos para que venha ao Brasil e ainda mais coopere com a nossa sociedade, com a potência mundial em subdesenvolvimento, tão carente de sua generosa atenção.

SOLIDARIEDADE

## SOLIDARIEDADE

*Sérgio Sérvulo da Cunha*

*Licenciado em Filosofia pela Universidade de São Paulo (USP)  
Membro do Conselho Diretor do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS  
Advogado*

Excelentíssimos membros da mesa, da qual eu preciso necessariamente destacar o Dr. Marcos Sollero, meus queridos amigos e minhas queridas amigas,

Eu moro em Santos, cidade marítima que fica a 70 km de São Paulo. Hoje cedo vim de ônibus. Santos fica ao nível do mar, São Paulo fica a 700 m de altitude. O ônibus precisa subir a serra. Quem está acostumado a subir a serra de automóvel não aprecia o mesmo panorama que se vê do ônibus.

O ônibus é bem mais alto que o automóvel e tem amplas janelas, e ao subir a serra nós podemos apreciar não apenas de longe a visão do mar, mas nos sentimos inteiramente mergulhados nessa maravilhosa Mata Atlântica, nesse verde que hoje estava particularmente iluminado pelo sol. Apenas aqui em São Paulo havia neblina, mas durante todo o subir da serra havia sol.

E eu resolvi então, em vez de falar sobre solidariedade, falar para vocês sobre o sol. E seria muito complicado falar do sol no meio da escuridão.

No meu quarto do sítio, para onde, infelizmente, eu consigo ir raras vezes, há uma porta de duas folhas que se abre para fora, assim como a janela. E é o que eu faço quando acordo: abro aquela porta para poder olhar a mata e para poder sentir o sol. Não é olhar o sol, é para poder sentir o sol. Assim começo o meu dia e depois de minha prece eu passo a ouvir uma ária, e posso dizer que nesse momento eu sou perfeitamente feliz.

Em seguida vem o café. É impossível viver sem alimento, mas também é igualmente impossível viver sem beleza e sem encantamento. Por que eu escolhi falar do sol? Não foi apenas porque eu vim embebido no sol de Santos até São Paulo. Porque eu acho que precisamos fazer aqui uma reflexão a respeito do sol. Nós, individualmente considerados, o IBDS, uma associação cujo objetivo é estudar o seguro e a sociedade de um modo geral. Porque o mundo onde nós estamos vivendo está um mundo muito maluco, um mundo muito doido, como se nós estivéssemos numa esfera perdida no espaço, dizendo “para, que eu quero pular, eu quero saltar daqui”, mas não conseguimos, não podemos fazer isso.

Foi apenas no séc. XVII que nós descobrimos que o sol é o centro do sistema planetário. Apenas no séc. XVII. E nós ouvimos na escola falar de Galileu, ouvimos falar na escola de Copérnico. Mas são poucos que ouviram falar de um homem chamado Aristarco, que nasceu numa cidade chamada Samos. Aristarco de Samos viveu dois séculos antes de Cristo e disse que a Terra girava em torno do sol.

De 200 a.C. até o séc. XVII quanto tempo se passou? Mas não teria acontecido nada se a impressão de que a Terra era o centro do universo não tivesse consequências. Mas tinha consequências. Matavam-se pessoas que afirmassem o contrário, torturavam-se pessoas que pensavam o contrário, queimavam-se livros que afirmavam o contrário, faziam-se processos contra pessoas que afirmavam o contrário. Foram 1900 anos de trevas, de escuridão e de atraso.

Nem sempre as instituições caminham junto com o pensamento, e nem sempre o pensamento caminha junto com as instituições. E nós podemos observar isto também com relação ao mundo jurídico. Nós podemos dizer que há apenas 200 anos nós, os países modernos, nos regemos por uma constituição.

A constituição é o sol do mundo jurídico, e quando eu vejo antigas gravuras, há inúmeras delas no passado tentando representar o sistema no qual se acreditava, eu me lembro especialmente de uma gravura em que a Terra é representada com um disco chato, um disco plano e chato, em cima do qual estão os homens e embaixo do qual estão alguns mamutes, sustentando aquele disco chato.

Evidentemente não se perguntava “mas quem, onde, o que está sustentando os mamutes?”, os mamutes estão no espaço sustentando aquele disco chato, e eu não escapo de comparar esses mamutes à famosa norma fundamental que, na teoria de Kelsen, significaria o suporte da constituição.

Mas nem o mundo físico, nem o planeta em que vivemos e nem a constituição se desenharam como um bolo em fatias. Nós sabemos hoje que a Terra, o planeta é um sistema de forças. E o mesmo acontece com a constituição. Nós já sabemos que a Constituição é o sol do mundo jurídico, mas nós ainda não fizemos a nossa revolução copernicana.

Neste mundo doido, maluco, em que estamos vivendo, muitas vezes não temos tempo para observar os milagres que acontecem em torno de nós. Não apenas os milagres da natureza, como a beleza dessa Mata Atlântica iluminada pelo sol. Não apenas os milagres da alma humana, não apenas a beleza que se irradia de uma criança, não apenas a beleza, a vibração, o encantamento que existe num casamento, o momento em que duas almas se encontram para fazer um projeto de vida.

Se nós parássemos um instantinho a cada dia para meditar, nós testemunharemos, neste mundo do qual nós queremos saltar, as imensas mudanças que vêm ocorrendo. Eu costumo dar um exemplo para mostrar a valia da constituição. Melhor. Eu costumo dar um exemplo para mostrar que, não obstante todas as dificuldades que a vida moderna nos apresenta, o mundo hoje é bem melhor do que foi no passado. Eu costumo exemplificar com a condição feminina. Eu tenho impressão de que a condição feminina hoje é um exemplo irrefutável de que o mundo em que nós vivemos é melhor do que o passado.

Então, quando eu busco, quando nós buscamos outras demonstrações ou provas de que nós passamos a viver e temos condição de cada vez avançar mais no sentido de vivermos numa sociedade melhor e mais humana da qual não se proscruvia o encantamento, e lembro que a constituição tem pouco mais de 200 anos, eu costumo dar o seguinte exemplo.

É o exemplo do que aconteceu com João Batista. Vocês sabem que uma mocinha chamada Salomé encantou o rei Herodes numa festa que ele estava dando em seu palácio. João Batista estava preso nos porões deste palácio e, ao término daquela apresentação de Salomé, Herodes lhe disse: “Peça-me o que você quiser e eu te darei”. A mocinha, atônita, não sabia o que pedir. Foi para a sua mãe, amante de Herodes, e lhe perguntou: “O que eu devo pedir para o rei Herodes?”, e a sua mãe lhe disse: “Peça-lhe a cabeça de João Batista”, porque João Batista acusava aquela união.

Salomé pediu a Herodes: “Eu quero a cabeça de João Batista”. O próprio Herodes tremeu, o déspota tremeu, e disse: “Não, isto eu não posso lhe dar”. “Mas o senhor me prometeu, o senhor me disse: ‘Peça-me, peça-me o que quiser e eu te darei’”. Herodes, então, para não romper sua palavra, mandou que fossem ao hercástulo e lhe trouxessem a cabeça de João Batista, como de fato se fez.

Quando a gente lê esta passagem no evangelho, a gente nota que o narrador escreve sobre esta enormidade, este ato de brutalidade sem nenhum espanto, sem nenhum tremor, sem nenhuma estranheza, como se aquilo fosse algo perfeitamente natural, e de fato era

esta a concepção que nós tínhamos na antiguidade a respeito da autoridade, da autoridade política. A autoridade política podia tudo.

Vejam, hoje em dia, na mais negra tirania, não pode haver um déspota que faça isso: “Peça-me o que quiseres que eu te darei”. Na mais negra tirania é impossível. Os avanços que em apenas 200 anos nós fizemos por causa da constituição, apesar de tudo de ruim, de tudo de negativo que acontece na política, de tudo de negativo que acontece na sociedade, de toda essa extrema desigualdade que particularmente acontece no Brasil. Apesar de tudo isso, nós avançamos bastante.

A constituição é o nosso sol, mas nós ainda não fizemos a nossa revolução copernicana. Houve um filósofo americano chamado John Rawls que se pôs a escrever sobre a justiça. E por que eu digo isso? Porque a Constituição brasileira de 1988, no seu artigo 3º, diz que uma das finalidades principais da República Federativa do Brasil é construir uma sociedade livre, justa e igualitária.

Nós, operadores do direito, advogados, professores e juristas, estamos muito acostumados a refletir sobre o que é a liberdade e muito acostumados a refletir a respeito do que seja a justiça, mas pouco acostumados estamos a refletir sobre o que seja a solidariedade.

Por que eu mencionei John Rawls? Porque ao refletir sobre a justiça, todos nós, os jusfilósofos, refletíamos segundo o tradicional modelo aristotélico. Qual o conceito da justiça? E a partir do conceito da justiça, das suas características, examinávamos as suas manifestações na sociedade.

E por quê? Parece que a nossa inteligência ou o uso que fazíamos dela, da nossa inteligência jurídica, consistia em refletir sobre a realidade tal como ela se nos apresentava.

Houve um filósofo que escreveu um livro do qual eu estou me lembrando agora, porque ele fala da filosofia como “espelho da natureza”.

Eu tenho repetido, tenho escrito inúmeras vezes que a finalidade do direito não é reproduzir relações vigentes na sociedade. Vejam o que acontece com o positivismo e com o dogmatismo jurídico. Que contradição flagrante! Que contradição flagrante quando se pede a um juiz ou quando se reclama que se faça justiça, sempre há alguém que diga, como dizia Kelsen, “o direito nada tem a ver com a justiça”. E há muita gente que coloca como uma característica fundamental do direito o fato de que ele lida com as realidades concretas. Nada com as nossas aspirações, não, mas com as realidades concretas.

No entanto, estes mesmos juristas dizem que a norma é uma formulação de dever-ser. Mas como? O direito ou lida com as realidades concretas ou lida com o dever-ser.

Como é que nós operadores jurídicos temos tanta dificuldade em perceber que este dever-ser estabelecido na norma não é gratuito? Ele corresponde ao propósito de alguém,

ou ao propósito de alguma força social, ou ao propósito de um partido político, ou ao propósito de determinados setores dominantes na sociedade.

O direito cuida sim do dever-ser. E como em tudo em que entra a ação e o pensamento humano, ele deve cuidar daquilo que é melhor.

Esta é a diferença na formulação de John Rawls. A gente costuma se enganar muito quando quer se meter a profeta. Outro dia eu estava lendo, saiu um livro aí, *Diários de Joaquim Nabuco*. Todos nós conhecemos Joaquim Nabuco, que foi um intelectual brasileiro do séc. XIX, foi talvez o maior abolicionista brasileiro, que lutou pela emancipação dos escravos. Era um advogado, um intelectual que depois se dedicou à carreira diplomática. Foi embaixador do Brasil nos Estados Unidos e foi também o representante do Brasil em conferências internacionais e também atuou como advogado em litígios internacionais que foram resolvidos mediante arbitragem.

E Joaquim Nabuco, no diário dele, a certa altura, faz uma previsão. Ele gostava muito de literatura e faz uma previsão acerca das obras contemporâneas que iriam sobreviver. Eu li aquelas obras daqueles autores e nenhum deles é mencionado hoje.

Nós nos enganamos muito quando fazemos previsões. Por imprudência, vou fazer uma previsão. Eu acho que o John Rawls, que é um autor extremamente citado, vai ser um autor muito citado no futuro, menos talvez pelo mérito dos seus argumentos, porque as suas formulações foram muito discutidas e muito discutidas por ele mesmo, porque a obra dele foi uma constante reformulação das coisas que ele escrevia, e ele as reformulava à medida que avançava no seu pensamento e à medida que recebia críticas que ele aceitava e resolvia então repensar.

Então eu tenho a impressão de que ele será muito menos lembrado pelo mérito dos seus argumentos do que pelo método, pelo tipo de indagação que ele fez na obra dele. Porque no seu primeiro e principal livro, o mais citado, que é *Uma teoria da justiça*, ele não faz uma indagação naquela linha aristotélica a respeito da natureza da justiça. E eu tenho a impressão que é esta a forma pela qual nós humanos passaremos a aplicar a nossa inteligência e já estamos começando a aplicar a nossa inteligência a partir deste século.

A inteligência não é mais o espelho da natureza, mas a inteligência como instituinte de uma nova natureza, a inteligência como instituinte de uma nova sociedade, a inteligência como instituinte de novas relações sociais.

Isto não deveria ser estranho para nós juristas, e muito menos deveria ser estranho para nós constitucionalistas, porque não se explica, não se entende, não se compreende uma constituição que não tenha sido feita para se projetar sobre a realidade.

Todos nós conhecemos a distinção entre a constituição formal, esta constituição que está no papel, impressa nos livros, e a constituição real, a constituição dos fatos, a constituição

que se encontra nas ruas, como quando eu vinha vindo para cá, depois que cheguei a São Paulo e o motorista me fez a seguinte observação: que ele estava com o seu carro parado numa rua a determinada distância de uma esquina. Nesta esquina, havia uma senhora negra modestamente vestida que sinalizava para os táxis que passavam. Passava um táxi, diminuía a sua marcha, e quando o motorista percebia melhor quem estava acenando, prosseguia a sua marcha. Isso aconteceu com uns três ou quatro táxis, até que este motorista que estava parado um pouco antes disse: “Eu vou lá apanhar esta senhora”.

Foi, parou, e quando essa senhora entrou, lhe disse: “Graças a Deus que o senhor veio me pegar e não fez como os seus colegas”. Esse motorista disse: “Eu lhe peço perdão pelos meus colegas”.

E depois, isto é uma mera circunstância, que nada tem a ver com a essência desse ato, ele disse: “Pois essa senhora queria fazer uma viagem até o aeroporto, de ida e de volta, o que é uma excelente corrida que os meus colegas perderam”.

Obviamente, quando se fala em moral ou em ética, algo que é essencial diz respeito à absoluta falta de preocupação com uma recompensa. Bem, Rawls então utiliza uma inteligência instituinte e o mesmo não se pode deixar de fazer quando nós interpretamos a constituição.

Quando o art. 3º da Constituição Federal brasileira diz que uma das finalidades principais da república brasileira é a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária, nós entendemos pouco quando se fala de justiça. Rawls estuda a justiça de um ponto de vista teórico. Ele se pergunta: “Hoje em dia, num estado democrático de direito, em um regime liberal, em um regime de extremo pluralismo político, em que há inúmeras concepções a respeito da justiça, como, de que forma criarmos uma sociedade fundada na justiça? Como estabelecer este patamar de entendimento entre as pessoas?”. E são muitas as dificuldades teóricas a serem superadas quando se coloca essa pergunta.

Eu imagino que, se nós nos perguntarmos sobre a solidariedade, nós encontraremos menos dificuldades teóricas do que dificuldades práticas. Curiosamente, é muito antiga a nossa experiência com a solidariedade. É muito antiga a nossa experiência com a solidariedade, principalmente no direito público.

Já os antigos não diziam que é digno e justo morrer pela pátria? É digno e justo morrer pela pátria. O que mais pode dar alguém para o conjunto da sociedade do que a própria vida? E a base das instituições políticas, particularmente das instituições modernas, quando a tributação já se coloca sob uma nova perspectiva, quando nós pagamos um tributo, o que estamos fazendo é dar de nós algo para ser distribuído em favor do bem comum, do interesse geral.

No direito público nós temos uma experiência muito maior com a solidariedade do que temos no direito privado. E não é preciso a gente pensar a respeito do estado de necessidade. Mas eu tenho a impressão de que nas nossas faculdades de direito talvez nós jamais tenhamos ouvido falar nessa palavra “solidariedade”, ou talvez jamais se tenha posto isto como algo que é importante para a indagação jurídica, a solidariedade.

O direito que nós aprendemos nas nossas faculdades e o direito que nós aplicamos cotidianamente é baseado na estrita comutatividade, de modo que, quando nós temos um processo e um juiz, para decidir de acordo com a norma, precisa infringir um princípio, ele prefere infringir o princípio e decidir de acordo com a norma.

O que governa o nosso pensamento, o nosso raciocínio, a nossa lógica jurídica, é o princípio da comutatividade. Mas a revolução copernicana nos convida a pensarmos numa nova lógica. A nossa vida se divide em dois campos: um campo é a nossa vida em família, outro campo é a nossa vida profissional. A nossa vida em família, que nós levamos de acordo com o princípio da solidariedade, e a nossa vida profissional, que nós levamos de acordo com os princípios da comutatividade.

E se nós pensamos em como inserir a solidariedade nas relações cotidianas de direito, nós nos defrontamos com inumeráveis dificuldades práticas. Sob o ponto de vista jurídico, sem caminhar na direção de propostas concretas como a que seria, por exemplo, “na sociedade em que nós vivemos, não há mais como exigir da pessoa de comprovada miserabilidade que pague a sua conta de água ou a sua conta de luz se ela é desprovida de meios para pagar a sua conta de água e a sua conta de luz”.

Não quero chegar a propostas concretas deste tipo. É importante que cheguemos a propostas concretas deste tipo, mas eu quero dizer aqui coisa diferente. Eu quero dizer o seguinte: para que nós possamos agir com relação ao próximo assim como nós agimos dentro de casa, nós precisamos de uma nova lógica social. Como já faz meia hora que eu estou falando, eu estou me aproximando do final desta reflexão.

Nós precisamos de uma nova lógica social. E é possível instaurar isto. Do plano de vista jurídico, não tanto através da equidade, não tanto através de julgamentos de equidade, porque, se o chefe de família não pode pagar o aluguel da sua casa no fim do mês ou se aquela família que ocupou um terreno e colocou um barraco sequer se defendeu ao ser citada na ação possessória, o juiz decidirá contra o chefe de família e o juiz decidirá contra aquela família, despejará um e mandará extrair um mandado de desocupação compulsória com relação ao outro.

Na jurisprudência constitucional, apesar de nós vivermos sob o mesmo ordenamento jurídico, os critérios são diversos. Nesses processos civis, o juiz segue a norma. E, nas

folhas do processo, não aparece. Nessas folhas não transparece a tragédia individual e a tragédia familiar.

A mesma coisa acontece se um empresário está com momentânea dificuldade de liquidez. E vejam o que aconteceu recentemente no direito brasileiro; eu tenho impressão de que faz uns cinco anos que foi aprovada a nova lei de falências, ou melhor dizendo, a lei que trata da recuperação judicial. É um novo critério: “não, essa empresa representa um patrimônio que nós não podemos permitir que se desfaça porque momentaneamente talvez não pode a empresa ou não pode o empresário satisfazer algumas obrigações”. É uma nova concepção.

E, quando eu digo estas coisas, e chamo a atenção para os princípios, a necessidade de valorização dos princípios, eu não estou dizendo algo que cabe apenas em congresso, que cabe apenas na discussão de academias, mas que cabe na nossa vida diária como advogados.

Eu já redigi mais de um recurso extraordinário com fundamento no art. 3º da Constituição da República, dizendo que, hoje em dia, no ordenamento jurídico brasileiro, a justiça não é mais um arroubo subjetivo.

A justiça, este valor supremo do direito, foi incorporado no nosso ordenamento jurídico, e não se diga que ela é uma disposição programática cuja aplicação está sujeita à reserva do possível – expressões que se usavam no passado, para relativizar a Constituição porque irresponsável ou demagogicamente se colocavam na Constituição enunciados tidos como penduricalhos para embelezá-la, mas sem nenhuma força de aplicação concreta. Não!

O que está na Constituição está na Constituição e como tal deve ser aplicado. Não é o sonho de um poeta, não é um delírio, não é uma alucinação momentânea. Nós precisamos instaurar uma sociedade livre, justa e solidária.

Recentemente, numa ação de execução de um banco de fomento contra um mutuário eu redigi um recurso extraordinário com base no art. 3º. Os ilustres colegas que nos visitam, imagino que não estejam a par de determinadas circunstâncias ao mesmo tempo ricas e contristadoras que estamos vivendo no que diz respeito ao comportamento da suprema corte brasileira, que influenciou o congresso nacional para incorporar, mediante emenda, dois mecanismos extremamente autoritários. Um, o mecanismo da súmula vinculante e outro, o mecanismo da repercussão geral. Essas expressões soam como grego, eu sei.

O fato é o seguinte: litigantes que, pela Constituição tinham o seu direito assegurado a interpor um recurso para o Supremo Tribunal, hoje em dia, mesmo preenchendo todos os requisitos deste recurso, podem bater em vão às portas da nossa corte suprema, porque a corte suprema dirá: “Não, eu não vou julgar essa questão”, discricionariamente.

Tenho escrito um pouco sobre isso. Tenho clamado no deserto: “A súmula vinculante agride inúmeras disposições originais da nossa Constituição, principalmente em matéria de

direitos fundamentais”. Mas, como Deus parece que escreve por linhas tortas, isto talvez nos permita chamar a atenção para determinadas disposições da Constituição brasileira.

E uma delas é este artigo 3º. Obrigado a incluir na petição de recurso extraordinário um preâmbulo dizendo que aquela matéria discutida naquele recurso é tão importante que a sua importância, a sua relevância não se circunscreve ao mero interesse das partes, mas tem uma repercussão geral, o advogado agora é obrigado a esquadriñar, a ler com lupa os enunciados constitucionais. E eu peço, no recurso extraordinário, ao Supremo, que diga se este tipo de comportamento de um banco de fomento que levou o empreendimento à ruína está ou não está conforme o art. 3º da Constituição brasileira.

Passo a encerrar. Até aqui, por causa da extrema rigidez dos conceitos e por causa da extrema rigidez das normas, nós éramos acostumados, continuamos acostumados a pensar “branco ou preto”, “frio ou calor”, sem graduações, sem escapatórias. Uma norma deve ser aplicada e se vier outra norma em contrário, a segunda revoga a primeira. Mas isso não acontece com os princípios. Eles fazem parte da essência da vida e, fazendo parte da essência da vida, eles sabem muito bem o que é a diferença entre os contrários. Eles sabem que, na vida, há conflitos.

Eu gostaria de dar um exemplo em que a competitividade exigida pela necessidade de eficiência do trabalho e da produção modernas se compatibiliza perfeitamente com a solidariedade e, obviamente, como bom brasileiro, eu vou buscar este exemplo no futebol.

No futebol, nós temos duas equipes, uma jogando contra a outra, é uma competição em que cada um dos jogadores de uma equipe se esforça ao máximo por se vitoriar sobre a outra. Mas, entre os 11 membros desta equipe precisa haver estreita solidariedade.

E terminarei dando o exemplo da cozinha. Nós não conseguimos fazer pratos melhores, mais gostosos, quando nós conseguimos unir o amargo ao doce? Eu creio que a revolução copernicana virá através, em primeiro lugar, da reflexão sobre os princípios e da aplicação dos princípios, e, em segundo lugar, pela constante, perpétua, corajosa atividade dos profissionais.

Fiquei emocionado quando o Ernesto falou do dr. José Sollero.

*Epur si muove.*

# DEMOCRACIA E SOLIDARIEDADE

## DEMOCRACIA E SOLIDARIEDADE

*Carlos Miguel Herrera*

*Doutor em Filosofia Jurídica e Política pela Universidade de Paris X – Nanterre – França  
Diretor do Centro de Filosofia Jurídica e Política da Universidade de Cergy-Pontoise – França  
Professor de Direito Público da Universidade de Cergy-Pontoise – França*

Inicialmente, quero agradecer aos organizadores, em particular a Ernesto Tzirulnik, pelo convite; à Gabriela, por ter se ocupado de mim, primeiro por e-mail e, hoje, no aeroporto, e ao meu amigo Gilberto Bercovici, porque creio que, se estou aqui, é também graças a ele, que me chamou a atenção para o fato de se tratar de um congresso de Direito do Seguro, ao mesmo tempo me incentivando para que viesse. Deposito, aliás, uma confiança praticamente absoluta no Gilberto, exceto quando ele me fala do Corinthians! É um colega que muito admiro e, sobretudo, um amigo muito querido.

Esta vai ser, sem dúvida, uma palestra inesquecível. Não para vocês, mas com certeza para mim, porque creio que é a primeira vez que dou uma conferência logo após chegar de um voo transatlântico sem ter dormido, de modo que, para o caso de eu desmaiar no meio, já aviso que sou fator RH+ se necessária transfusão sanguínea... Espero, no entanto, terminar num estado relativamente bom.

Também terei de pedir que se acendam as luzes do auditório para que não durmam, porque, apesar do meu nome espanhol, de ter nascido na Argentina e de ser professor na

França, escrevendo e falando eu sou um pedante alemão, tremendamente entediante. Não tenho o talento do orador que me precedeu, não conheço recursos de retórica, então lhes darei uma conferência à tedesca...

Todo conceito e o conjunto de termos que o formam só são inteligíveis através da sua história. Esta é uma tese de quem defende a história dos conceitos, e eu ensino basicamente Filosofia do Direito – também a Teoria do Estado e Direito Comparado, mas basicamente a Filosofia do Direito – e uma Filosofia do Direito que se inspira nos trabalhos da história dos conceitos, pelo menos do ponto de vista metodológico. Parece-me que esta tese, de que a determinação do significado de um conceito só se produz através de uma análise histórica, é particularmente correta no que diz respeito ao conceito de solidariedade.

De alguma maneira, o fato de este conceito, de solidariedade, relacionar-se com o outro conceito que vem no título da palestra sobre o qual também me pediram que dissertasse, o de democracia, evidencia o caráter político de ambos, porque aí a luta por significado de ambos os conceitos aparece às claras, não se podendo falar isoladamente nem no conceito de democracia, sem ao mesmo tempo falar, como espero demonstrar, no conceito de solidariedade.

Efetivamente, esta dupla referência à solidariedade e à democracia nos permite afastar, nesta manhã, toda a tentação metafísica, muito comum no meu país. Na França, a propósito, as reflexões sobre o tema da solidariedade começam já na segunda metade do séc. XIX, quando se buscava definir o conceito de solidariedade a partir de uma filosofia da ética, o que – creio – não é o melhor *approach*.

Na realidade, até aqui mencionei apenas a solidariedade e a democracia, mas, do modo como eu entendo, esta dupla referência somente pode ser articulada por um terceiro termo, que falta no título da exposição – o que acontece, suponho, porque já estava implícito na cabeça dos organizadores – que é, obviamente, o direito, ou, ao menos, a teoria jurídica.

Reconstruindo, assim, meu tema, com a liberdade que sempre se dão os filósofos para estas coisas, meu propósito é discutir se a solidariedade é um componente essencial da democracia, ou seja, do conceito de democracia, e creio que, para que possamos chegar a alguma conclusão a esse respeito, é necessário passar pelo direito.

Podemos, com isso, uma vez mais, nos afastar vários passos de toda a prática especulativa da Filosofia, porque ambos os conceitos, desde o final do séc. XIX e, sobretudo, no séc. XX, especialmente na segunda metade do séc. XX, têm sido, como continuar a ser, muito utilizados, pelo menos em meu país. Na França, aliás, voltou-se a discutir a questão,<sup>1</sup> o que

<sup>1</sup> O último direito introduzido no âmbito da assistência social na França, por exemplo, denomina-se, não por acaso, Renda de Solidariedade Ativa, o que mostra a atualidade do tema.

demonstra que o tema continua presente na cultura jurídica, ainda que o lugar constitucional da solidariedade seja diferente lá e aqui, como espero demonstrar em seguida.

A relação entre direito e solidariedade é tão evidente, apesar de ser às vezes esquecida, que a própria origem da palavra solidariedade, segundo nos informam os estudos filológicos, é jurídica. Aparentemente, vem da alteração da palavra latina *solidum*, que era utilizada pelos juriconsultos romanos justamente para tratar da obrigação que nascia entre os distintos devedores de um todo, os devedores solidários. Deste uso teria nascido, em seguida, não a ideia de solidariedade, mas antes a de solidez, de solidez do patrimônio, só depois passando-se à de solidariedade.

Há, no entanto, que se duvidar um pouco dessa origem jurídica tão fortemente sustentada da palavra, porque reivindicada por quem se considerava o criador deste termo, Pièrre Leroux, um filósofo e homem político francês da primeira metade do séc. XIX, que também acreditava ter inventado a palavra socialismo, tendo-se no entanto demonstrado que, na realidade, o termo já existia e circulava pelo menos 20 ou 30 anos antes do que mais tarde veio a ser conhecido como socialismo utópico.

Pièrre Leroux dizia que ele havia tomado o conceito dos legistas, para opor-se à ideia de caridade do cristianismo. Este momento de aparição – final do séc. XIX – é de qualquer modo importante, porque, veremos, marcará a primavera ou o zênite da solidariedade como conceito, ou seja, da construção do seu significado. Em todo caso, a origem jurídica do significado sempre foi levada muito a sério pelos sociólogos, sobretudo o primeiro e mais importante deles, ainda hoje referência necessária quando se fala em solidariedade e conceitos conexos, Émile Durkheim, a quem voltarei mais tarde no curso desta minha exposição.

No que diz respeito à relação entre solidariedade e democracia, estas palavras, pelo menos na cultura política francesa, apareceram ligadas em pelo menos dois momentos-chave da história, nos quais ocorre o que eu chamaria de usos expansivos do conceito de solidariedade. Se me sobrar tempo, falarei do que quero dizer com isso na minha conclusão.

O primeiro desses momentos é o da consolidação da Terceira República. Aqui no Brasil, um dos países mais francófilos que eu conheço, talvez não haja necessidade de dar maiores detalhes sobre o *boulangisme*, o movimento populista que, de alguma maneira, colocou em risco as instituições da ainda frágil Terceira República. Basta recordar que, nesse momento, em que a Terceira República – ainda não se falava em democracia – precisava consolidar o seu valor substancial, é que vem a lume o pensamento de Léon Bourgeois, um dos chefes do partido radical socialista, que popularizará o uso do conceito de solidariedade na teoria política, denominando sua doutrina, que hoje se faz mais presente na discussão jurídica que na política, de *solidarismo*.

Mas a utilização do conceito na teoria política elaborada por Léon Bourgeois também não era inédita. Já outros filósofos republicanos, como o já mencionado Lérroux, além de Renouvier, haviam dedicado à solidariedade trabalhos importantes.

De todo modo, no momento em que o partido radical era o partido dominante no sistema político da Terceira República, essa concepção alcançou bastante êxito, ao que voltaremos em seguida. Pensava-se, naquele momento, que Léon Bourgeois não era de grande originalidade, tudo indicando que tomava as ideias não de seus predecessores político-republicanos, mas de um grande pensador, filósofo de formação, que depois viria a ser o fundador da sociologia francesa moderna, Émile Durkheim, que, em 1893, publicou sua tese de doutorado sobre a divisão do trabalho social.

Émile Durkheim, aliás, também não foi o primeiro a publicar uma tese de psicologia moral ou de filosofia moral, já que foi precedido em vários anos por Louis Marion. Uma das primeiras coisas que Durkheim diz em seu livro, no entanto, é que o trabalho que desenvolve nada tem que ver com o de Louis Marion, que era um filósofo moral. Durkheim pretendia fazer ciência e, na busca de um tratamento científico, sociológico, da solidariedade, ao direito foi reconhecido um papel central. A tese forte, a tese teórica sobre a qual se apoia a demonstração de Durkheim, é a de que o direito é o símbolo visível da forma de solidariedade.

A partir disso, já poderíamos traçar um esquema bem claro de como se relacionam solidariedade, democracia e direito. Mas eu não poderia trazer esta reflexão deixando de lado o pensamento de um dos maiores juristas do séc. XX – ele se considerava o maior, assim como o Gilberto acredita que o Corinthians seja o melhor time de futebol do Brasil... Estou me referindo a Hans Kelsen, claro. Isto porque ele não foi somente um dos maiores juristas do séc. XX e um dos principais teóricos da democracia da sua época, mas toda a sua teoria da democracia é, em boa medida, um ataque às proposições que utilizam justamente o conceito de solidariedade para defini-la.

Esta é uma discussão que seguiu adiante, sobretudo na doutrina de língua alemã, mas que chegou a ganhar algum terreno também na França, com um grande teórico que se apoiou em Durkheim, ao desenvolver sua própria teoria do direito. Estou falando de Léon Duguit, muito conhecido no Brasil, tanto que meu amigo Eros Roberto Grau vive me repetindo a mesma piada, a de que Duguit é mais conhecido no Brasil do que na França!

Em todo caso, o conceito de solidariedade, no âmbito da ciência jurídica, veio a ganhar corpo, ao longo do séc. XX e até os nossos dias, num campo particular do Direito, que não é o direito do seguro, ao qual voltaremos mais adiante, mas chamado direito social, no sentido francês da palavra, ou seja, num sentido mais amplo do que se verifica em algumas outras culturas latinas. Especialmente a partir da segunda metade do séc. XX, o conceito passa a

relacionar-se ao que eu chamo de “novo modelo de Estado social”, que, em alguns trabalhos publicados no Brasil, conservou a sua designação em inglês, “Welfare State”, forjada pelos publicistas, em especial o Arcebispo de Canterbury, na Inglaterra dos anos 1940.

Trata-se de um modelo diferente de Estado social, que se relaciona com uma instituição central, a seguridade social. É este o segundo grande momento na história, depois do *boulangisme*, no qual o conceito de solidariedade vem a ocupar um lugar central. Talvez não tanto quanto antes, porque não vamos encontrar, nos anos 1945-1950, algo equivalente ao pensamento de Durkheim, de Duguit, de Bourgeois, de Marion, mas sim uma releitura, uma rediscussão dessas velhas teses, e por vezes sua mera reprodução.

Seja como for, o conceito de solidariedade, em relação com a democracia, ou em relação com o direito, tem história. E eu gostaria de voltar a esta e não deixar de ter presentes as teses kelsenianas sobre o valor, que ele considerava nulo ou negativo, do conceito de solidariedade, para definir a democracia. Porque, ainda que possamos estar de acordo com Kelsen a respeito de algumas das coisas que ele disse sobre a definição de democracia, com o uso de legitimação com que empregava o conceito, isto não impede que a pergunta de como se realiza esta operação, ou de como se produz esta legitimação, continue sendo importante para nós, além de se apresentar, hoje, com um grau de complexidade muito maior. O fato de que Kelsen não considerava a solidariedade como um valor da democracia não impediu nem impede, em síntese, que muitas das nossas instituições, do nosso direito positivo hoje, continuem se valendo do conceito de solidariedade.

Dito de outro modo, esta operação é muito complexa e surte efeitos constitutivos sobre a realidade, sendo muito mais do que uma simples ocultação. Proponho, então, reter da lição kelseniana a ambiguidade, ou seja, proponho uma perspectiva kelseniana moderada, no sentido de considerar a ambiguidade do valor da solidariedade no plano jurídico.

Parece-me, de qualquer modo, que, na relação entre solidariedade e democracia, podemos distinguir dois momentos, que não são puramente históricos, ainda que a construção seja basicamente histórica. Um primeiro momento, que eu chamaria de “projeto político da solidariedade”, o qual envolve a definição do conceito e acentua a carga política que se lhe reconhece, ainda quando se pretenda, como em Durkheim, fazer ciência, e não outra coisa. E um segundo momento, já na segunda metade do séc. XX, que eu chamaria de “concreção jurídica da solidariedade”, em que já não se trata tanto da construção do projeto político, mas da sua realização.

É neste segundo momento que, de alguma maneira, se apura a verdade do que as teorias haviam sustentado num primeiro momento. Cuida-se da pertinência do conceito de solidariedade para dar conta das dinâmicas sociais que conformam uma democracia – e, em

particular, da distinção entre integração social e mudança social, que, a meu ver, não são coisas equivalentes.

Foram, com efeito, elaboradas teses bastante fortes no momento em que se buscou formular o projeto político da solidariedade. Decidi tratar de uma delas, em homenagem aos organizadores deste colóquio, a da reconstrução do Estado Social a partir do modelo do seguro. Chamo a atenção, portanto, para a tese que vocês sem dúvida conhecem, de François Ewald, amplamente defendida pelo liberalismo da primeira metade do séc. XIX, de que a pobreza haveria de ser compreendida como um acidente da vida. Fomos feitos para ser ricos, mas, dado esse risco, o melhor, então, seria socializá-lo, promovendo-se uma distribuição que, em certo sentido, daria origem ao Estado Providência.

O que Ewald tenta demonstrar é que os defensores da ideia de direito do seguro, notadamente dos seguros sociais, tratavam de opor-se à lógica de direito civil – e, portanto, que a partir desta oposição é que desenvolveria o debate. Para ele, o seguro aparece, nas suas palavras, como uma “tecnologia política do risco”, que, como tal, tem como pressuposto “solidarizar interesses” (ele falou isso mesmo), à medida que, se um risco é eventual para todos, temos de solidarizar esta possibilidade, em particular no tocante ao risco profissional. Foi a partir da solidarização dos riscos de trabalho, enfim, que se pôde chegar, após longa marcha, à seguridade social.

Esta é uma tese cuja pertinência histórica tem sido discutida por muita gente, porque, sem dúvida, no momento em que Ewald a desenvolve, não lhe era ainda muito clara a diferença entre assistência e seguridade social, que depois Robert Castel e outros autores viriam a colocar em evidência, atentando para a possibilidade de utilização de outros conceitos, em especial para a ideia de propriedade social, não no contexto do séc. XIX, mas no do séc. XX.

Além disso, se a tese que aproximava a ideia de solidariedade às teorias do risco pôde funcionar na França da metade do séc. XIX, refletindo-se numa parte da CLT francesa, encontrou dificuldades, por exemplo, na Alemanha de Bismarck, onde se recorreu aos chamados socialistas da cátedra, cujas teses partiam de pressupostos muito mais complexos do que a teoria do seguro e do acidente.

O conceito de solidariedade, de todo modo, é filho do final do séc. XIX. É nesse momento que ele vai se apresentar de maneira convergente, de certa maneira mostrando-se apto a responder, e aí está a chave, às exigências que se colocavam nas sociedades europeias, inclusive para a afirmação da Terceira República. Justamente por isso é que se mostra conveniente retomar as concepções desenvolvidas nesse período.

A primeira delas, por sua importância política, é efetivamente a de Léon Bourgeois, que ocupou lugar central na formulação do radicalismo que, por sua vez, ocupou lugar central

no âmbito da Terceira República. Seu livro, concluído em 1896, teve a seguir enorme repercussão, em parte por conta do talento literário de seu autor – já não temos mais políticos assim, nem mesmo *ghost writers* de políticos que escrevam tão bem – e em parte porque sua teoria está ainda em voga em nossos dias.

A solidariedade aparece entremeadada numa típica confusão entre fato e direito, por mais que Bourgeois tente separar esses dois campos. É um fato natural, biológico, como o exemplo, que ele próprio utiliza, da solidariedade por parte da mãe, mas é também um direito, com o que ele vai se opor de maneira clara à ideia de caridade cristã. Diz ele, com efeito, que somente a consciência pode fazer nascer um direito, ao passo que um direito não se confundiria com uma virtude, como pode ser a caridade.

Então é sobre o fato biológico, o fato social da solidariedade, que se construiria um dever social – não um direito social, o que é interessante – que faz com que, de alguma maneira, todos estejamos ligados quando entramos na sociedade. Haveria aí o que ele chama de uma dívida social, que não nasce de um contrato social<sup>2</sup>, mas de um *quasi-contracto*.<sup>3</sup> Próximo a esta posição coloca-se, também, um autor muito importante na França, Célestin Bouglé, que se localiza entre o radicalismo e Durkheim. Ele se considerava discípulo de Durkheim e chegou também a ocupar cargos muito importantes.

Mas o interesse pela reflexão de Léon Bourgeois decorre do fato de ele sempre ter sido um homem político. Foi presidente do Conselho, impulsionou seus deputados e, assim, contribui para a edição de todas as primeiras leis sociais da Terceira República, que partiram de uma reivindicação muito aberta de solidarismo, incluindo-se aí algumas leis fiscais importantes, como o imposto sobre a renda, em que também se mostrava presente a questão da dívida social. A este respeito, interessante o escândalo que produziu a burguesia francesa com a perspectiva de que a renda pudesse ser diretamente tributada, e o argumento com o qual os radicais combateram esta crítica foi justamente o da dívida social.

Bourgeois, de todo modo, fazia uma análise muito interessante, segundo a qual os deveres sociais que nasciam da solidariedade apareciam em paralelo com os Direitos do Homem de 1789. Haveria, então, de um lado, os direitos que mais tarde se chamariam de direitos da primeira geração, e de outro os deveres sociais da sociedade e do Estado. Era algo um pouco vago, mas esta tradição foi acolhida até mesmo em Constituições mais atuais, como a Constituição da Quarta República, de 1946.

<sup>2</sup> Bourgeois, como todos os republicanos da sua época, pensa que as teorias contratualistas, principalmente o contratualismo de Rousseau, estão superadas.

<sup>3</sup> De acordo com a tradição do direito romano, *quasi-contrato* é um negócio jurídico que produz os efeitos de uma declaração de vontade, ainda que não tenha havido declaração de vontade, e valida um conjunto de efeitos particulares.

A cientificidade da noção de solidariedade, na qual se apoiou Bourgeois, embora sem citá-lo, ele buscava nos trabalhos de Durkheim. Foi isto o que lhe permitiu dizer que a solidariedade seria um fato que se pode observar com os instrumentos fornecidos pela ciência social. Mas é justamente aqui, como eu dizia na minha introdução, que entramos propriamente na discussão jurídica, porque Durkheim dizia que o direito é a reprodução, justamente, das formas principais de solidariedade, de modo que se deveria partir do estudo das regras jurídicas para que se pudessem expressar os dois tipos de solidariedade, que são, para Durkheim, a solidariedade mecânica e a solidariedade orgânica.

A terminologia é um pouco confusa, porque a tendência é pensar que o mecânico vem com o mundo moderno, com a industrialização. Mas, na realidade, o que Durkheim estava dizendo é que a solidariedade orgânica nasce justamente com a divisão do trabalho, ao passo que, à solidariedade mecânica, mais antiga historicamente, corresponderia um tipo de direito particular, que é o direito penal, de tipo repressivo, ou seja, que traz um tipo de norma, de regra que, segundo a sua definição, é uma norma de conduta sancionada.

O direito penal então, simbolizaria uma solidariedade na qual a coerção social nasce da conformidade de todas as consciências individuais, de uma consciência comum. A unidade do corpo social rege-se-ia pelo similar, pela similitude. Ao lado deste direito de tipo repressivo, haveria outro, no qual se faria presente uma sanção de tipo retributiva, que predominaria na solidariedade orgânica. Este é um direito, acrescenta Durkheim – e se verifica aqui certo conteúdo ético, por mais que ele o negue –, de tipo cooperativo. Ou seja, a despeito de todos os seus esforços para distinguir-se de Spencer e de outros sociólogos ingleses, no sentido de demonstrar que o contratualismo seria uma teoria ultrapassada, não científica, ele ao mesmo tempo admite que, no direito atinente à solidariedade orgânica, a solidariedade teria cunho contratual.

Sobre este assunto, existem ainda algumas outras obras intermediárias, sobre as quais, no entanto, prefiro não me pronunciar. Alfred Fouillé, por exemplo, é um autor importante, porque nele verificamos plenamente a ambiguidade entre o científico de Durkheim e o político do projeto solidarista. Mas não poderia falar dele sem falar do já mencionado autor “brasileiro”, como diz Eros Grau, qual seja, Léon Duguit. Este autor, afinal, foi quem desenvolveu de maneira mais sistemática a teoria de Durkheim, sendo que desde pelo menos seu grande *Tratado sobre o Estado*, do princípio de 1900, todas as obras de Duguit, sobretudo as primeiras (que são as mais ricas do ponto de vista conceitual), começam recordando a distinção de Durkheim.

É com Duguit que temos uma verdadeira teoria jurídica da solidariedade. Tudo o que estava implícito em Bourgeois e também em Durkheim em matéria jurídica aparece mais claramente, se em todo o conjunto de conceitos que Duguit elabora. Desde o fato de falar

em Governo e não em Estado, passando pelo fato de utilizar o conceito de serviço público e não o de poder, enfim, todas as distinções feitas por ele estão marcadas pela ideia de que a regra social, na realidade, emerge de um fato social marcado pela solidariedade. Inclusive quando avança para uma tese muito forte, e relativamente radical para a época, conhecida como a tese da função social da propriedade, que teria grande influência no Brasil já em 1930. Duguit entendia que não se pode falar em direitos, ou seja, que se há sempre de falar em deveres sociais – deveres objetivos, diz ele – com o propósito de distingui-los de quaisquer outros deveres subjetivos, que pudessem ser invocados.

Isto, no entanto, poderia nos levar a rechaçar, por exemplo, o conceito de dignidade da pessoa humana, que seria um conceito metafísico e, assim, não serviria para fundamentar nenhum direito. Nas primeiras obras de Duguit, até a Primeira Guerra Mundial, quando se irá verificar uma mudança significativa de perspectiva, limita-se consideravelmente o valor da Declaração dos Direitos do Homem de 1789. A compreensão de um direito social *lato sensu* como dever social fez com que Duguit, inclusive, viesse a criticar, abertamente, muitos dos direitos sindicais que, à época, formavam o chamado “direito obreiro”, em particular a ideia de direito de descanso, em relação à qual ele se mostrava absolutamente contrário.

Em determinado momento, parecia até que a sua posição não era tão diferente, em termos sociais, da de Leroux, pois chegou a afirmar que não bastaria a interdependência social para produzir nos indivíduos a consciência do dever social, mas seria necessário ainda algo como a piedade ante o sofrimento. É estranho, mas Duguit chega a dizê-lo. Ele, de qualquer modo, atribui ao Estado a prestação de um serviço público de maneira muito específica, muito forte.

Seja como for, o fato de ele não relacionar a solidariedade a direitos sociais, preferindo falar em deveres, me parece que mostra o limite e a proximidade que podemos encontrar entre solidariedade e democracia, no caso de Duguit. Como vocês sabem, Duguit tinha com a democracia uma relação particularmente complexa, o que se evidenciou na Primeira Guerra. Opunha-se a qualquer radicalização que pudesse ocorrer nos Parlamentos, publicando diversos artigos, num ataque sistemático às teorias de Rousseau. Duguit chega inclusive a dedicar um artigo a Rousseau, mas, na realidade, quando se lê esse artigo, percebe-se que não se trata de uma crítica no plano das ideias, no plano filosófico, mas de uma oposição àquilo em que se poderia converter a Terceira República, com a radicalização das massas e a aparição de uma força de esquerda, para além do Partido Socialista.

Mas, enfim, essa concepção de solidariedade, que não se traduziria no reconhecimento de direitos, é uma concepção que acaba por cercear o caráter universal da democracia, podendo mesmo conduzir a uma incompatibilidade, em que a solidariedade social, como fato objetivo, inclusive biológico, pode ser oposta ao sistema democrático, em que as decisões são tomadas a partir da universalidade. O que Duguit critica é justamente a ideia de que

se possa partir da decisão de todos. Mas é aí, nesse exato ponto, e não por coincidência, que se verifica a referida mudança de posição por parte de Duguit. No tocante ao controle de constitucionalidade das leis, vem a declarar-se favorável ao modelo norte-americano, fazendo uma autocrítica, na segunda edição do seu Tratado, e passando então a dizer que a Declaração de 1789 é a “constituição material”.

O que fica claro, de todo o modo, é que o solidarismo é uma concepção política e forte de solidariedade, muito avançada para o seu tempo, se comparada às ideologias jurídicas dominantes ao redor do Código Civil, mas que, na realidade, atua numa lógica de integração de indigentes, tendo sua base no regime da propriedade privada, o que explica o porquê de alguns socialistas mais abertos à defesa do sistema republicano, que inclusive apoiaram na Câmara as leis de seguro social, serem ao mesmo tempo adversários radicais da teoria solidarista. Neste sentido, era um limite para a democracia.

O êxito do solidarismo, em todo o caso, foi muito importante. Pode-se dizer, em certo sentido, que ele se transformou no discurso hegemônico sobre o problema social e sobre o conceito de solidariedade. Para comprovar, cito os trabalhos de um autor espanhol, discípulo de Duguit, Adolfo Posada, que exerceu, por sua vez, bastante influência na América Latina. Ele considerava que o Estado já não tinha mais o papel de dominação, mas seria um Estado colaborador: “As exigências da solidariedade social impõem ao Estado o dever de intervir mediante sua atuação jurídica em relação às preocupações sociais”.

Obviamente, Posada era muito crítico com relação à Constituição da Segunda República espanhola, pois a intervenção social do Estado era considerada, em princípio, como uma forma autônoma de política – uma “tecnologia política”, diria Ewald. Mas, como já apontamos, o primeiro sistema de Estado Social, que aparece na Europa, aparece sob um signo autoritário, na Alemanha de Bismarck. É um sistema abertamente antirrepublicano e antidemocrático.

A grande mudança, no tocante à relação entre democracia e solidariedade, vista com ambiguidade em autores como Duguit ou Bourgeois, vai ocorrer com o final da Segunda Guerra, porque neste momento, sobretudo nos países europeus que mencionei, o sistema democrático se generaliza, propondo-se uma renovação do sistema para se evitar as dificuldades que haviam experimentado as democracias do período entreguerras.

A partir de então, a intervenção social é posta em lugar central e, ao mesmo tempo, se mostra necessário desenvolver as constituições democráticas. Aqui talvez se encontre o conceito mais importante, o conceito que, no meu entender, consagra o matrimônio entre solidariedade e democracia. Trata-se do conceito de “cidadania social”, o qual, não por coincidência, nasce na Inglaterra dos anos 1940-1950, com a obra do sociólogo Thomas Marshall. Com isto, aliás, vai-se além das diferentes tradições jurídicas e políticas que defen-

deram o modelo. Aparece uma instituição jurídica, a “seguridade social”, e assim chegamos à segunda parte desta minha conferência: a “concreção jurídica da solidariedade”.

A originalidade política deste novo modelo de Welfare State era justamente, como pude sustentar em outro trabalho, a universalidade da ideia de *necessidade social*. Aqui a tese do risco de Ewald aparecendo novamente. A ideia passou a ser a de que a necessidade social não seria só dos pobres, dos que não tinham tido acesso à educação, das mulheres, das mulheres grávidas, das crianças, dos velhos, mas poderia ser de qualquer um e, então, teria de ser universalizada. O primeiro sujeito da seguridade social, que à época era “assistência social”, foram os pobres. Depois vieram os trabalhadores (com Bismarck, que trouxe um modelo mais objetivo), pelo menos alguns trabalhadores de certos ramos de atividades e, agora, finalmente, pelo menos na Inglaterra, se chegava aos cidadãos, conceito-chave para a democracia.

Vale recordar, neste ponto, a tese de Pièrre Larocq, que é considerado o pai da seguridade social francesa, pelo menos o primeiro que irá ressaltar essa responsabilidade. Não se verifica, aqui também, uma grande originalidade, pois toda a resistência francesa havia produzido uma obra jurídica de bastante valor, no sentido de demonstrar, quaisquer que fossem as instituições consagradas com a Terceira República ou em sua substituição, que a seguridade social era um direito afirmado para todos os cidadãos. Ele diz algo, no entanto, que nos interessa, porque se relaciona com a democracia. Por um lado, refere-se à tese de Beveritch de que ninguém pode pretender estar isento do risco da insegurança e, por outro, à de que a seguridade social se opõe à solidariedade nacional. Todo mundo é solidário, frente ao fator da insegurança, e esta solidariedade está nos fatos, e não na lei.

Este elemento de ambiguidade entre fato e direito, entre o fato e lei, já havíamos encontrado nas primeiras teorias a que nos referimos. Na realidade, o sistema francês é um sistema que os especialistas em modelos de Estado social não consideram um sistema universal, mas sim profissional, corporativo, segundo a classificação de Spin Andersen. Mas mesmo o sistema francês, que se baseia em cotizações profissionais, observou, num primeiro momento, uma generalização, caminhando na direção de um sistema universal. O modelo que se considera mais puro é o modelo dos Estados do norte da Europa, em especial o modelo sueco.

Mas, aqui, a teoria de peso é a teoria de Marshall, a teoria da cidadania social, e aqui, sim, já se fala em direitos. Tanto é assim que Marshall considerava ter havido três gerações de cidadanias. A primeira geração seria a cidadania civil, em sentido do *civil right*, própria do séc. XVIII. A segunda geração de cidadania seria a da cidadania política, do séc. XIX. E, finalmente, a terceira, a da cidadania social, que não é só um tipo de cidadania, como as outras duas, mas sim o tipo de cidadania que permite que as outras duas realmente funcionem.

Dito de outra forma, verifica-se aqui uma espécie de confusão entre solidariedade social e democracia. Também aparecem, segundo penso, alguns limites à universalidade, que é

própria do conceito de democracia, no sistema de seguridade social tal qual ele se desenvolve a partir de 1945. Apoio-me na tese de Robert Castel, que afirma que os direitos da seguridade social pertencem aos indivíduos em função da sua participação num grupo social, e esta participação (no que ele chama de “propriedades sociais”) está ligada, sobretudo, ao trabalho assalariado, porque a seguridade social é um mecanismo próprio de uma sociedade industrial e, em especial, de pleno emprego. É, portanto, uma instituição inconcebível sem outro modelo econômico-social que não seja o de pleno emprego.

O sistema de financiamento, como foi construído em países como a França, corresponde basicamente, ao sistema de cotização profissional. Mas esse também sistema vai experimentar uma evolução, que todos vocês conhecem, passando a ser cada vez maior a contribuição por meio da tributação. O problema social passa a ser um campo específico da democracia, sem prejuízo da integridade da democracia, e então o conceito de democracia social, na França, vem a ser aceito pelo direito público. Não por obra de políticos de esquerda, de uma concepção ideológica. Os grandes autores publicistas franceses da Quarta República e do início da Quinta República, na França, viam a democracia social como um conceito dentro da tipologia da Teoria da Democracia.

Não encontramos, porém, na tradição francesa, o equivalente ao art. 3º da Constituição brasileira de 1988, a qual, devo aqui dizer, é uma das mais bonitas do mundo, muito mais do que as minhas: francesa e argentina. O preâmbulo da Constituição francesa de 1946 faz referência à solidariedade relativamente às catástrofes naturais. Poderíamos dizer que seria uma referência estrita, mas logo a doutrina da seguridade social, e depois todo o Conselho Constitucional, ampliaram o domínio, o significado do princípio da solidariedade. Na realidade não como “princípio”, pois o Conselho Constitucional preferiu falar em termos de “exigências” da solidariedade, derivadas do disposto nos parágrafos 10 e 11 do Preâmbulo da Constituição de 1946.

Em particular, uma qualidade da Constituição brasileira, que não se vê na francesa, é ter constitucionalizado claramente a distinção entre seguridade social, previdência social e assistência social. Na França, algumas interpretações faziam crer que a criação do sistema de seguridade social teria extinguido os programas de assistência social, que teriam passado a ocupar um lugar marginal. Porém, na crise do Estado, na segunda metade dos anos 1980, quando se começam a construir os primeiros grandes mecanismos de ajuda social, como o RMI, depois substituído pelo RZA, os direitos de ajuda social passam a ocupar lugares cada vez mais importantes.

Embora a seguridade social e a ajuda social sejam sistemas que, no meu entender, têm de ser claramente distinguidos, como o fez a Constituição brasileira de 1988, o fundamento de ambos é comum, a solidariedade. O que acontece é que a seguridade social, na França,

era encarada mais sob o enfoque do sistema corporativo. À medida que ganham relevo conceitual os direitos de ajuda social, cada vez mais, segundo me parece, a universalidade do sistema social, ou pelo menos a universalidade do conceito de solidariedade se reduz, voltando a ser aquele da solidariedade ante um grupo, não de cidadãos, ou pelo menos não de todos os cidadãos, mas de um grupo de favorecidos.

O último conceito que encontramos no RZA é o de “trabalhadores pobres”, uma nova categoria. O sistema passou a cobrir também os que têm um salário que não é suficiente para que se mantenham. Esta crise de universalidade, segundo penso, afeta os próprios direitos de ajuda social. Por exemplo, há uma decisão muito importante, de dezembro de 1997, sobre “prestações sociais”, em que o *Conseil Constitutionnel* claramente expressou que a exigência de solidariedade não implicava a universalidade do sistema. Isto acabou afetando, inclusive, boa parte da doutrina que defendia a universalidade do conceito de solidariedade. Penso, mesmo, que estamos vivendo um modelo em que os direitos de ajuda social se superpõem aos direitos sociais, embora, no meu entender, eles se sujeitem a uma caracterização diferente.

O fato de muitos juristas progressistas passarem a utilizar o conceito de solidariedade tem a ver com o fato de que este é um conceito, ao menos na tradição jurídico-positiva, que permitia operações de significado muito amplas. É muito mais maleável que o de igualdade, que já tinha trazido diversos problemas no período entreguerras, em particular na Alemanha e no México. Afinal, como definir outra igualdade que não seja a igualdade formal diante da lei?

Se não estamos muito errados, e assim concluo, o conceito de solidariedade está sujeito a limites, inclusive para fundamentar a universalidade dos sistemas sociais. Mesmo quando se pretende buscar, através dele, um horizonte de universalidade, o conceito se transforma muito rapidamente num conceito metajurídico, que, no fundo, como se sustenta abertamente em alguns casos, opera como legitimação dos direitos de ajuda social. Recorre-se, aqui, à mesma argumentação que utilizava Léon Bourgeois, à qual eu já me referi, do fato objetivo de que a interdependência social, em princípio, é um dever, uma prescrição, sem, portanto, que fique muito claro como se dá a passagem do fato ao direito.

Na verdade, me parece que a dificuldade é de ordem interna e acontece, sobretudo, com o conceito de solidariedade. Nascido da artificialidade da construção jurídica é frequentemente naturalizado e biologizado, sob a forma de um dever. Ele permite, ele facilita operações políticas em um sentido definido, ao menos na visão solidarista, qual seja o de tratar as injustiças como uma dívida social, não como um produto dos sistemas em que vivemos, e, como toda dívida social, pode dar lugar a uma reparação, ao pagamento da dívida, sem que seja necessário modificar as condições que fazem com que nasçam essas situações de injustiça, sem determinar uma transformação radical da sociedade.

Pode-se dizer, portanto, que o conceito de solidariedade tem duas dimensões, uma expansiva e outra defensiva. A primeira se deu no momento a que me referi na introdução, quando se mostrava necessário dar um suplemento de significado à democracia, tal como ocorreu em 1890 ou 1945, quando a instituição política da democracia parecia insuficiente até para garantir a representatividade política. Em oposição, nos contextos defensivos, o conceito de solidariedade opera como limite. Certamente, sem um mínimo de solidariedade, nenhum laço social é possível, mas trata-se antes de tudo de um fato, não de um valor, nem de um dever ou um princípio – e, neste nível de generalidade, não só se aplica à democracia, mas a toda e qualquer sociedade.

O próprio conceito de democracia social, por conseguinte, pode ser discutido. De maneira que eu gostaria de terminar recordando o que dizia Jean Cherais, apoiando-se na evolução que se verificou em matéria de assistência em seguro: “Nenhuma evolução será completa sem uma completa evolução do conceito de propriedade”.

Muito obrigado.

REGULAÇÃO DE SINISTRO NO PROJETO  
DE LEI Nº 3.555/2004

## REGULAÇÃO DE SINISTRO NO PROJETO DE LEI Nº 3.555/04

*Felipe F. Aguirre*

*Professor de Direito do Seguro da Universidade de Buenos Aires – Argentina  
Advogado*

Antes de tudo quero expressar meus agradecimentos pelo convite recebido para participar do “V Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho”, ao Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, a seu presidente Professor Ernesto Tzirulnik e a todas as autoridades, à excelente equipe que o organizou, assim como a seus patrocinadores e ao público presente.

1. Nossa exposição tratará de alguns aspectos do PL 3.555/2004 (“PL 3.555/2004. Substitutivo apresentado pelo Deputado Leandro Sampaio, aprovado na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, julho 2008”, IBDS), à luz de algumas experiências trazidas da legislação e da jurisprudência argentinas.

2. A regulação e liquidação de sinistros, sob o ponto de vista dos *profissionais* que devem levá-las a cabo, padece de certas obscuridades na legislação argentina (Lei nº 17.418). Esta última normativa é uma excelente lei de seguros cujos preceitos inspiraram-se, em grande medida, em Isaac Halperin. Feita esta importante ressalva, cabe assinalar que esta mesma lei contemplou de um modo confuso o trabalho dos peritos que intervêm nas tarefas próprias da regulação ou liquidação do sinistro.

A lei argentina dedicou vários artigos a esses profissionais. Enquanto considera nulas as cláusulas compromissórias incluídas nas apólices, a valoração do dano resultante do sinistro pode, segundo a lei, ser submetida ao julgamento de peritos. Deste modo, a lei argentina conferiu aos peritos uma função que em dadas ocasiões parece decisiva sobre os aspectos da liquidação que lhes foram submetidos, sobre a base de uma perícia convencional. A ênfase posta pelo legislador argentino no julgamento por parte dos peritos ecoou das primeiras interpretações doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do papel desses profissionais, por influência do Código de comércio português de 1833. Porém, essas interpretações, a nosso ver, perderam de vista o fato de que no antigo Código europeu a opinião dos peritos em matéria de seguros não era um julgamento, ou procedimento similar. Pelo contrário, consistia em geral em um parecer que o perito realizava durante a etapa probatória como auxiliar do juiz e de cujas conclusões o magistrado podia afastar-se sob certas condições.

Não obstante o bom propósito do legislador argentino, certo é que a perícia convencional dos danos resultantes do sinistro se converteu em uma via inútil, carente de aplicação prática, frente ao receio dos segurados quanto aos resultados que esse procedimento poderia trazer para a concreção de seus direitos.

Outra dificuldade concorrente provém de algumas notas características da atividade desses profissionais, chamados pelo ordenamento argentino de “Liquidantes de sinistros e avarias<sup>1</sup>”. Primeiramente, a atividade dos referidos liquidantes de sinistros e avarias não está regulada por uma norma com força de lei, mas sim por uma norma de caráter regulamentar posta pela autoridade de controle da atividade seguradora. Em segundo lugar, a maior parte da clientela desse tipo de profissional é constituída pelas companhias seguradoras que encomendam seus serviços. Este último aspecto pode despertar dificuldades para os segurados frente à necessidade de se evitar que a escolha de reguladores possa representar um eventual conflito de interesses.

A este panorama acrescenta-se que pouco depois de sancionada a lei de seguros argentina, uma decisão jurisprudencial de 1972 estabeleceu como doutrina majoritária (e, portanto, obrigatória para muitos tribunais) a seguinte: a nomeação de reguladores por parte do segurador importava sua renúncia às causas de caducidade a que este último estava, até então, em condições de invocar contra o segurado. Esta doutrina majoritária guardava uma lógica razoável em muitos casos concretos, contudo, tal como fora formulada, deparou-se com algumas dificuldades de aplicação nos casos concretos. Isto é, em algumas ocasiões era preciso estabelecer se a finalidade dos procedimentos levados a cabo pelos peritos era somente de regulação ou verificação do sinistro, ou de liquidação dos danos ou montantes

<sup>1</sup> Tradução livre do original em espanhol: “Liquidadores de siniestros y averías”.

devidos pelo segurador. Como resultado, diversas decisões judiciais tiveram de construir soluções especiais, muitas vezes em contradição à rigidez da referida doutrina.

3. O caminho legislativo, doutrinário e jurisprudencial que percorremos até aqui nos valeu de introdução à temática da regulação de sinistro no PL 3.555/2004. As dificuldades que pontuamos, entre outras, nos levam a concluir que é imprescindível para a matéria contar com disposições legais claras e que instrumentalizem mecanismos ou procedimentos que assegurem a efetividade e a transparência, para que os segurados possam tornar efetivos seus direitos oriundos do contrato de seguro.

A importância desta política legislativa tem sido ressaltada por aqueles que levaram a cabo a redação do PL 3.555/2004. Agrada-nos saber que foram projetadas disposições que importam um significativo avanço na matéria, a fim de promover um desenvolvimento mais equitativo e transparente dos procedimentos de verificação e liquidação dos danos.

A seguir, faremos referência a algumas disposições do Capítulo XIII do Título I (*Regulação e liquidação de sinistros*) do PL 3.555/2004.

4. O capítulo se inicia, nos artigos 75 e 76, com adequada distinção conceitual entre esses dois procedimentos. O primeiro, de *regulação*, é definido como o procedimento tendente a verificar a existência do sinistro, suas causas e consequências. Por outro lado, o procedimento de *liquidação* é definido pelo projeto como destinado a quantificar em dinheiro as consequências do feito denunciado pelo interessado, salvo se convencionada a reposição em espécie.

Esta distinção entre *regulação* e *liquidação* de sinistros é muito apropriada. Como antecipamos, a jurisprudência argentina considera em geral que a nomeação do regulador importa a renúncia do segurador àquelas causas de caducidade que possuía. Contudo, a dificuldade residiu em que muitas decisões judiciais tivessem de relativizar a rigidez deste princípio, uma vez que frequentemente o regulador não ingressava na etapa de *liquidação* tal como define o artigo 76 do PL 3.555/2004, mas somente se limitava a estabelecer a existência do sinistro em si e as causas pelas quais foi produzido. A doutrina brasileira prestou cuidadosa atenção a estes procedimentos (TZIRULNIK, Ernesto; OCTAVIANI, Alessandro. *Estudos de Direito do Seguro. Regulação de sinistro. Ensaio jurídico*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad.). As consequências de uma inadequada distinção convivem ainda hoje em distintas decisões judiciais argentinas; daí o sucesso da regulação contida nos dois artigos mencionados do PL 3.555/2004.

5. O artigo 80 do PL 3.555/2004 estabelece: “O regulador e o liquidante do sinistro devem prontamente informar à seguradora as quantias apuradas a fim de que possam ser efetuados os pagamentos devidos ao segurado ou beneficiário. **Parágrafo único.** O descumprimento dessa obrigação acarreta a responsabilidade solidária do regulador e do liquidante pelos danos decorrentes da demora”.

A lei argentina (Lei 20.091, art. 55) dispõe que os peritos e liquidantes de sinistros devem atuar “conforme às disposições legais e aos princípios técnicos aplicáveis à operação na qual intervêm e atuar com diligência e boa-fé”<sup>2</sup>.

O artigo 80 do PL 3.555/2004 guarda direta vinculação com a qualificação que ambos os profissionais, o regulador e o liquidante, devem ter a fim de prestar seus serviços.

Em certas ocasiões, frente a riscos complexos (por exemplo, seguros para grandes indústrias que amparam uma multiplicidade de riscos, tais como incêndio, roubo, responsabilidade civil derivada da atividade empresária, construção e montagem [C.A.R], engenharia e montagem [E.A.R] e perda de benefícios), esses profissionais não só devem observar a complexidade dos sinistros, como devem enfrentar apólices muitas vezes redigidas de maneira confusa, imprecisa, ou até contraditória. A precisão das cláusulas das apólices é fundamental também para o cumprimento da tarefa a cargo do regulador e do liquidante. Muitas vezes, a vagueza que recai sobre os termos ou expressões relevantes do contrato de seguro atrapalha a possibilidade de chegar a informações consistentes com os princípios técnicos que governam a atividade. Além disso, essa má redação acarreta demoras indevidas do cumprimento da prestação de pagamento a cargo do segurador. Na experiência argentina não faltam exemplos de apólices concernentes a riscos complexos como os mencionados, com critérios confusos, o que em geral decorre de uma deficiente e malsucedida tradução de textos provenientes de apólices anglo-saxônicas. Esta temática está, de certo modo, contemplada no PL 3.555/2004, em seu artigo 83: “*Em caso de dúvida sobre critérios e fórmulas destinados à apuração do valor da dívida da seguradora, serão adotados aqueles que forem mais favoráveis ao segurado ou ao beneficiário, vedado o enriquecimento sem causa*”.

Outras vezes, talvez devido a uma malsucedida economia de custos, o segurador, ante riscos complexos, designa como regulador ou liquidante quem carece de competência técnica suficiente para a tarefa. Se este tipo de escolha torna-se regra no tocante às tarefas de verificação e liquidação do sinistro, o resultado do relatório elaborado pelo regulador e pelo liquidante não encontrará soluções para o segurador, nem, tampouco, para o segurado que aguarda o pronto e oportuno cumprimento da prestação a cargo do segurador. Um desempenho deficiente destes profissionais, durante os procedimentos de regulação e liquidação de sinistros, pode ser muitas vezes o ponto de partida para um futuro litígio entre o segurador e o segurado.

Mas a atuação do regulador ou do liquidante, ainda que ajustada aos princípios técnicos relativos à matéria que lhes foi confiada, não será o bastante caso seu resultado não seja

<sup>2</sup> Tradução livre do original em espanhol: “conforme a las disposiciones legales y a los principios técnicos aplicables a la operación en la cual intervienen y a actuar con diligencia y buena fe.”

prontamente informado ao segurador que deve enfrentar o pagamento da prestação a favor do segurado. A importância desta temática aparece positivamente recebida no artigo 80, § 1º do PL 3.555/2004.

6. O PL 3.555/2004 contempla no artigo 82 normas cardinais para o desempenho do regulador e do liquidante. De um modo similar à lei argentina (Lei 20.091, art. 55), o Projeto do qual falamos exige destes profissionais exercer sua atividade com probidade e celeridade.

O PL 3.555/2004 vai criteriosamente adiante com a finalidade de propiciar maior transparência dos procedimentos de regulação e liquidação de sinistros. Nas práticas argentinas, o relatório do liquidante costuma estar vedado ao conhecimento do segurado, não obstante este último tenha proporcionado elementos para sua elaboração. Pior ainda, este relatório e suas provas, aos quais o segurado geralmente não possui acesso pode, em algumas ocasiões, constituir-se no fundamento de que o segurador se utiliza para recusar a cobertura de um sinistro.

A fim de desestimular práticas como as mencionadas, desprovidas da transparência que deve reinar durante os procedimentos de regulação e liquidação, o PL 3.555/2004 estabelece de maneira acertada várias normas de particular importância: i) o *interesse plural* em função dos quais deve ser cumprida a atividade destes profissionais: no interesse do segurador, mas também no do segurado e do beneficiário. O artigo 81 diz: “*O regulador e o liquidante do sinistro atuam à conta da seguradora, no interesse desta, do segurado e do beneficiário*”; ii) o conteúdo do artigo 81 adquire significado prático enquanto se confere caráter comum ao relatório que é produto de uma atividade empregada em função de uma pluralidade de interesses presentes. Neste sentido, o artigo 84 do PL 3.555/2004 contempla que “*O relatório de regulação e liquidação do sinistro, assim como todos os elementos que tenham sido utilizados para sua elaboração, são documentos comuns às partes*”; iii) por último, de acordo com estes princípios, o PL 3.555/2004 estabelece a obrigação do segurador de proporcionar ao segurado ou ao beneficiário, em caso de ser negada a garantia a cargo do primeiro, toda a documentação reunida durante o procedimento de regulação e liquidação. É o que diz o artigo 94: “*Negada a garantia, no todo ou em parte, a seguradora deverá entregar ao segurado, ou ao beneficiário, cópia de todos os documentos produzidos ou obtidos durante a regulação e liquidação do sinistro*”.

7. Talvez seja interessante uma breve referência ao direito argentino na matéria em que tratamos. A Lei de Seguros (Lei nº 17.418) estabelece em seu artigo 56 que o segurador deve pronunciar-se acerca do direito do segurado dentro dos trinta dias do recebimento da informação complementar prevista nos parágrafos segundo e terceiro do artigo 46. A omissão importa aceitação da reclamação. A origem deste preceito legal foi, como em tantas outras matérias do direito do seguro, uma iniciativa dos próprios seguradores. Pouco antes de ser sancionada a Lei 17.418/67, os seguradores haviam incorporado a suas apólices cláusulas em termos similares aos do artigo 56, hoje vigente. Esta fórmula, de fonte convencional,

era predisposta pelo próprio segurador para estreitar no tempo sua possibilidade de rejeitar o sinistro, dando um sinal de vontade de honrar os compromissos contraídos. Apesar de a solução adotada no artigo 56 da Lei 17.418 não estar isenta de dificuldades interpretativas, muitos dos pleitos são decididos a favor da subsistência da obrigação do segurador que guardou silêncio dentro do prazo da norma, ou pronunciou-se com carência de fundamentos adequados. Esta tendência jurisprudencial se complementa com outra, de importância para o debate posterior no processo judicial, relacionada com aquelas causas que o segurador não invocou ao tempo de seu pronunciamento: a omissão de comunicar outras causas de rejeição no momento de declinar da cobertura pelo segurador faz com que a delimitação em matéria litigiosa esteja vinculada em sede judicial à defesa proposta pela seguradora ao rejeitar o pedido de cobertura.

Esta solução do direito argentino, seguida pelo direito paraguaio (Código Civil da República do Paraguai de 1986, art. 1597), adquire interesse prático frente a cláusulas contidas nas apólices como, por exemplo, as que instrumentalizam exclusões de cobertura relativas a condutas do segurado. Um muito prestigioso tribunal superior provinciano argentino vem adotando a distinção entre as cláusulas delimitadoras do risco e as cláusulas limitadoras dos direitos do segurado. Esta distinção recebeu apoio legislativo na Lei 50 de 1980 de contrato de seguro espanhol, artigo 3º. Contudo, no próprio direito espanhol a doutrina debate arduamente acerca dessa distinção aparentemente simples na teoria, mas por vezes bastante complexa na prática. Isso a tal ponto que parte da doutrina espanhola culmina por negar toda a diferença entre ambos os tipos de cláusulas. A exigência de um pronunciamento fundado do segurador, uma vez recebido o aviso do sinistro, pode em muitos casos contemplar o segurado com uma *certeza acerca da subsistência da garantia do segurador*, em lugar de cláusulas que de outro modo demandariam árduas interpretações judiciais.

De todas as maneiras, a menção ao regime argentino citado não é indicativa de superioridade legislativa com respeito ao PL 3.555/2004; pelo contrário, é trazida aqui somente para efeito de mostrar um panorama sobre diferentes soluções adotadas segundo a legislação de cada país.

8. Também com a ressalva última que acabamos de expressar, outro aspecto que poderia resultar de interesse comparativo é a solução adotada pela lei de seguros argentina em seu artigo 79. Esta disposição diz: *“A participação do segurador no procedimento pericial da valoração dos danos do artigo 57, importa sua renúncia ao direito de invocar as causas de liberação conhecidas com anterioridade que sejam incompatíveis com essa participação”*.<sup>3</sup> *A ratio legis* do

<sup>3</sup> Tradução do original em espanhol: “La participación del asegurador en el procedimiento pericial de la valoración de los daños del artículo 57, importa su renuncia a invocar las causales de liberación conocidas con anterioridad que sean incompatibles con esa participación”.

legislador argentino parte da seguinte premissa: se o segurador participa das tarefas de valoração dos danos (procedimentos de *liquidação*) significa com seus atos renunciar a invocar causas de liberação *conhecidas* até então, e *incompatíveis* com essa participação.

9. É preciso abordar agora nossas considerações finais na matéria. Na Argentina, como em outras nações, a tutela de consumidores e usuários ganhou status de norma constitucional (artigo 42). Consideramos que o direito de seguros possui nessa matéria um caminho por percorrer. Neste sentido, é possível conciliar um tratamento equitativo e transparente que deve dar-se aos consumidores e usuários, com as bases técnicas sobre as quais a atividade seguradora e o contrato de seguro devem indispensavelmente sustentar-se. Para ele, é importante contar com soluções adequadas baseadas em normas com força de lei, como modo de recepcionar princípios consagrados na doutrina e jurisprudência brasileiras e internacionais, tal como assinalou o voto do Deputado Leandro Sampaio, frente à *Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio*. Neste sentido, o PL 3.555/2004 constitui um valioso e significativo avanço legislativo que iluminará diversas questões no direito comparado.

## REGULAÇÃO DE SINISTRO NO PROJETO DE LEI Nº 3.555/04

*Flávio de Queiroz Bezerra Cavalcanti*

*Mestre em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)  
Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)  
Diretor do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS  
Procurador do estado de Pernambuco  
Advogado*

Caros colegas, inicio parabenizando o IBDS, na pessoa de seu ilustre presidente, Ernesto Tzirulnik, por mais um evento grandioso sobre o seguro em um país como o nosso, tão carente de estudos sobre a matéria, e, ao mesmo tempo, agradecendo o honroso convite para modestamente contribuir neste momento.

O tema de regulação de sinistro diz respeito a um dos momentos-chave relacionados ao contrato de seguro<sup>1</sup>, não apenas por seus aspectos jurídicos ou pela possibilidade de transbordar para lides judiciais em decorrência de conflitos, mas, principalmente, pelos aspectos humanos envolvidos, vez que, via de regra, se processa em momento de fragilidade e necessidade.

<sup>1</sup> Mesmo a literatura jurídica sobre seguro no Brasil sendo parca, especificamente sobre o tema há trabalho ímpar de Ernesto Tzirulnik com colaboração de Alessandro Octaviani, denominado *Regulação de Sinistro* (Ensaio Jurídico), publicado pela editora Max Limonad, primeira edição de 1999, e objeto de sucessivas reedições.

É sabido que regulação de sinistro é expressão que traduz o procedimento de apuração da ocorrência de um sinistro, suas causas, conduta do segurado, existência de cobertura, bens atingidos, etc., enfim, apuração de todo o conjunto de informações e elementos necessários e úteis para perfeito conhecimento pelas partes contratantes sobre o surgimento ou não da prestação securitária indenizatória e seus limites, se for o caso. No procedimento de regulação, evidentemente tencionam duas diferentes vontades: necessidade de apurar a existência e os limites de cobertura, pelo ângulo da seguradora; e a necessidade do beneficiário de receber a indenização da qual se acha credor. Isso sem falar que, mesmo superada a discussão em torno da existência de cobertura, via de regra, como a liquidação está imbricada na regulação, procedimentos que sempre que possível devem ser concomitantes, abre-se outra brecha para litígios. Discute-se se há crédito e débito e discute-se também o *quantum*.

Dessa forma, a regulação de sinistro se mostra tema relevante, a merecer constante observação dos operadores jurídicos. Rapidamente, contudo, antes de pontuar o tema sob a óptica jurídica, é interessante um rápido olhar sobre os múltiplos aspectos da regulação para o contrato de seguro e a técnica securitária. O que se deseja colocar em destaque é que a regulação tem muito a contribuir para aperfeiçoar o seguro. Os dados colhidos nas regulações podem dar suporte ao aprimoramento da técnica contratual e dos clausulados contratuais, tendo a função de prevenir futuros litígios ou dúvidas ou afastar coberturas descabidas. É ainda a correta execução das regulações e liquidações que pode evitar litígios desnecessários. Cabe perguntar, por exemplo: qual o prejuízo anual das seguradoras com diferenças entre valores provisionados e atualizações de condenações judiciais sofridas em decorrência de indicações erradas oriundas de regulações? Certamente são prejuízos na casa de centenas de milhões, considerando toda a massa de provisões, que também, aliás, são indicadas pelas regulações para garantir solvência. E isso sem contar os danos causados à imagem do mercado segurador por conclusões equivocadas ou regulações desastrosas. Além disso, os prêmios podem ser mais bem calculados se as regulações forem levadas a cabo de maneira primorosa, e assim por diante. Enfim, é relevantíssimo todo o papel que o tema de regulação comporta para a atividade securitária.

Alerta-se, dessa maneira, que a matéria de regulação tem alcance muito mais amplo do que os aspectos meramente jurídicos ou do caso concreto, havendo um papel de máxima relevância a ser cumprido no aprimoramento das diversas fases do contrato e dos institutos, e para o qual o mercado segurador necessita conceder a máxima atenção, cobrando o aperfeiçoamento da regulação. É prejudicial a aparência de supremacia de uma das partes contratuais, ditando regras de jogo durante a regulação de sinistro se posteriormente, com enormes danos, tais posições caem por terra, e ainda por cima prejudicam a imagem do

mercado segurador. Enorme o desperdício em campanhas de marketing, envolvendo fábulas, quando se danifica a imagem em situações concretas.

Feitas essas observações gerais a propósito de aspectos que fogem aos limites aqui pretendidos, optamos por fazer, sem pretensão de soluções definitivas, incursões sobre aspectos que nos parecem importantes ou mal resolvidos, a começar pela própria natureza jurídica da regulação de sinistro e as consequências advindas dessa abordagem. Parece mais útil do que um sobrevoo genérico.

De nossa parte filiamo-nos à ideia de que o contrato de seguro fornece garantia ao segurado. A promessa feita pelo segurador é de garantir, o que justifica e corresponde à contraprestação, vale dizer, o prêmio. Outros preferem encarar o seguro como um contrato aleatório, sendo a prestação da seguradora de indenizar se e quando ocorrer o sinistro, ainda que a maior parte dos contratos se extinga sem que sinistros ocorram. A escolha de uma dessas concepções não altera a natureza jurídica da regulação de sinistro, que será um dever secundário, inserido na categoria dos deveres instrumentais. O dever de regular é caminho para a prestação almejada a partir da ocorrência do sinistro e dever eventual (se houver).

Em verdade, trata-se de um processo que dá continuidade a um processo obrigacional. Ocorrido o sinistro, deflagram-se os deveres do segurado de evitar o agravamento de seus efeitos e de comunicar sua ocorrência à seguradora. Em cadeia, passa-se ao dever da seguradora de tomar medidas amenizadoras e regular o sinistro, atenta aos interesses múltiplos que ali convergem. Concebida hoje a obrigação como uma relação de deveres e direitos recíprocos, e não apenas uma relação que contrapõe credor-poder de um lado e devedor-submissão do outro, o dever secundário reflete essa concepção atual e contém deveres e direitos para ambas as partes cumprirem. Significa dizer que, na regulação de sinistro, como em qualquer momento contratual, seguem as partes com dever de colaboração dirigido ao fim comum de justiça contratual e exato cumprimento dos deveres atinentes às partes.

Todos os deveres presentes na regulação de sinistro decorrem, para os figurantes do contrato de seguro, diretamente desse negócio jurídico, como deveres inafastáveis das partes, dispensando, para surgimento dos deveres, a intermediação de outras normas legais ou contratuais que não sejam a típica figura contratual acertada, vale dizer, o contrato de seguro entre elas. Não há como afastar do contrato de seguro, salvo com agressão às mais comezinhas regras jurídicas, os deveres a serem cumpridos na regulação de sinistro, balizados pela boa-fé objetiva a ditar os comportamentos.

Assim, o primeiro dever na execução da regulação de sinistro, que pode ser clivado em inúmeros deveres atribuíveis às partes, é, como dito, o dever de colaborar. Esse dever alcança segurado, beneficiário, seguradora, por qualquer de seus prepostos, inclusive reguladores internos e reguladores externos, peritos e auxiliares que sejam chamados a contribuir no

processo de regulação de sinistro. O dever de colaborar dos primeiros, isto é, dos segurados, beneficiários e seguradora decorre de obrigações iminentes do contrato de seguro. Quanto aos demais, o dever de colaboração surge por força de suas próprias relações constituídas, que lhes trazem deveres em prol das partes figurantes no contrato de seguro. Para esses terceiros, a regulação é a prestação principal de contratos de prestação de serviços, repletos de deveres jurídicos e éticos. Devem todos atuar mantendo o diálogo que faz parte da dinâmica contratual, sem o qual sequer se formaria o próprio contrato e conduzindo-se todos com respeito ao princípio da boa-fé e cumprimento das obrigações derivadas dos contratos firmados. A atuação das partes deve sempre ser buscada no sentido de cumprir os deveres contratuais e não deles fugir ou obter indevida vantagem. O contrato é um instrumento de colaboração entre as partes, e assim deve ser enxergado em todos os seus momentos, afastando-se ideias de contratos com contraposição de interesses ou no qual uma das partes queira retirar da outra o máximo possível e não exercer a justiça contratual. Ainda que patologicamente a intenção de uma das partes seja desvirtuada, tal conduta não pode receber acolhida do ordenamento.

Olhando a posição do segurado, esse dever de colaboração se revela, por exemplo, no dever de auxiliar o exato conhecimento sobre as circunstâncias do sinistro e seus efeitos, propiciando documentos, esclarecimentos, informações, e ainda em qualquer outro ato que possa auxiliar o curso tranquilo e célere da regulação. Por parte da seguradora, importa a esta propiciar os meios para que tudo corra com tranquilidade, evitando exigências descabidas e inúteis, solicitando o que for útil, para que possa ser fornecido, atuando de boa-fé na interpretação dos contratos, mormente na delimitação das coberturas, e assim por diante. Os reguladores externos, que possuem destaque especialmente nos sinistros de grande porte, merecem observação atenta, pois, quando atuam, trazem responsabilidade para a seguradora e assumem também responsabilidades próprias. Responsabilidades que, como adiante se destacarão e que podem surgir frente à seguradora e ao beneficiário/segurado, sendo irrelevante a origem de sua contratação. Se a regulação for acometida a regulador externo, cumpra-lhe respeitar o dever de colaboração que pode se manifestar das mais diversas formas, tais como tomada célere de providências, agilidade de medidas, convocação de auxiliares especializados que permitam a exata compreensão do acontecimento ou de seus efeitos, solicitar e prestar informações, auxiliar o segurado em providências úteis (por exemplo, desembaraço de salvados), agir com transparência e lisura (condições mínimas para a colaboração), e assim por diante. Os reguladores externos são chamados a auxiliar, e essa é a prestação principal a qual se comprometeram em prol dos partícipes do contrato de seguro e obviamente deve ser a prestação cumprida, auxiliando as partes, vale dizer, colaborando com elas. O mesmo se diga de todos os auxiliares externos trazidos para a regulação,

sendo de se registrar a relevância dos peritos nos seguros de pessoas que se defrontam com delicadas questões a respeito de limites de cobertura e circunstâncias do sinistro, de máxima importância social.

Outro dever a ser observado por todos aqueles que participem da regulação de sinistro é o de reduzir seus efeitos. A diminuição dos danos interessa a todos os envolvidos e à sociedade como um todo, vez que esta é atingida pelo sinistro. O espectro desse dever é mais amplo do que parece à primeira vista, ultrapassando as óbvias situações de tomada das medidas úteis e necessárias para evitar a propagação do sinistro e a proteção de bens, medidas a serem tomadas inicialmente pelo segurado e, em sucessivo, pela seguradora, que são manifestações desse dever que entram pelos olhos. A amplitude é maior do que parece inicialmente, sendo exemplos do exercício desse dever a disponibilização pelo segurado à seguradora dos salvados, para que possam ser aproveitados, e, pela seguradora, as medidas para obter seu proveito econômico, reduzindo os prejuízos.

Sem dúvida, a manifestação mais complexa e controvertida desse dever, de reduzir os efeitos do sinistro, é a realização de adiantamentos por conta de futura indenização. A natureza jurídica dos adiantamentos é ponto de máxima controvérsia, havendo autores que os fixam como início de cumprimento, outros como empréstimo, e assim por diante. Rechaçamos a ideia de início de cumprimento porque a existência do crédito pode não se confirmar, não havendo prestação a ser adimplida. Tampouco se afigura como empréstimo, porque a vontade das partes se situa longe da intenção de firmar aquele contrato típico; é certo, por exemplo, que quem recebe não tem a intenção de restituir. Parece possível radicar o instituto do adiantamento no dever de minimizar os efeitos do sinistro, explicando-se neste sua razão de existir e de suas ocorrências em concreto. O adiantamento deve se realizar em respeito à necessidade de minimizar os efeitos do sinistro, reduzindo o dano, por exemplo, fazendo uma planta industrial voltar a funcionar e cessando o curso do lucro cessante, com o objetivo de reduzir o impacto sobre o segurado e sobre o fundo comum. Evidentemente, o adiantamento só pode ocorrer desde que exista fundada indicação de cobertura para o sinistro ocorrido, sem o que não há efeito a minimizar.

É exatamente porque se funda nesse dever de reduzir a repercussão do dano que o adiantamento se justifica na hipótese de contribuir para tanto, passando a ser um direito subjetivo quando se somar a uma aparência de cobertura, ou uma já certeza da cobertura pendente de uma liquidação que não pôde ser realizada concomitantemente.

Não se perca de vista, por outro lado, que a realização de adiantamentos deve respeitar também a proteção do fundo comum, que suporta as indenizações, de modo a evitar benesses desprovidas de base jurídica ou fática e que coloquem em risco a solvência. Um exemplo bastante claro de uma circunstância a justificar adiantamento é aquele em que existe certeza

da cobertura, mas dúvida no enquadramento de determinado sinistro em uma cobertura X ou em uma cobertura Y, de valor maior. Se não há dúvida da existência de cobertura, mas apenas de seu enquadramento, e o adiantamento em questão for inferior à menor das coberturas, não há razão que justifique sua não liberação.

Não obstante essas cautelas que devem preceder ao adiantamento, pode acontecer de este se realizar e depois se verificar não ser devida a indenização, por exemplo, por conclusão de inexistência de cobertura ou de se descobrir fraude. Importa perguntar se, nesse caso, a realização de adiantamento importará reconhecimento da indenização securitária ou mesmo será considerado ato irrevogável. Evidentemente as respostas a essas indagações devem ser negativas, sendo forçadas ao extremo tentativas de soluções diversas dessas. O ordenamento jurídico não acolhe enriquecimentos sem causa, de modo a tolerar que um segurado que recebeu um adiantamento indevido possa se apropriar dele ou mesmo pleitear saldos indenizatórios em decorrência de um pagamento indevido. O adiantamento do que era indevido rende ensejo à repetição do indébito, com o dever de restituição integral do recebido sem causa. O pagamento errado não tem a natureza de reconhecimento, até porque só se reconhece o que há. Se não existe o dever, o pagamento foi indevido e não se pode compactuar com o enriquecimento desprovido de causa. Tal conclusão se assenta nas mais basilares regras de nosso ordenamento, como vimos, mas também em preceitos específicos da técnica securitária. O seguro não se harmoniza com o pagamento de sinistros desprovidos de garantia, pagamentos gratuitos desfalcando o fundo comum que garante a solvência, beneficiando particulares de maneira indevida. Tal fundamento por si só já é suficiente para obstar raciocínio desvirtuado pretendendo irrevogabilidade do adiantamento ou enxergar reconhecimento de direito indenizatório. Se existir direito à prestação indenizatória, decorre este do sinistro em si, nunca de um adiantamento efetuado. Assim, adiantamento não importa em reconhecimento de direito e passível de revisão.

Ainda se pode enxergar na regulação um dever de celeridade, ou seja, a necessidade da mais ágil possível conclusão do procedimento (assim como da liquidação), obrigando todos os indivíduos envolvidos não apenas a colaborar como a fazê-lo da forma mais rápida possível, tomando as providências da maneira mais ágil e evitando procedimentos inúteis. Vários fundamentos distintos informam esse dever, inclusive o acima visto, de minorar os efeitos do sinistro, vez que a protelação importará aumento do prejuízo. Há, todavia, uma razão informadora específica desse dever. A finalidade da regulação é afastar qualquer incerteza em relação ao sinistro, sua cobertura, os bens amparados etc. Ou seja, é trazer certeza a uma situação duvidosa que deixa as partes em suspenso. A segurança, é ocioso lembrar, é um relevante valor jurídico, um fim perseguido a ponto de por vezes se sacrificar o valor justiça em prol da estabilidade de uma situação, a exemplo do que ocorre nas situações de

pericimento de direitos por decurso de prazo (decadência, prescrição, preclusão etc.). Não deve interessar às partes a situação de insegurança, sem determinação da existência ou não de crédito ou de débito. Com certeza não interessa ao Direito uma situação em suspenso, de instabilidade, surgindo a necessidade de conclusão do processo de regulação de sinistro para esclarecimento da situação das partes, o que é almejado pelo ordenamento e pelo dever de todos aqueles que nela atuam. Na prática assistimos muitas vezes, mesmo sem intenção, a protelações desnecessárias da regulação de sinistro: segurados que não disponibilizam incontinenti matérias, documentos e informações, atrasando a regulação por descumprimento do dever de colaborar; seguradoras que criam burocracias desnecessárias; reguladores inseguros, temerosos, ou com formas de remuneração indevida que protelam sem motivo a regulação, realizam diligências que não levam a lugar algum, e assim por diante. Todas essas situações e todas as outras que sem objetivo protelam o desenrolar do processo de regulação de sinistro, implicam violação ao dever de celeridade que obriga a todos os envolvidos.

Sem pretensão de esgotar todos os deveres, pois são múltiplas as emanações do princípio da boa-fé sobre a regulação, parece-nos que são esses os que merecem uma análise mais detida, cumprindo olhar em prol de quem esses deveres devem ser observados. O primeiro ponto, aqui, é afastar uma visão de contraposição entre os envolvidos para constatar a existência de interesses comuns.

O interesse na boa e célere regulação do sinistro, encerrando-se o processo com o esclarecimento das situações, é de todos: segurado, beneficiário e seguradora em seu interesse próprio e do fundo comum. Em situações concretas ou momentos específicos, uma ou outra parte pode se revelar credora de determinadas prestações exigíveis da contraparte, vez que não se pode confundir os deveres da regulação com a possível prestação indenizatória. *A priori*, portanto, não há como fixar quem se posiciona para exigir um cumprimento de dever, por exemplo, de colaboração, vez que todos têm interesse na correta regulação. Vale dizer que os deveres presentes na regulação podem gerar direitos subjetivos para qualquer dos contratantes. O reverso dessa constatação é visualizar que quem procede à regulação possui deveres perante todos os interessados na regulação. Significa dizer que pouco importa com quem se encontra a mais evidente vinculação do regulador, por exemplo, se ele é regulador interno da seguradora ou se foi por ela contratado, pois isso não é determinante para a formação dos deveres frente às partes contratantes.

Quando se trata de regulador interno, por vezes chamado inspetor, essa constatação salta aos olhos, posto que ele age pela seguradora e seus atos vinculam a mesma. De igual forma, se o regulador é externo, atua como preposto, e a seguradora está vinculada a seus atos por escolha e pelo dever de vigilância, conforme modalidades clássicas de responsabilidade que o Direito brasileiro, desde muito, vinculou, independente de real culpa, tão somente crian-

do uma responsabilidade pelo fato de outrem. Dessa maneira, o regulador externo assume seus próprios deveres derivados da prestação de serviços a que se obrigou e influi na posição jurídica de sua contratante, criando-lhe deveres e propiciando oportunidades para que ela cumpra deveres perante a contraparte no contrato de seguro.

É atualmente pacífico que, em todos os momentos da relação contratual, as partes devam atuar em relação à outra com estrita observância do dever de lealdade, e evidentemente esse dever não arrefece na regulação do sinistro. São intoleráveis condutas que violem ou tergiversem este dever. Impossível dar guarida a atos ou omissões de beneficiários que pretendam artificialmente aumentar indenizações em montantes não devidos ou, ao inverso, condutas na regulação para escamotear legítimos direitos. A regulação é um procedimento necessário para apurar a obrigação e deve encontrar essa obrigação com exatidão. Ferem o dever de lealdade contratual quaisquer condutas que busquem afastar a regulação desse fim, desfalcando a contraparte. Isso significa dizer que as partes estão obrigadas não apenas ao dever de buscar o justo contratual como a propiciar os meios para que se conheça com perfeição a formação ou não da obrigação principal. Subterfúgios, camuflagens ou inverdades não se harmonizam com o dever contratual de lealdade, e as partes estão obrigadas à conduta reta e de boa-fé. E a isso estão obrigadas por si e por seus prepostos de quaisquer espécies, permanentes ou eventuais.

Nesse raciocínio, importa compreender que o regulador externo está obrigado a atuar com lealdade em face de sua contratante, como ente empresarial e como administradora do fundo comum que suporta as indenizações. Igual dever, porém, existe em sua atuação perante segurados e beneficiários, sendo-lhe devido se portar com toda lealdade, evitando ações e omissões contrárias à boa-fé objetiva.

É de se lembrar ainda que o regulador externo é chamado a atuar como *expert* em determinado tema e assume deveres profissionais com base nessa projeção. Ao assim aparecer na regulação de sinistro, assume uma responsabilidade profissional em que não há espaço para se admitir imperícias na condução dos trabalhos, mormente porque voluntariamente assumidos. Cabe ao regulador um desempenho conforme o melhor da técnica, de maneira que os fatos, suas circunstâncias e seus efeitos sejam apurados de maneira célere e correta, evitando prejuízos a quem quer que seja. Ainda que o relatório de regulação não seja uma peça de decisão, pois será completado por ato de vontade da parte, é elemento de orientação para todos, e, se necessário, probatório. Trata-se, nessa linha, de um laudo técnico do qual deve se exigir todo o rigor de uma peça dessa natureza, sob pena de responsabilidade de seus autores pelos danos que dela decorrerem.

Da soma dessas verificações se conclui que o regulador de sinistro assume responsabilidades próprias no desempenho de seu mister e pode ser chamado a responder por danos

causados, seja por conduta que afronte seu dever de lealdade e atinja a boa-fé, seja por imperícia na condução de seus trabalhos. Tal responsabilidade pode surgir frente ao segurado ou beneficiários, se estes os prejudicados, ou frente à seguradora, se esta sofrer danos. Infelizmente tais ocorrências são mais comuns do que pode parecer à primeira vista, especialmente por orientações erradas, baseadas em conjecturas e não em fatos, conjecturas que o tempo não comprova. A orientação antes dada com essa frágil base acaba se revelando um prejuízo financeiro e à imagem da companhia. Nesse momento, porém, ninguém lembra que aquele regulador, visto inicialmente como paladino, por seu canto de sereia, em verdade foi fonte de prejuízo. Necessário que nesses tratos se oriente por visões de longo prazo e não por imediatismo que pode redundar em enormes prejuízos logo à frente.

As considerações tecidas em torno do chamado regulador, por sua proeminência, devem ser estendidas para toda espécie de colaborador na regulação de sinistro. Aqueles que atuam nos seguros de pessoas sabem que os chamados peritos, auxiliares das seguradoras se defrontam com situações de extrema dificuldade e complexidade. Sua posição não é juridicamente diversa dos reguladores, sendo profissionais de medicina, auxiliares internos ou externos das companhias seguradoras, voltados para atuação nos seguros de pessoas.

Há nesse segmento, infelizmente, terreno fértil para litígios e dissabores, como se pode observar nos tribunais, e sua grande maioria está ligada à regulação do sinistro, a exemplo da delimitação da cobertura do seguro de vida, a caracterização da invalidez por doença, a classificação de morte como natural ou acidental para efeito de dupla indenização, ou ainda o cálculo do percentual de indenização por efeito de invalidez parcial. Observa-se aqui um campo amplo de trabalho em prol do mercado segurador e de seus segurados/beneficiários que se defrontam em momento em que há todo um drama humano envolvido. Sintomático, nesse ponto, que o legislador tenha proibido transações com vistas à redução de capitais segurados, demonstrando preocupação com a desvirtuação da boa regulação, medida legislativa que terá repercussão considerável e permanente nas provisões feitas em relação aos valores atualizados. Aqui, como na regulação de sinistros de todos os outros segmentos do seguro, incidem os deveres para as partes e seus auxiliares, sendo possível crer que sua correta observância seja uma relevante contribuição para o aprimoramento do mercado segurador.

Eram estas, senhoras e senhores, as considerações que à primeira vista nos pareciam principais a propósito do instigante tema da regulação de sinistro.

Muito obrigado.

## A REGULAÇÃO DE SINISTRO NO PROJETO DE LEI Nº 3.555/2004

*Rubens Moreira Mendes Filho*

*Deputado Federal pelo estado de Rondônia  
Advogado*

Boa tarde a todos.

Vou dirigir minha conversa nesta sala não a aspectos jurídicos do dia a dia da regulação de sinistro, matéria em que as senhoras e os senhores são extremamente versados e para a qual minha contribuição não será relevante. Assim, vou focar especialmente no meu papel de parlamentar, honrado em ser o atual Relator do Projeto de Lei nº 3.555/2004 em sua tramitação no Congresso Nacional.

Por louvável iniciativa do ilustre Dep. José Eduardo Martins Cardozo, abraçando proposta do IBDS – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro –, foi apresentado o primeiro Projeto de Lei buscando regular o contrato de seguro, esta importantíssima figura contratual. Dentro do Estado Democrático de Direito o Projeto se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados para receber aprimoramentos por sugestões, conforme o ideal democrático. Deste modo, recebeu substitutivo do Dep. Leandro Sampaio, com ajustes pontuais e importantes.

As intenções que presidem o Projeto se apresentam das mais louváveis. A importância que o contrato de seguro possui, não apenas em termos econômicos, mas principalmente em termos sociais, justifica que o mesmo receba de nós um específico tratamento legislativo,

a exemplo do que ocorre em outros países em experiências deveras animadoras. Por outro lado, o Projeto parece buscar equilíbrio e transparência entre as partes contratantes, o que por si só lhe torna merecedor de loas.

Dentre as matérias que o Projeto busca normatizar destaca-se o tema da regulação de sinistro. É na ocorrência do sinistro que o segurado necessita que seu contrato funcione, amparando-lhe no momento temido. É aqui, também, que cumpre à seguradora evitar pagamentos indevidos, prejudicando a massa de segurados que contribuem para o fundo comum. A insuficiência da legislação em vigor, pelas omissões em relação a este momento que é o ápice do contrato, já mostra a necessidade de regular legislativa e adequadamente a matéria. O Projeto conceitua a regulação de sinistro como “o procedimento através do qual se apura a existência e se identificam as causas e os efeitos do fato avisado pelo interessado” (art. 75).

Todos que militam no mercado segurador têm muito que extrair das regulações, evitando que exista um hiato entre a realidade social pungente e os contratos, seja quanto a cláusulas propriamente ditas, seja no tocante às suas bases financeiras. O que se enxerga na regulação é também uma fonte de informação ao mercado segurador, sendo necessário zelar pela sua correta realização e, assim, o aprimoramento da técnica.

O Projeto dedica então todo um capítulo – o Capítulo XIII – composto de 18 artigos (arts. 75 a 92), para a regulação e a liquidação de sinistros.

Observam-se, no meu entender, três preocupações básicas na proposição:

- Em primeiro lugar, evidencia-se a intenção de estabelecer responsabilidades. Assim, a regulação é posta a cargo exclusivo da seguradora. Salvo engano, a medida parece se justificar, vez que é com esta companhia que o segurado mantém contrato e é a seguradora que detém expertise para realizar o procedimento de apurar existência, causa e efeitos do sinistro. Ao lado disso, porém, são propostas normas que estabeleçam responsabilidades para os reguladores e liquidantes quando estes, por ato próprio, provocarem dano. Muito embora decorra esta ideia de princípio geral de direito, parece adequado colocá-la em destaque para evitar dúvidas. Não há impedimento, todavia, para a colaboração e participação, vez que todos possuem interesse na regulação. Conforme o interesse seja indireto, caso das resseguradoras e retrocessionárias, acolhe-se a colaboração (art. 77, parágrafo único), ou quando o interesse for direto aceita-se participação ativa, caso evidente do segurado e do beneficiário (art. 78).

- Uma segunda preocupação que o capítulo proposto demonstra é com os riscos de solvência das seguradoras, orientando as adequações das reservas conforme desenrolar da regulação. Extremamente importantes tais disposições para evitar riscos ao cumprimento dos contratos, com total frustração de sua finalidade, em decorrência de provisões insuficientes. Desta maneira se busca que a liquidação – ou seja, a quantificação do sinistro – sempre que

possível, seja simultânea à regulação e se determina a adequação das reservas à medida que se tiver ciência de seus montantes (art. 79, parágrafo único).

- A terceira preocupação deste capítulo do Projeto, preocupação de vital importância para segurados, seguradoras e para o crescimento do mercado segurador brasileiro, é a tentativa de evitar protelações desnecessárias no pagamento das indenizações, impedindo que a situação do beneficiário se normalize. Enquanto o segurado não percebe sua indenização, o efeito pessoal e social do sinistro permanece como um mal. É o exemplo da família que não recebe o seguro de vida de seu provedor, ou ainda do empresário que não recebe os recursos para colocar novamente em funcionamento a fonte de empregos e renda.

Obviamente, demoras se justificam enquanto houver receio de não ser devida a indenização, mas não podem ser aceitas quando já se tem conhecimento da existência de crédito. Exemplo deste cuidado presente no Projeto é a regra proposta no parágrafo único do art. 79 do Substitutivo pelo qual – apurada a existência de quantias devidas – deve se proceder aos adiantamentos no prazo de 30 (trinta) dias, ou à fixação de prazo para conclusão da regulação e liquidação conforme proposto pelo artigo 89 projetado. O objetivo das normas sugeridas é, sem dúvida, evitar os danos desnecessários para quem já foi acometido de um acontecimento funesto.

São estes, no respectivo capítulo, aspectos que me parecem relevantes destacar. Evidentemente, Projeto desta importância exige de seu Relator, pela responsabilidade como Parlamentar, cuidadoso e completo exame, aqui se procedendo a um olhar parcial em decorrência das limitações de tempo e tema. Fiquem seguros, porém, senhoras e senhores, que este Projeto é objeto do mais cuidadoso exame.

Sem prejuízo de possíveis ajustes, que, como dito, fazem parte do processo democrático, de maneira geral as propostas para a regulação e liquidação de sinistros contidas no Projeto, em sua atual versão, se enquadram em seu vetor básico de equilíbrio, segurança e transparência, harmônicos com o restante do Projeto.

Sem dúvida, a intenção de todos nós é a construção, no Brasil, de uma sociedade melhor e mais justa, e uma das maneiras de obter tal desiderato é a construção de um ordenamento jurídico melhor e mais justo, transformador da sociedade. Neste objetivo – que deve ser de todos, sem fixações em interesses egoísticos e particulares – é indispensável o esforço conjunto. Diante deste desejo, que só pode ser o desejo de todos, é que conclamo os aqui presentes e todos os setores sociais a contribuírem para o aprimoramento normativo, apresentando sugestões e críticas construtivas ao Projeto. É este convite que faço a todos, para participarem deste momento especial e democrático, com sua contribuição para um país melhor.

Meu muito obrigado a todos.

INTERMEDIÇÃO NOS CONTRATOS DE SEGURO  
E RESSEGURO

## INTERMEDIÇÃO NOS CONTRATOS DE SEGURO E RESSEGURO

*José Maria Muñoz Paredes*

*Doutor em Direito pela Universidade de Oviedo – Espanha  
Professor Titular de Direito Mercantil da Universidade de Oviedo – Espanha*

Boa tarde.

Sem dúvida, os senhores estarão se perguntando o que fizeram para estar aqui, a esta hora, logo depois do almoço, escurando um catedrático espanhol, o que é sinônimo de discurso pesado. Francamente, não posso dar-lhes uma resposta, mas acredito que vocês devem ter feito algo muito mau para merecer isso. Consigo pensar em diversas outras ocupações para esta tarde, todas elas muito mais divertidas do que esta, razão pela qual lhes agradeço desde já por estarem todos aqui.

Antes de começar, tenho ainda duas coisas a lhes dizer. A primeira é que é verdadeiramente um prazer enorme estar neste Fórum de Seguro José Sollero Filho. E é um prazer, sobretudo, porque não se trata simplesmente de um encontro científico, mas de algo que vai além. É um encontro cultural e, acima de tudo, um encontro de amizade. Tenho o prazer extraordinário de encontrar-me aqui com amigos muito queridos, que já fazia tempo que não via, e rodeado também de companheiros tão admirados e com tanta

autoridade neste tema. Por isso, expressei minha gratidão ao Dr. Ernesto Tzirulnik por ter me convidado novamente e pela hospitalidade com a qual sempre nos acolheu.

A segunda questão de que gostaria de tratar antes de começar a minha exposição é a de posicioná-los quanto ao tema de que me ocuparei, porque, como veem no programa, vamos falar também sobre os corretores de resseguros e, para tanto, compartilho a mesa com alguém que tem conhecimentos muito mais vastos do que o meu nesta matéria, o Dr. Paulo Luiz de Toledo Piza, o que é, para mim, um orgulho.

Precisamente por isto, preferi centrar a minha exposição em questões gerais dos corretores, para unicamente ao final tratar de algumas peculiaridades acerca dos corretores de resseguro, e assim permitir que ele, que domina muito mais este tema do que eu, possa centrar-se neste ponto.

Se contemplarmos o papel dos corretores de resseguro a partir de uma perspectiva histórica, veremos que a importância que hoje podem exercer não é nenhuma novidade. Qualquer um que tenha tido a oportunidade de examinar uma apólice antiga, ou a transcrição de uma apólice antiga, irá verificar que, em todas elas, intervêm corretores.

Isto se explica perfeitamente porque, como sabem, o seguro, quando surgiu, na Idade Média, carecia de companhias de seguro ou mesmo de seguradores profissionais. O seguro era uma atividade secundária de comerciantes que jogavam, apostavam – daí a famosa separação entre seguro e aposta – uma parte dos seus capitais para ver se um navio ou uma mercadoria chegava ou não ao porto de destino.

O carregador ou o dono da mercadoria ou da embarcação tinha necessidade de contratar um seguro, e para isto então tinha de encarregar alguém de buscar pessoas que estivessem dispostas a assumir uma parte do risco. Os corretores exerceram, pois, importância crucial no nascimento e no desenvolvimento do contrato de seguro, e, sem nenhuma dúvida, não teríamos chegado onde estamos sem a sua participação. Ainda que as circunstâncias do mercado tenham mudado muito desde a Idade Média, é certo que os corretores continuam tendo um papel muito relevante.

A atividade exercida pelos primeiros corretores encontra-se perfeitamente refletida na definição de corretor dada por um conterrâneo meu, Juan de Hevia Bolaños, autor de provavelmente uma das obras jurídicas mais editadas ainda hoje no mundo, a *Curia Philipica*, cuja segunda parte, publicada em Lima em 1617, o *Labyrintho de Comercio Terrestre y Naval*, dava esta definição, tão expressiva, que agora leio: “Corretores são os que andam e correm de um lugar para outro tratando de concertar os que querem contratar ou comprar ou vender”.

Eu diria que, em essência, eles seguem fazendo o mesmo. Os corretores continuam buscando coberturas. Ainda hoje, no entanto, embora fosse de esperar que tivéssemos

evoluído no exame dessa matéria, é bastante difícil delimitar, do ponto de vista jurídico, a atividade do corretor de seguro. Todos os que vêm se ocupando, desde há muitos anos, dos mediadores de seguros em geral expressam a mesma dificuldade que têm de separar uns dos outros.

Esta complexidade é reconhecida, nada mais, nada menos, do que pela última diretiva comunitária sobre os mediadores de seguros, que tinha por objetivo harmonizar o direito dos mediadores em toda a União Europeia e, no preâmbulo do seu primeiro anteprojeto, já dizia que não era possível traçar, em todos os Estados-membros, uma distinção clara entre pessoas e objetos.

Frequentemente, mediadores atuam como agentes para alguns tipos de risco e como corretores para outros. Esta é a razão pela qual não se chegava a uma distinção concreta nesse anteprojeto. Entendeu-se que o fundamental, para o tomador de seguros, era saber, em relação a cada risco, se se tratava de um mediador que trabalhava com um número ilimitado de empresas e que poderia, então, assessorá-lo a partir de uma análise ampla e imparcial do mercado. Dito de outro modo, a diretiva acabou colocando em ênfase o que faz o mediador, e não em como se faz a mediação.

A diretiva distingue três tipos de mediadores, assim obrigando-os a informar expressamente a seus clientes se trabalham somente para uma companhia (e seu objetivo é exclusivamente vender os seus seguros (assim exercendo o labor próprio de promover a contratação); se trabalham com várias companhias, mas o propósito de assessorar o tomador (disponibilizam oferta maior, mas sem aconselhá-lo com objetividade sobre o seguro que mais lhe convém), ou, finalmente, se trabalham com várias companhias e prestam assessoramento independente, objetiva e imparcial, a ponto de indicar qual o seguro mais adequado às necessidades do tomador.

Nesta mesma linha, a lei espanhola – poderíamos escolher a definição da lei alemã, a da lei italiana, porque são todas muito similares, mas escolho esta apenas por proximidade – diz que “são corretores as pessoas, físicas ou jurídicas que realizam a atividade de mediação, sem manter vínculos contratuais que supõem subordinação com entidades seguradoras, e que oferecem assessoramento independente, profissional e imparcial a quem lhes demande a cobertura dos riscos a que se encontrem expostas a sua pessoa, seu patrimônio, seus interesses ou suas responsabilidades”.

Como veem, são dois os dados sobre os quais gira o conceito legal de corretor. O primeiro é a ausência de vínculos que supõem subordinação. O corretor tem de ser independente das companhias de seguro. E o segundo é a prestação de assessoramento independente, profissional e imparcial, uma exigência que consta da própria diretiva de 2002. A lei espanhola definiu também como se deve dar esse assessoramento indepen-

dente: por meio da análise objetiva de um número de contratos oferecidos no mercado suficiente para que possa dar uma recomendação baseada num conhecimento bastante amplo da oferta seguradora.

Concretamente, estabeleceu uma presunção, em princípio *iuris et de iure*, a partir da qual realizar essa análise objetiva: se foram solicitadas ofertas, cotações, a pelo menos três companhias de seguros. Isto é suficiente? Em relação a alguns riscos, pode ser que sim. Em relação a outros, com certeza não. Posso dizer-lhes que este conceito de análise objetiva tem sido um verdadeiro quebra-cabeças para os corretores de seguros, desde que foi promulgada a lei sobre mediação no meu país, em 2006.

Seja como for, para concluir esta introdução, quando nos referimos aos corretores de seguros estamos tratando de mediadores que, de maneira geral, possuem as seguintes características: (i) assessoram o tomador; (ii) não trabalham para a companhia de seguros, antes entendemos que trabalham para o tomador; (iii) são independentes, e (iv) prestam um assessoramento objetivo. Com base nesta concepção geral de corretor de seguros, vamos ver agora o que encontramos no direito e na realidade dos fatos, no Brasil.

Primeiramente, vamos às normas. A primeira surpresa com que alguém se depara ao ler a legislação brasileira é que, na verdade, o corretor é o único mediador que nela se reconhece, embora existam outras figuras, praticamente esquecidas pelas normas, que, também por esta razão, estão desaparecendo.

A legislação, concretamente o Decreto-lei 73/1966 e as numerosas circulares da SUSEP e do Conselho Nacional de Seguros Privados que se ocupam do regime dos corretores de seguro, o definem, mais ou menos, nos termos do próprio Decreto-lei, como “intermediário legalmente autorizado a angariar e promover contratos de seguro entre as sociedades seguradoras e as pessoas físicas ou jurídicas de direito privado”. Se examinarmos todo o regime posto em tantas normas dispersas, iremos verificar que são impostas aos corretores de seguros obrigações bastante detalhadas e muito semelhantes ao que encontramos em outros países.

Em primeiro lugar, há o requisito de formação técnica, de habilitação, que exige aprovação em exame ou a realização de um curso com um conteúdo específico. Ter esta habilitação técnica é requisito imprescindível para que se possa proceder à inscrição no registro público, de modo que, sem esta, não se pode operar como corretor.

Outro requisito é o de que os corretores contem com um seguro de responsabilidade civil pelos danos que possam causar no desempenho da sua atividade. E também tanto o Decreto-lei 73/66, como a Lei 4.594/64 lhes proíbem de ter vínculo com companhias de seguro. Não podem ser empregados, nem possuir vínculo de direção com sociedades.

A Lei de 1964 afirma, ainda, que não podem ser sócios, administradores, procuradores, despachantes ou empregados de empresas de seguro.

Faz falta, entretanto, uma norma que especifique qual é o trabalho desenvolvido pelos corretores de seguro. Impõem-se os requisitos, diz-se que ele é o intermediário autorizado na contratação de seguros, mas não se diz realmente qual é a missão que ele desempenha. Esta é, concretamente, a que eu lhes anunciava: buscar para o tomador de seguros o contrato que melhor se adéque às suas necessidades e assisti-lo, depois, durante toda a sua vigência. Mas algumas outras obrigações, nas quais não vou me deter, como a custódia de documentos, podem ser encontradas na regulamentação.

Vamos agora à realidade. O que encontramos na realidade brasileira, de acordo com as informações que tão amavelmente me foram disponibilizadas, é que as coisas não são tão puras como quer a legislação. Nem sempre os corretores são independentes; existem corretores cativos, que pertencem a entidades seguradoras, ou bancárias, ou corretores que na prática trabalham diretamente para apenas uma ou duas companhias, com as quais mantêm acordos de remuneração, que tornam mais interessante que limitem sua atividade somente a estas empresas. Há, ainda, corretores que nem se ocupam de assessorar ou mesmo de mediar, mas limitam-se a estampar sua firma e imprimir seu código na apólice.

A conclusão que se extrai a partir desta realidade é a de que é absolutamente imprescindível que a legislação separe nitidamente estas figuras. O cliente não pode se ver diante de um corretor que pode ser, em alguns casos, um assessor independente que trabalhe com um número amplo de companhias, que lhe permita buscar efetivamente a melhor oferta, e que, em outros casos, seja um corretor cativo que unicamente vai ofertar os produtos de uma companhia de seguros determinada.

Esta necessária separação se irá lograr quando vier a ser aprovado o Projeto de Lei 3.555/2004, que, neste ponto, como em tantos outros, é realmente acertado. Poderíamos examinar todo o capítulo de intervenientes, mas vou ficar apenas com estes dois artigos: o art. 39, que se refere aos agentes, dizendo que são prepostos da seguradora para todos os fins, vinculando-a com os seus atos e omissões, e o art. 41, que separa os corretores dos agentes e determina de maneira precisa as suas funções.

Atribui-se ao corretor, em primeiro lugar, a análise do risco e do interesse que se pretende garantir, porque o corretor não pode, de fato, se limitar a buscar a cobertura que lhe pede o tomador. Deve também analisar se as pretensões com as quais o cliente se apresenta são ou não acertadas, de modo que possa verificar se a preocupação do cliente, que não é conhecedor da técnica securitária, é ou não razoável. Em segundo lugar, a recomendação das medidas que lhe permitam obter uma garantia de seguro, facilitando a

contratação. Em terceiro lugar, a identificação e a recomendação da modalidade de seguro que melhor atenda às necessidades do segurado e do beneficiário.

Delimita-se perfeitamente bem o assessoramento ao cliente que incumbe ao corretor de seguros, envolvendo não somente o produto, mas também a seguradora, ou seja, a identificação e recomendação do seguro e da própria seguradora, e ainda a assistência durante a execução do contrato, tanto ao tomador como ao beneficiário, e especialmente na regulação e liquidação de sinistros, bem como no momento de renovação do contrato.

Encontramos, portanto, no Projeto de Lei, uma nítida separação entre as duas mediações referidas. Só falta, portanto, que esse projeto seja aprovado e que a lei se aplique, além de efetivamente não se tolerar a existência de corretores que não respeitem a norma.

Feitas essas observações sobre os corretores na legislação na realidade brasileira, não resisto a dedicar alguns minutos à qualificação do contrato que une o corretor ao cliente e à companhia de seguros, pois este é um campo no qual, muitas vezes, encontramos enfoques pouco acertados, que impedem de ver com clareza quais são as obrigações e direitos que têm o corretor frente às partes do seguro.

Já lhes adiantei que o contrato que une o corretor ao cliente continua sendo exatamente o mesmo contrato ao qual respondiam os corretores definidos por Juan de Hevia Bolaños. É um contrato de corretagem tal como está definido no Código Civil brasileiro; ou seja, um contrato no qual o corretor se obriga a buscar a melhor oportunidade para celebrar um negócio. Este, porém, é um tema muito debatido. Há, por exemplo, na doutrina italiana, uma diversidade de posições a respeito da exata qualificação desse contrato. Mas eu estou convencido de que onde melhor se encaixa a atividade do corretor de seguros é no âmbito do contrato de corretagem em geral, ainda que, sem nenhuma dúvida, tenha esta corretagem as suas peculiaridades.

Para qualificá-lo como contrato de corretagem, é necessário assinalar, antes de tudo, que não podemos considerar um obstáculo a suposta obrigação de imparcialidade que se impõe aos corretores em geral, por trabalharem para dois clientes. O caso mais típico é o dos corretores de imóveis, que têm encargos de compra e de venda e têm de ser imparciais, não podendo favorecer nem o comprador, nem o vendedor.

No caso dos corretores de seguro, isto não ocorre. A única parte de quem o corretor recebe um encargo concreto de busca é o cliente, o segurado. As companhias dizem "Traga-nos todos os clientes que puder!", mas nenhum em especial. Assim opinam todos os que já se ocuparam desta matéria, razão pela qual podemos dar por superada esta primeira dificuldade que poderia surgir.

Em segundo lugar, analisando os fatos em seu desenvolvimento temporal, a partir do exame da realidade, é necessário definir qual é a relação dos corretores com as compa-

nhas de seguro, porque, evidentemente, um corretor, para que possa mediar um seguro, tem de falar previamente com as companhias de seguro e, assim, saber se estão dispostas a lhe apresentar suas condições comerciais, de modo que não tenha de contactá-las *ex novo* toda vez que precisar emitir uma proposta. Não sei como se denominam estes acordos na prática brasileira. Na Espanha, nós os chamamos de “cartas de condições” (*cartas de condiciones*).

Na essência, a única coisa que estabelecem são as comissões que o corretor receberá, conforme as categorias ou modalidades de seguro, pelos contratos que leve à seguradora. Estes pré-acordos não são propriamente contratos, mas sim pré-contratos, dos quais surge unicamente a obrigação de respeitar a tarifa que, obviamente, pode variar livremente. A relação de corretagem nasce propriamente quando o cliente encarrega o corretor da busca do seguro que melhor se adéque às suas necessidades e interesses.

Desde o momento em que o corretor aceita realizar esta busca nasce já o contrato de corretagem. Num segundo momento, está obrigado o corretor a praticar todos os atos necessários para lograr cumprir esta tarefa da melhor maneira possível. Mas esta corretagem é singular. É uma espécie de contrato trilateral ou de duplo vínculo, porque, se, na primeira fase, os que estão ligados são o cliente e o corretor (o cliente que atribui o encargo e o corretor que o aceita), na segunda fica vinculada já a companhia de seguros.

Isto porque quando o corretor se dirige às companhias para que tarifem o risco e digam se o aceitam, as companhias se obrigam perante o corretor, no sentido de reconhecê-lo e respeitá-lo como mediador. Não podem excluí-lo, tratando diretamente com o cliente. Se, quando o corretor apresenta a cotação ao seu cliente, ele a aceita, operando-se a contratação, obrigam-se a lhe repassar a comissão previamente acordada. Ademais, devem manter a cotação durante o prazo que tenha sido estipulado ou que seja convencionalmente aceito. Se a corretagem resulta no êxito da gestão do corretor, e efetivamente o cliente se decide por alguma das cotações por ele apresentadas, o corretor recebe a sua comissão, e nenhuma das partes – tomador ou seguradora – pode colocá-lo de lado, para evitar esse pagamento.

Sintetizando, temos aqui várias relações jurídicas. Primeiro, uma relação que qualifiquei como sendo de natureza pré-contratual, consistente num acordo realizado pelo corretor com diversas companhias, de sorte que possa ofertar no mercado seus produtos mediante o pagamento de determinadas comissões.

Uma segunda relação jurídica nasce no momento em que o corretor recebe o pedido de busca de um contrato de seguro, e o aceita, momento a partir do qual temos um contrato de corretagem que, como tantos outros, pode ser rescindido a qualquer momento, sem que haja sequer a necessidade de indenizar os gastos com as consultas realizadas.

Uma terceira relação se divisa a partir do momento em que passa a ser parte desta corretagem também a companhia que tarifa o seguro, que se vincula porque o cliente aceita a cotação que lhe apresenta o corretor. Trata-se de uma relação totalmente distinta das outras duas, assim como do próprio contrato de seguro que vem a ser celebrado pela aproximação feita pelo corretor, do qual, obviamente, o corretor não é parte.

Desta forma, enfim, vinculam-se o cliente à companhia, pelo contrato de seguro, e o cliente ao corretor, e este com a companhia, pelo contrato de corretagem, um contrato de duplo vínculo ou de caráter trilateral. Este contrato possui características comuns a todos os contratos de corretagem, o qual, de todo modo, já lhes adianto, é na minha opinião um dos contratos mais abandonados em seu estudo e, conseqüentemente, em termos de evolução legislativa.

O conceito tradicional que, por exemplo, vemos no Código Civil brasileiro, coincide em alguns pontos com o que expusemos. Em primeiro lugar, na circunstância de que o único que está obrigado a fazer algo é o corretor. A partir do momento que aceita o pedido de busca de um seguro, possui a obrigação de desenvolver suas atividades, até encontrar a melhor alternativa.

Em segundo lugar, admite-se que se pode rescindir o contrato a qualquer momento, sem necessidade de indenizar dano algum. O corretor pode fazer a busca, ensinar, explicar as coberturas, e mesmo assim o cliente pode ir embora, sem nada ter de pagar. Este é um direito do qual todos nós estamos perfeitamente conscientes, ainda que não tenhamos estudado o assunto. E, em terceiro lugar, a remuneração depende exclusivamente do êxito. Somente se o corretor conseguir encontrar um seguro que seja aceito pelo tomador, terá direito à remuneração. Se não encontrar, não.

Sem prejuízo de todas estas características comuns, o contrato de corretagem de seguro apresenta também algumas características particulares, derivadas, por um lado, da especialização, de como a corretagem de seguros se adaptou ao mercado em que se pratica, e, por outro, das singularidades que tem o próprio contrato de seguro, o qual, como todos sabem, não é um contrato de execução instantânea.

Por isso, aliás, é que as obrigações do corretor não terminam com a celebração do contrato de seguro, mantendo-se durante toda a sua vigência, e o corretor tem, como diz o art. 41 do Projeto de Lei 3.555/2004, de assistir o segurado durante toda a vigência do contrato e, especialmente, quando ocorre um sinistro. Na contramão das características gerais do contrato de corretagem, neste caso o corretor não tem a obrigação de ser imparcial, mas deve defender os interesses do tomador.

Ademais, há a singularidade que Hans Mueller Karl, professor alemão tão extraordinário, em monografia que dedicou ao tema nos anos 1950, apontou como sendo um uso

universal, a de que à corretagem corresponde uma comissão paga através da companhia de seguros. A remuneração segue a sorte do prêmio, de modo que, se o prêmio se fraciona, assim também a remuneração; se o prêmio é devolvido por qualquer motivo, também é devolvida a remuneração, como se extrai da Circular SUSEP nº 125.

A corretagem de seguros, ademais, nem sempre se dá em estado puro, mas pode combinar-se com outras relações contratuais, como, por exemplo, com contratos de locação de serviços, quando se encarrega o corretor da gestão de riscos, e não somente da busca da alternativa contratual mais conveniente. Pode também acontecer de os corretores receberem o encargo da seguradora de realizar certas tarefas que eu qualificaria de materiais ou administrativas, como, por exemplo, introduzir no sistema da companhia os dados do cliente ou emitir a documentação contratual. Mas nada disto, nenhuma destas prestações adicionais altera a natureza essencial que tem este contrato, que se identifica fundamentalmente com o contrato de corretagem.

Das obrigações e direitos que se verificam na prática da corretagem de seguros, há duas, em especial, que estão dando muitos problemas e, até onde sei, não são alheias à prática brasileira. A primeira diz respeito à atuação do corretor em nome do tomador, e a segunda à remuneração, ao que cobra o corretor pela sua atuação. Com relação à primeira, como todos sabem, a celeridade das relações comerciais determina que os corretores, em muitos casos, recebam instruções verbais, por telefone, ou, na melhor das hipóteses, por correio eletrônico. É o corretor que transmite essas ordens à companhia de seguros.

Ocorre, porém, que é diferente ser um mero mensageiro e de ter poderes para realizar esses atos. É relativamente comum, na Europa pelo menos, que nos deparemos com sentenças nas quais se condena o corretor por ter executado supostas ordens de seu cliente para as quais não possuía nenhum respaldo documental. Uma vez mais, portanto, é fundamental que tenhamos em conta que ser mandatário não significa ser representante, e que, se o corretor, em algum momento, tem que atuar como representante, necessita dispor de alguma prova desta representação. Caso contrário, como todo aquele que atua como representante sem o ser, as consequências de sua atuação recairão diretamente sobre seu patrimônio.

Por isto, fixando-nos na lei espanhola, após a reforma que sofreu no ano de 2006, diz-se que por comunicações ao corretor, num primeiro momento, se devem entender as realizadas pelo tomador, e, portanto, ele não pode, sem mandato expresso, subscrever novo contrato, modificar ou rescindir o que esteja em vigor.

Com relação à remuneração do corretor, o art. 40 do Projeto de Lei 3.555/2004 e também o Decreto-lei 73/66 contemplam exclusivamente a percepção de comissões de corretagem. Isto, como eu lhes dizia, era considerado um uso universal, até que, há mais

ou menos quatro anos, um dos países nórdicos proibiu expressamente a cobrança de comissão. O problema que se debate, a esse respeito, já há alguns anos, deriva precisamente da pretensão de que os corretores sejam independentes e objetivos. Como podem ser independentes se quem efetua o pagamento das comissões é a companhia seguradora?

Este debate, que pode ser encontrado em muitos países, tomou as páginas do congresso da Associação Internacional de Direito dos Seguros que se celebrou em Marrakesh em 1998, tendo sido uma das questões fundamentais que ali se discutiu. Que se propõe para salvar este problema da independência? Quem vai morder a mão que lhe alimenta?

Uma das propostas é de que o corretor, no momento da apresentação da proposta ao seu cliente, revele todas as comissões. Quanto vai ganhar, qual sua remuneração se contrata com esta ou com aquela seguradora.

Pessoalmente, penso que essa proposta não serve para nada. Se o corretor chega ao seu cliente e lhe apresenta três propostas com os respectivos valores de comissões, e recomenda aquela em que recebe o valor mais alto, afirmando que o faz pela adequação do seguro às necessidades do tomador, este não terá, na maioria das vezes, como distinguir se a indicação do corretor é ou não é objetiva. Assim, conhecer a retribuição não lhe permitirá discernir, pela complexidade cada vez maior que têm os seguros, se é aquela a oferta que melhor lhe convém.

Outra proposta, adotada em muitos países, é a de que se revele somente o valor que se cobra por conta do seguro que se vem efetivamente a contratar. O problema, aqui, é que isto, embora de fato informe, não pode, em absoluto, salvaguardar a independência do corretor. Se o contrato já foi celebrado, evidentemente a decisão não terá dependido da comissão que se venha a conhecer em momento posterior. Em todo caso, se não se conhecer as comissões relativas às demais ofertas, pouco adianta.

A terceira e mais drástica proposta é aquela que, como lhes disse, implantaram alguns países nórdicos, qual seja, a de proibir a retribuição mediante comissão, fazendo com que o corretor cobre sua remuneração direta e exclusivamente do seu cliente, que contratou seu serviço e que é, afinal, para quem ele trabalha. Francamente, não sei se esta medida aumentou a independência dos corretores dos países nórdicos. O que se sabe e está claro é que o número de profissionais desta atividade diminuiu em mais de 50%.

Na Espanha, chegou-se a uma solução intermediária, que é permitir que se cobrem comissões e que se cobre diretamente do tomador, inclusive permitindo-se a combinação: perceber uma parte como comissão sobre o prêmio repassada pela seguradora, e outra como honorários. A única exigência que faz a lei é transparência: que se diga ao cliente se está cobrando somente comissão, ou só honorários, ou ambos.

Adianto-lhes que não obteve muito êxito a prática da cobrança de honorários. Embora todos os agentes cobrem exclusivamente comissões, e aí não se questiona sua independência, porque já se sabe que não a possuem, a ideia de fazer com que os tomadores de seguros realizem um duplo desembolso (comissão e honorários) não foi muito popular.

A regra geral, pois, continua sendo a cobrança de uma comissão sobre o prêmio. Comissão que, como eu lhes disse, somente incide no momento em que seja efetivamente contratado o seguro. Por mais trabalho que tenha tido o corretor, se não encontrou nenhuma alternativa que tenha interessado ao cliente, não terá direito à remuneração.

Insisto também em que a comissão segue a sorte do prêmio, de modo que se vê afetada pelas mesmas reduções, prazos, parcelamentos etc. que este possa vir a sofrer. Observem que, na prática de quase todos os países, ao menos do que eu conheço, mesmo se a cobrança na forma de comissão não se encontre regulada, existe uma prática consuetudinária neste sentido, praticamente uniforme. Não só está generalizada a cobrança de comissões, que são repassadas pelas companhias de seguros, como também ela segue normas usuais em todos os países.

Não pensem, entretanto, que sempre se operou assim. Se analisarmos os antecedentes medievais, como, por exemplo, para citar um espanhol, as *Ordenanzas de Barcelona*, de 1435, veremos que aí, quem pagava a comissão, era o cliente diretamente. O que ocorreu foi que, mais tarde, quando nasceram os agentes de seguro, que cobravam sua comissão das companhias, essa prática se uniformizou.

O que se passa com a remuneração na forma de honorários – que, naturalmente, não corresponde a normas consuetudinárias – é que sua introdução requer um certo esforço contratual no sentido de regular quando se tem direito ao pagamento – o que acontece se, por exemplo, há devolução de prêmio – e que serviços estão compreendidos.

Outra questão muitas vezes levantada em relação à remuneração dos corretores, no que toca à sua independência, são as famosas “comissões contingentes”, na terminologia norte-americana, e que acabaram ensejando um acordo multimilionário firmado pelas principais corretoras de seguros do país, à medida que passaram a operar de conformidade não com a conveniência do seu cliente, mas segundo a sua própria conveniência.

Um estudo realizado pela Direção Geral de Concorrência da Comissão Europeia em 2007 revelou que, em praticamente todos os países europeus, cobram-se “comissões contingentes”, ou seja, se o corretor alcança, em um ano, uma certa cifra de comissões, se ele obtém um número importante de contratos junto a uma companhia de seguros, ele faz jus a um *plus*, um adicional às comissões que já cobrou relativamente a cada um dos contratos singularmente considerados. Em alguns casos, considera-se também a pouca

sinistralidade. Examina-se a carteira do corretor e, se a sinistralidade verificada esteve abaixo da média, ele recebe uma remuneração maior.

Neste informe da Comissão Europeia, ainda que não passe de mera proposta, praticamente prevê-se a proibição dessas “comissões contingentes”. Isto não foi levado a cabo, no entanto, porque se acredita que isso poderia afetar a concorrência e, independentemente disto, gerar uma crise de mercado. O certo é que, apesar de as autoridades administrativas espanholas terem sido bastante beligerantes no sentido de coibir tais práticas, não se conseguiu, nem de longe, que desaparecessem do mercado.

Para terminar de entediá-los, gostaria enfim de me referir brevemente aos corretores de resseguro.

Vimos que os corretores, em sentido jurídico estrito (se é que se pode dizer de algum conceito jurídico que possa ser “estrito”, já que isto na realidade isto não ocorre), são profissionais independentes, que buscam a melhor alternativa para seu cliente. Entretanto, no que tange à corretagem de resseguro – e esta sim é uma denominação que impera, já que ninguém fala em “agentes de resseguro”, sempre em *brokers* ou corretores de resseguro – encontramos uma realidade bastante distinta.

O corretor de resseguro não trabalha com indivíduos, nem com empresas pequenas ou médias, mas somente com empresas que sabem do que estão falando, com seguradoras, as quais normalmente não precisam de assessoramento. Por isso, muitas vezes, um suposto corretor de resseguro, na realidade, trabalha para uma companhia resseguradora, ou para uma seguradora. Muitas vezes, sem estar claro se há vínculos acionários ou de participação, na prática ele pode operar só com uma resseguradora, sem operar com resseguros de outras entidades.

Há, pelo que eu conheço, realmente poucos corretores de resseguro. No Brasil, a Resolução CNSP 168/2007 refere-se à contratação direta ou à intermediação de um corretor tipificado exclusivamente como corretor do resseguro. Não se estabelece, pois, uma obrigação de conteúdo, mas também se limita, em certa medida, sua independência, à medida que o obriga a realizar uma oferta preferencial aos resseguradores locais, nos termos do art. 15 dessa resolução.

É certo que, posteriormente, a Resolução CNSP 173/2007 obriga o corretor de resseguros a informar, ainda que não se diga de que modo, se está vinculado a alguma entidade seguradora, mas – insisto – não lhe proíbe, simplesmente estabelece o dever de informar, nem lhe obriga, de modo algum, a buscar a melhor oferta. Trata-se, pois, de uma regulamentação meramente descritiva.

Na Espanha, os corretores de resseguro foram objeto de regulamentação, pela primeira vez, na lei de 2006, que tampouco fixou as suas obrigações próprias de corretores. Assim,

eles não enfrentam problemas com relação à sua vinculação com companhias de seguros, nem se defrontam com a obrigação de prestar análise objetiva.

Isto, em outros termos, demonstra que estamos diante de uma figura que, provavelmente, na prática, em muitos casos, não responderia ao nome de corretor. Se vale a pena que tentemos dar-lhe o nome que merece, esta é uma questão que eu não me atrevo a responder.

É isso, enfim, tudo o que eu havia me disposto a fazê-los sofrer. Agradeço a atenção de todos e coloco-me à disposição, caso tenham alguma pergunta a me fazer.

Muito obrigado.

## INTERMEDIÇÃO NOS CONTRATOS DE SEGURO E RESSEGURO: RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL DOS CORRETORES DE SEGURO E RESSEGURO

*Paulo Luiz de Toledo Piza*

*Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)  
Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS  
Advogado*

Boa tarde a todos!

1. Segundo um autor australiano, para fazer justiça ao tema da responsabilidade dos corretores de seguro e resseguro, um tratado deveria ser escrito.<sup>1</sup> Devo dizer, no entanto, que, ao menos no tocante ao corretor de seguros, esse tratado já existe. Foi escrito por ninguém mais ninguém menos que o Prof. José Maria Muñoz Paredes, que acaba de nos brindar com uma brilhante palestra sobre a intermediação nos contratos de seguro. Não há nenhum exagero em dizer, aliás, que, hoje, a maior autoridade na matéria, na literatura jurídica internacional, é justamente o Prof. José Maria Muñoz Paredes. Basta lembrar que, em junho de 2007, em Roma, ele recebeu o “Prêmio Internacional de Investigação Científica em Matéria

<sup>1</sup> Stuart Westgarth, “Duties and responsibilities of the insurance and reinsurance broker” in *Australian and New Zealand Maritime Law Journal*, v. 2, 1984, p. 45.

de Seguros”, conferido pela Seção Mundial da Associação Internacional de Direito do Seguro, pela publicação de sua obra *Los Corredores de Seguros*, editada pela Civitas.

Foi bastante prudente, portanto, de minha parte, sugerir que o nosso convidado preferisse antes a sua palestra. Pois se, por um lado, poderia parecer temerário dividir um painel com a maior autoridade no assunto, por outro isso torna mais simples minha participação. Afinal, já tendo sido o tema abordado de modo equilibrado, amplo e aprofundado, resta muito pouco ou quase nada a ser acrescentado, ou mesmo controvertido. O que me proponho, então, é considerar o tema, à luz do direito brasileiro atual, para traçar um panorama dos deveres e responsabilidades dos corretores de seguro e resseguro, em nosso país, discutindo, à vista da recente abertura de nosso mercado à exploração privada da atividade resseguratória, se existem peculiaridades a serem levadas em conta no que diz respeito à atuação do corretor de resseguro, em particular.

Nesse sentido, pretendo em primeiro lugar referir brevemente a legislação brasileira sobre a corretagem de seguro e resseguro, vale dizer, sobre o exercício dessa *atividade* normalmente dita de “intermediação”, para o efeito de identificar e, assim, focar mais detidamente o cabedal de normas que se voltam, mais propriamente, a disciplinar o *contrato* de corretagem de seguro e de resseguro. Com isso, segundo penso, poderemos constatar que, apesar de princípios e normas jurídicas importantes sobre a matéria encontrarem assento positivo, entre nós, a legislação, todavia, não dá conta de toda a multiplicidade de situações concretas que podem se verificar, e de fato se verificam, na realidade que, não custa lembrar, sempre devemos ter como pano de fundo.

Depois, numa segunda etapa, em contraponto, pretendo examinar, ainda que de modo genérico, indicativo, dadas as limitações de tempo, a legislação de alguns países, como Espanha e Inglaterra, e a correspondente experiência doutrinária e jurisprudencial. Com essa base, enfim, acredito que será possível tecer uma elaboração doutrinária um pouco mais aprofundada sobre o tema, que gostaria de discutir o mais detalhadamente possível com o auditório.

2. O Código Civil de 2002, em vigor, tratou da corretagem nos seus arts. 722 a 729. O tratamento não foi exaustivo. O propósito do legislador, claramente, foi o de disciplinar a corretagem em seus aspectos gerais, deixando para a legislação especial a disciplina particular das diferentes espécies de corretagem. No caso da corretagem de seguros, portanto, devemos recorrer a essas disposições do Código Civil conjuntamente com as disposições sobre a matéria encontráveis na Lei 4.594/64, no Decreto-Lei 73/66 e na Lei Complementar 126/2007, para o efeito de identificar a disciplina legal desse contrato.

O Decreto-Lei 73/66, como sabemos, é o diploma básico do mercado de seguros brasileiro. Ele dispõe sobre o Sistema de Seguros Privados no país e a ele se incorporou, modi-

ficando-o e complementando-o, a Lei Complementar 126/2007, isto é, a lei complementar em virtude da qual se operou a já mencionada abertura do mercado de resseguros no Brasil. A referência à Lei 4.594/64, por sua vez, não significa que iremos, aqui, tratar das exigências e requisitos atinentes ao exercício da profissão de corretor de seguro. Ocorre, porém, que nesse diploma encontram-se disposições versando não apenas sobre o exercício profissional, mas também sobre o contrato de corretagem, isto é, encontram-se algumas normas dispondo sobre alguns direitos, deveres, obrigações e responsabilidades dos corretores – e são estes dispositivos que ora mais nos interessam.

Diga-se, por oportuno, que a Lei 4.594/64 dispõe sobre a profissão do corretor de seguro, não havendo menção expressa ao corretor de resseguro – o que, talvez, se deva debitar ao fato de que, na época da sua edição, o então Instituto de Resseguros do Brasil – IRB – exercia o monopólio da atividade ressecutária no país e, ao mesmo tempo, era o órgão regulador das operações de resseguro, co-seguro e retrocessão. No entanto, apesar de a Lei 4.594/64 não aludir ao corretor de resseguro, especificamente, entendemos que, com relação aos direitos, deveres, obrigações e responsabilidades nela atribuídos ao corretor de seguro, também estão sujeitos os corretores de resseguro.

É verdade que o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP –, através da sua Resolução CNSP 173/2007, posterior à abertura do mercado de resseguros, dispôs especificamente “sobre a atividade de corretagem de resseguros”. Essa Resolução foi editada com fundamento no art. 2º da Lei Complementar 126/2007 a que nos referimos, que atribuiu *diretamente* ao CNSP, como “órgão regulador de seguros”, a regulamentação não apenas das operações de co-seguro, resseguro e retrocessão, mas também de “sua intermediação”. Mas a Resolução CNSP 173/2007, embora tenha pretendido tratar longamente da corretagem de resseguros, estabelecendo as condições e requisitos para o seu exercício no Brasil, não parece excluir a incidência da Lei 4.594/64, à medida que estabelece que o “responsável técnico das sociedades corretoras de resseguro” seja “corretor de seguros devidamente habilitado” (art. 9º, § único).<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Nunca é demais lembrar que tenha sido dotado determinado órgão da Administração de competência regulamentar, direta ou indiretamente, isto é, com ou sem a prévia edição de diploma regulamentador pelo Executivo, e mesmo sendo composto de representantes não apenas do Governo, mas também do mercado, isso jamais poderá implicar a possibilidade de que promova a inovação do ordenamento jurídico, ou seja, essa competência jamais terá o condão de abranger a edição de normas primárias. É o quanto, por exemplo, já manifestou a Advocacia-Geral da União no Parecer n. AGU/LA-01, de 29.2.1996, de Luiz Alberto da Silva, anexo ao Parecer n. CQ-104, da Advocacia-Geral da União, aprovado em 5.6.1996, intitulado “Liberação ao Capital Estrangeiro”. Cf. tb. Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, S. Paulo, Malheiros, 1998, p. 177 e ss. Aponta este autor, com apoio em Renato Alessi, que se compreende como função legislativa a de emanar estatuições primárias, que se impõem por força própria, autônoma. Segundo a Constituição Federal, ademais, é da competência privativa da União – vale dizer, indelegável – legislar, através do Congresso Nacional, entre outras, em matéria de direito civil e comercial e de política de seguros (art. 22, incs. I e VII).

Ou seja, o corretor responsável pela atuação da corretora de resseguros deve ser corretor de seguro. Deve ser um corretor de seguro devidamente habilitado, além de dispor, como também exige a Resolução, de comprovada experiência em corretagem de resseguros, de no mínimo dois anos, e domicílio no Brasil. O CNSP, além disso, na mesma data (17 de dezembro de 2007) em que editou sua mencionada Resolução sobre a atividade da corretagem de resseguros, também editou a Resolução CNSP 168/2007, que dispôs, mais amplamente, “sobre a atividade de resseguro, retrocessão e sua intermediação”. Essa Resolução, que traça, atualmente, a disciplina básica da indústria ressecutária no Brasil, comporta, como veremos, algumas poucas normas específicas sobre a corretagem de resseguros, ao aludir ao conteúdo mínimo dos contratos de resseguro.

Isso tudo, enfim, demonstra que, para que se possa estabelecer o quadro legal atinente à corretagem, devem-se buscar, a par das normas do Código Civil, as disposições sobre a matéria que se encontrem esparsas na Lei 4.594/64, no Decreto-Lei 73/66 e na Lei Complementar 126/2007, além da consideração do disposto nas mencionadas Resolução CNSP 173/2007 e Resolução CNSP 168/2007.

3. Frente a esse conjunto de disposições, pode-se dizer que a corretagem, no Brasil, corresponde, hoje, a um contrato legalmente típico, à medida que suas características gerais estão minimamente delineadas em lei, podendo-se identificar algumas subespécies contratuais, como a corretagem de imóveis, a corretagem de bolsa e a corretagem de seguros e resseguros. Contudo, deve-se reconhecer que a matéria não recebeu, entre nós, tratamento legislativo completo.

Em alguns países, seja de sistema jurídico romano-germânico, seja de sistema jurídico anglo-saxão, houve tratamento legislativo mais detalhado. É o caso, por exemplo, respectivamente, da Espanha, que conta com a Ley de Mediación en Seguros y Reaseguros Privados (Ley 26/2006 de 17 de julio), e da Inglaterra, que conta, hoje, com a *Law of Agency* de 9 de setembro de 2003, que se reconhece como aplicável à corretagem de seguros e resseguros.

A doutrina e a jurisprudência no Brasil, por outro lado, ainda não se aventuraram no tema do contrato de corretagem de resseguros especificamente, talvez em função do já mencionado monopólio. Mesmo com relação ao contrato de corretagem de seguros, aliás, são poucos os trabalhos publicados, entre os quais está um que escrevi em coautoria com o Dr. Ernesto Tzirulnik.<sup>3</sup> (Seria talvez mais preciso dizer que nesse trabalho eu coadjuvei o Dr. Ernesto.)

<sup>3</sup> “Comercialização de seguros: contratação direta e intermediação” in *Revista dos Tribunais*, ano 85, janeiro de 1996, vol. 723, pp. 67/98.

Esses trabalhos, sem dúvida, são úteis também para tratar dos corretores de resseguro, à medida que, essencialmente, os direitos, obrigações, deveres e responsabilidades dos corretores de seguro e resseguro se equivalem. Não fosse a similaridade de sua atuação concreta, o responsável técnico pela corretagem de resseguros, como já lembramos, deve ser corretor de seguro profissional, ou seja, habilitado ao exercício desta profissão junto à Superintendência de Seguros Privados – SUSEP.

Mas, ao menos na doutrina internacional, há quem discorde disso. Ao se referirem à Diretiva 2002/92 da União Europeia, em seus comentários ao Capítulo X da mencionada Ley de Mediación espanhola, que trata da corretagem de resseguros, Francisco Javier Tirado Suárez e María Amparo Sarti Martínez criticam-na por ter estendido o âmbito de sua aplicação aos intermediários de resseguro. Segundo eles, ao contemplar a definição objetiva de mediação de resseguros em termos análogos ao seguro, a Diretiva mostrou:

... um claro desconhecimento da mecânica operacional em matéria de distribuição e contratação de resseguro, já que normalmente as entidades seguradoras estão dispostas a receber o maior número possível de segurados predispostos por seus mediadores, enquanto as entidades resseguradoras normalmente têm uma política muito restrita de assunção de resseguro, posto que se faz necessária a análise do risco, de maneira que as entidades resseguradoras são as primeiras a detectar as situações de insolvência ou de crise das entidades de seguro.<sup>4</sup>

Realmente se verificam algumas práticas distintas, quando se confronta a corretagem de seguros e a de resseguros, mas elas representam divergências pontuais de atuação. É possível, em outros termos, num exercício de abstração típico da Ciência do Direito, tratar conjuntamente da corretagem de seguro e de resseguro, estabelecendo um conjunto de direitos, deveres, obrigações e responsabilidades comuns. Trata-se de algo, aliás, que o legislador brasileiro de 2002, como já dissemos, não deixou de fazer, embora num plano mais elevado, ao dispor sobre a corretagem em geral. Ou seja, ao estabelecer um conjunto básico de normas aplicável não só aos negócios entabulados por corretores de seguros e resseguros, mas também pelos corretores que atuam em outros mercados, como os de imóveis e de bolsa, para ficar apenas na chamada “corretagem institucional”. Pode-se, contudo, caminhar um pouco adiante e identificar alguma disciplina especial relacionada tanto à corretagem de seguros como à de resseguros. O que parece mais importante ressaltar, entretanto, é que, independentemente de diferenças pontuais de atuação entre os

<sup>4</sup> *Ley de Mediación en Seguros y Reaseguros Privados*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007, p. 562.

corretores de seguro e resseguro, *alguns deveres e obrigações são singularmente mais expressivos no caso do corretor de resseguro.*

4. O grande problema, porém, tanto no caso do corretor de seguro, como no caso do corretor de resseguro, e talvez muito mais no caso do corretor de resseguro do que no de seguro, já que ele se faz mais presente no cenário internacional, é a infinidade de situações específicas e particulares que, corriqueiramente ou não, podem se verificar.

Em outras palavras, a casuística é muito grande nesta matéria. O que torna difícil, senão praticamente impossível, o labor de detalhar e sistematizar todo complexo suficientemente amplo de princípios e normas capaz de dar conta de todos os aspectos negociais em questão; capaz, em outras palavras, de problematizar e oferecer soluções concretas para os conflitos que possam ter origem na atuação dos corretores de resseguro.

A própria lei espanhola, antes mencionada, ao tratar da corretagem de resseguros, no referido capítulo, a par de conceituá-la (art. 34) e de fazer remissão para o pactuado entre as partes (art. 36), dedica-se precipuamente a disciplinar não o contrato de corretagem, mas as condições e requisitos para o exercício dessa atividade. A rigor, ela parece fixar apenas duas obrigações de cunho negocial, qual seja, a de informar a parte sobre as condições do contrato que irá ser estipulado, e do que seja necessário à sua validade e eficácia, e a de servir como depositário dos valores recebidos (art. 37, item 2).

O direito inglês, entretanto, foi mais longe no sentido de estabelecer uma sistematização dos direitos, deveres, obrigações e responsabilidades dos corretores. Parece-nos mais profícuo, portanto, partir do exame da referida *Law of Agency*, com o intuito de enriquecer nossa compreensão acerca das principais práticas observadas, de modo geral, pelos corretores de resseguro.

A escolha de um regramento estatal estrangeiro para nos servir de base, aliás, não nos parece inadequada, mesmo que não tenhamos nos proposto a fazer um estudo de direito comparado, à medida que, salvo situações muito particulares, em geral relacionadas aos corretores que atuam no mercado do Lloyd's, as práticas de corretagem, também em matéria de resseguro, não destoam muito internacionalmente. Quanto à escolha do direito inglês, em particular, não obstante as diferenças em termos de sistema jurídico, ela se justifica, em nosso entender, antes de tudo, pelo fato de o mercado inglês ser, há muito tempo, uma das principais praças de seguro e resseguro no mundo, onde os corretores têm atuação destacada.

Os corretores ingleses, como todos sabem, contribuíram e ainda contribuem bastante, com sua atuação, para a estabilização e desenvolvimento do mercado inglês, além de frequentemente exportarem serviços e terem influenciado a regulamentação da atividade dos corretores de seguros e resseguros em outros países. O que pretendemos com isso, de todo

o modo, é, partindo da experiência inglesa, ajustar a realidade da atuação dos corretores de resseguro a determinados conceitos e categorias jurídicas com os quais trabalha nosso ordenamento, traçando os princípios centrais segundo os quais entendemos que deve ser apreciada a intervenção dos corretores de resseguro em nosso meio.

A discussão de temas como a exigência de boa-fé, deveres de diligência, correção, proteção e informação, em síntese, poderão desvendar ao menos um norte a partir dos quais lidar com a enorme gama de casos concretos que poderão suscitar a discussão do conteúdo e alcance das obrigações e responsabilidades dos corretores de resseguro.

5. O exame das disposições genéricas do Código Civil sobre a corretagem, quando se tem em mira a corretagem de seguros e de resseguros, deve ser cauteloso. De fato, pode-se dizer que o corretor de seguro e de resseguro, a teor do disposto no art. 722 do Código Civil, é alguém que, sem estar ligado a outra pessoa “em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência” obriga-se a obter para esta “um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas”.

Ocorre, porém, que a dicção aberta desse dispositivo deixa entrever a possibilidade de o corretor se ligar a qualquer dessas pessoas, por exemplo, ao interessado em vender um bem ou ao interessado na sua aquisição. Ao tratar da corretagem, com efeito, Fábio Ulhoa Coelho parte desde logo para a sua definição, assinalando que ela consiste:

... na atividade de aproximação entre as partes de um negócio. Quem quer vender uma coisa pode contratar o corretor para localizar alguém interessado em adquiri-la; do mesmo modo, aquele que deseja comprar algo também pode valer-se dos serviços de um corretor para encontrar a pessoa disposta a vender-lhe o bem procurado.<sup>5</sup>

O mesmo autor esclarece, logo em seguida, que:

O negócio de interesse das partes aproximadas pelo corretor pode ter qualquer objeto: de bens imóveis a serviços financeiros de câmbio, de *commodities* a seguro. O corretor é contratado por uma das partes (chamada *comitente*, *incumbente* ou *dono do negócio*) para achar a outra. Presta, assim, serviços a quem o contratou.<sup>6</sup>

Isto, todavia, não quer dizer que, em qualquer situação, o corretor de resseguro irá atuar para o ressegurador, assim como o corretor de seguro para o segurador. Antes, o corretor

<sup>5</sup> *Curso de Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 297.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 298.

de resseguro é acionado pela seguradora interessada na proteção ressecuritária (ou, como é mais usual dizer, embora de maneira menos precisa,<sup>7</sup> pela seguradora interessada na “cessão”, isto é, a “cedente”), do mesmo modo que o corretor de seguro pelo interessado na proteção securitária.

Aliás, o corretor de seguro que vier a atuar para o segurador deixa, ao fazê-lo, de exercer as funções de corretor de seguro, passando a figurar como uma espécie de “agente de seguros”, figura, a propósito, que, em nosso país, diferentemente de outros, não recebeu tratamento legal ou regulamentar adequado.<sup>8</sup> No mercado internacional, porém, e principalmente em matéria de resseguro, é mais frequente encontrar situações em que os corretores, de algum modo, fazem as vezes do ressegurador (notadamente de sindicatos de *underwriters* do Lloyd’s). Eles recebem as chamadas *authorities*, uma espécie de delegação de poderes para que aceitem negócios em nome do ressegurador.<sup>9</sup>

Isto, em regra, faz surgir para o corretor uma obrigação específica, de informar o interessado na colocação de um resseguro de que dispõe dessa *authority*, e não necessariamente privilegiar o ressegurador ou *underwriter* que a concedeu. Há, em outros termos, uma preocupação em preservar, sem embargo das exigências que a prática possa colocar para que

<sup>7</sup> O emprego de termos como “cessão” e “cedente” para significar a chamada “transferência de risco” do segurador para o ressegurador, embora consagrados na prática, são juridicamente inadequados. Já dizia Pontes de Miranda, no seu *Tratado de Direito Privado*, S. Paulo, RT, 1984, v. 46, p. 119: “O resseguro é inconfundível com a transferência da posição jurídica do segurador a outrem, que sucede ao segurador nas relações jurídicas com o contraente do seguro ou com o beneficiário. Não há transferência de contrato, nem cessão, no resseguro. A prática emprega a palavra ‘cessão’ em sentido atécnico, econômico, e não jurídico, o que se deve evitar, energeticamente”. Sempre é bom lembrar, aliás, que o risco a que se refere o contrato de resseguro é um risco próprio do segurador, não se confundindo com o risco ou riscos dos segurados destes. Cf., a este respeito, nosso *Contrato de Resseguro*, S. Paulo, EMTS, 2002, p. 179 e ss.

<sup>8</sup> A distinção entre as figuras do corretor de seguro e do agente de seguros, entre nós, já era ressaltada por Ângelo Mario Cerne, *O Seguro Privado no Brasil*, Francisco Alves, Rio, 1973, p. 85, e já foi levada em conta nos pretórios, como se verifica nesta passagem de ementa do STJ: “Inexiste equivalência entre o conceito de corretor de seguro e o de agente autônomo de seguros privados, cujas atividades são disciplinadas pelos regimes jurídicos estabelecidos, respectivamente, no Decreto-Lei 73/1966 e na Lei 4.886/1965” (REsp 1.039.784/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., j. 7.5.09, DJE 19.6.09). Vale ressaltar, no entanto, que a Lei 4.886/65, citada neste decisório, regula a figura do representante comercial. Em nenhum diploma se alude, com especificidade, à figura do “agente de seguros” mencionada, que aparece, no entanto, no art. 775 do Cód. Civil, de onde inclusive se extrai a diferenciação de papéis entre ele e o corretor de seguro.

<sup>9</sup> Sobre a distinção entre *biding authority* e *open cover*, ver P. T. O’Neil e J. W. Woloniecki, *The Law of Reinsurance*, Londres, Sweet & Maxwell, p. 419 e ss. No direito inglês, distingue-se ainda entre a *actual authority*, expressa ou implicitamente conferida ao corretor, a *usual authority*, limitada pela imposição de restrições de poderes ao corretor, mas ineficazes quando não comunicada a terceiros, a *apparent authority* ou *ostensible authority*, que correspondem à atividade do corretor exorbitante da sua *actual authority* ou da sua *usual authority*, mas que pode ser ratificada por “act, representation or acquiescence” do cliente, preclusivos de sua posterior contestação por efeito de “estoppel” e “custom-trade usage authority”, que investem o agente de poderes consoantes os usos do mercado em que ele opera.

haja maior celeridade na contratação e uma gestão mais eficaz dos contratos de seguros e resseguros, a independência do corretor.

O assunto, a propósito, não passou despercebido da regulamentação brasileira sobre o mercado de resseguros. A já mencionada Resolução CNSP 168/2007, com efeito, depois de estabelecer, no seu art. 35, que, nos contratos de resseguro, frutos da atuação de corretores de resseguro, não se podem conferir aos corretores de resseguro “poderes ou faculdades” que possam ir “além daqueles necessários e próprios ao desempenho de suas atribuições como intermediários independentes na contratação de resseguro”, impôs, no art. 36, a previsão de cláusula, nesses contratos, para definir “se a corretora está ou não autorizada a receber os prêmios de resseguro, ou a coletar o valor correspondente às recuperações de indenizações ou benefícios”.

Recorrendo-se, enfim, à literatura internacional, a principal informação que se irá colher é a de que o corretor de resseguro tem como cliente a cedente, que responde pelo pagamento de sua comissão (ainda que venha a ser-lhe repassada, como acontece em matéria de seguro, pelo segurador, por ter sido paga juntamente com o prêmio, isto é, por consistir num carregamento). Só excepcionalmente, portanto, o corretor será convocado a atuar pelo ressegurador.

6. Voltando, agora, para a mencionada Resolução CNSP 173/2007, vale destacar que ela define não o corretor de resseguro, mas a corretora de resseguro, como “a pessoa jurídica legalmente constituída e domiciliada no País, na forma da legislação em vigor, autorizada a intermediar operações de resseguro e retrocessão”. Essa resolução, como se vê, não alude à atuação da pessoa física na corretagem de resseguros, ante o que importa anotar que não existe, em nível legal, impedimento nesse sentido, apenas um vácuo regulamentar.

Poder-se-ia dizer, pois, mais exatamente, que o corretor ou corretora de resseguros é a pessoa, especializada na técnica ressecuritária, que, mediante solicitação da cedente, formula junto ao ressegurador a proposta de resseguro correspondente ao interesse a ser garantido, assim promovendo a celebração do contrato de resseguro, o qual, uma vez concluído, lhe permitirá fazer jus à comissão de corretagem. É a isto que se alude quando se fala na “colocação” (*placement*) de um seguro.

Em princípio, a comissão só será devida uma vez concluído o contrato, consoante o disposto nos arts. 724 a 728 do Código Civil e, de modo geral, conforme a própria praxe de mercado. Este, entretanto, é um ponto que extravasa os limites desta exposição. Res-salva apenas lembrar que, do mesmo modo que a corretagem de seguros, a corretagem de resseguros não é obrigatória, seja à luz do que dispõe o art. 726, seja à luz da própria

Lei Complementar 126/2007, que no *caput* do seu art. 8º admite a contratação direta de resseguro e retrocessão.

Mas a definição que demos de corretor de resseguro poderia também ser criticada, do ponto de vista de nossa própria legislação, à medida que identifica na cedente o cliente do corretor de resseguro. Esta identificação, afinal, não se compadeceria com as exigências de independência do corretor postas em nosso ordenamento jurídico. Como já se disse, a Resolução CNSP 173/2007, assim como o art. 1º da Lei 4.594/64 e o art. 122 do Decreto-Lei 73/66, conceitua o corretor de resseguro e de seguro utilizando sempre o vocábulo “intermediário”. A redação destes dois dispositivos é similar. Confira-se o segundo deles:

Art. 122. O corretor de seguros, seja pessoa física ou jurídica, é o intermediário legalmente autorizado a angariar e promover contratos de seguro entre as Sociedades Seguradoras e as pessoas físicas ou jurídicas de Direito Privado.

Referido art. 1º da Lei 4.594/64 mencionava também, como ainda menciona, as pessoas jurídicas de Direito Público. Note-se, ainda, que o Decreto 60.459/67, que regulamentou o referido Decreto-Lei 73/66, repetiu a mesma fórmula ao conceituar o corretor, mas a ele também se reporta como “profissional autônomo”. Seja como for, a legislação acentua, ao conceituar o corretor, que ele atua como um “intermediário”, o que é comumente repetido na doutrina civilista, mas foi considerado incorreto pelo já citado Fábio Ulhoa Coelho, para quem:

O corretor não é intermediário, porque não adquire o bem de um dos interessados no negócio para revendê-lo ao outro. Ele apenas aproxima as partes (comprador e vendedor; locador e locatário; exportador e armador; seguradora e segurado etc.), prestando serviço a uma delas. É indispensável à caracterização da intermediação que o objeto da negociação (mercadoria ou serviço) integre, pelo menos momentaneamente, a propriedade do intermediário. Sem isso, não há intermediação, econômica ou jurídica. Por outro lado, o intermediário não é remunerado pelas partes, mas ganha com a diferença entre o preço pago pelo bem ou serviço e o recebido na revenda. O corretor, ao contrário, é remunerado pelo incumbente, via de regra por percentual sobre o valor do negócio que ajudou a viabilizar.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Op. cit., p. 298.

É tradicional, todavia, a referência ao corretor de seguro e resseguro como intermediário, e certamente não no sentido de “atravessador”, mas como o de alguém que se posiciona entre dois polos, o proponente, de um lado, e o virtual segurador ou ressegurador, de outro. É conhecida a imagem de Soler Aleu, que equipara o corretor ao ginete, ao jóquei que cavalga dois cavalos que correm paralelamente.<sup>11</sup> A legislação especial, em outras palavras, refere-se ao corretor como um “intermediário” para transmitir a ideia de que deve haver uma equidistância entre ele e o proponente, de um lado, e o segurador, de outro. O corretor, ao exercer suas funções, não se vincularia nem a um, nem a outro.

Nesse sentido, o art. 722 do Código Civil, como já se apontou, alude ao corretor como a pessoa que atua sem vínculo de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência. No que tange ao distanciamento que deve haver entre o corretor e a seguradora, porém, a legislação é mais explícita. A Lei 4.594/64, por exemplo, dispõe no seu art. 17:

Art. 17. É vedado aos corretores de seguros:

- a) aceitarem ou exercerem emprego de pessoa jurídica de direito público, inclusive entidade paraestatal;
- b) serem sócios, administradores, procuradores, despachantes ou empregados de empresas de seguro.

Parágrafo único. O impedimento previsto neste artigo é extensivo ao sócio e diretor de empresas de corretagem.

O Decreto-Lei 73/66, por sua vez, confirma o impedimento, ao dispor:

Art. 125. É vedado aos corretores e seus prepostos:

- a) aceitar ou exercer emprego de pessoa jurídica de Direito Público;
- b) manter relação de emprego ou de direção com Sociedade Seguradora.

Parágrafo único. Os impedimentos deste artigo aplicam-se também aos Sócios e Diretores de Empresas de corretagem.

Coerentemente com isso, o mesmo Decreto-Lei 73/66, em seus arts. 126 e 127, refere-se à responsabilidade civil, de um lado, e, de outro, à responsabilidade profissional do corretor de seguro, dizendo que ele responde, no primeiro caso, tanto perante os segurados quanto perante as seguradoras e, no segundo, perante a SUSEP, nos termos seguintes:

<sup>11</sup> Cf. *Agentes y Productores de Seguros*, B. Aires, Astrea, 1981, p. 27.

Art. 126. O corretor de seguros responderá civilmente perante os segurados e as Sociedades Seguradoras pelos prejuízos que causar, por omissão, imperícia ou negligência no exercício da profissão.

Art. 127. Caberá responsabilidade profissional, perante a SUSEP, ao corretor que deixar de cumprir as leis, regulamentos e resoluções em vigor, ou que der causa dolosa ou culposa a prejuízos às Sociedades Seguradoras ou aos segurados.

No nível regulamentar, especificamente com relação aos corretores de resseguro, como já lembramos, a Resolução CNSP 168/2007, que traz a “regulação”, como hoje gostam de dizer, básica da atividade ressecuritária no Brasil, por um lado vedou a conferência, aos corretores de resseguro, de funções que fossem além das consideradas próprias ao desempenho de sua atividade “como intermediários independentes na contratação de resseguro”. E por outro lado impôs a previsão de cláusula, nos contratos de resseguro resultantes da intermediação por corretoras de resseguro, para definir se elas estão autorizadas ou não ao recolhimento de prêmios de resseguro, e ainda se elas estão autorizadas ou não ao recolhimento das indenizações ou recuperações de resseguro.

Pode-se, enfim, dizer que, respondendo perante um e outro, perante as duas pessoas que aproxima, perante segurado e segurador, e perante cedente e o ressegurador, evidencia-se mais uma vez o intento de nossa legislação em caracterizar o corretor como um profissional independente. Mas é importante considerar, desde logo, que a distinção responsabilidade civil, de um lado, e responsabilidade profissional do corretor, de outro, obscurece a circunstância de que, como veremos mais à frente, estamos, a rigor, diante de uma categoria especial de responsabilidade civil, ou seja, estamos diante de um caso típico de *responsabilidade civil profissional*.

7. Considere-se, a propósito, que o Código Civil de 2002, não no capítulo dedicado à corretagem, mas no capítulo dedicado ao contrato de seguro (Capítulo XV), mais precisamente no seu art. 775, refere-se aos “agentes autorizados do segurador”, que se presumem seus representantes “para todos os atos relativos aos contratos que agenciarem”. O corretor de seguro, entretanto, não pode ser identificado a esses agentes. Colocando-se de outro modo, se algum corretor profissional atuar desse modo, simplesmente não estará atuando como corretor de seguro.<sup>12</sup>

Mas se o corretor de seguro é visto como “intermediário”, na acepção já lembrada, estando impedido de manter qualquer espécie de relacionamento com as sociedades se-

<sup>12</sup> Cf., sobre o assunto, Ernesto Tzirulnik, Flávio Queiroz e Ayrton Pimentel, *O Contrato de Seguro de acordo com o novo Código Civil Brasileiro*, S. Paulo, RT, p. 98 e ss.

guradoras, a legislação especial, por outro lado, não deixa de reconhecer que o corretor de seguro atua para o segurado. Isto é, ele tem como cliente, por assim dizer preferencial, o segurado, o que não é peculiaridade de nossa legislação.<sup>13</sup> A Lei 4.594/64, em seu art. 18, já indica que a atuação do corretor haveria de ocorrer, em princípio, em proveito do segurado, ao dispor:

Art. 18. As sociedades de seguros, por suas matrizes, filiais, sucursais, agências ou representantes, só poderão receber proposta de contrato de seguros:

- a) por intermédio de corretor de seguros devidamente habilitado;
- b) diretamente dos proponentes ou seus legítimos representantes.

No mesmo sentido, corre o texto do art. 9º do Decreto-Lei nº 73/66:

Art. 9º Os seguros serão contratados mediante propostas assinadas pelo segurado, seu representante legal ou por corretor habilitado, com emissão das respectivas apólices, ressalvado o disposto no artigo seguinte.

O corretor de seguro, enfim, é antes de tudo responsável pela apresentação, ao segurador, da proposta de seguro do segurado, a qual fundamentará a confecção da apólice. Em certo sentido, portanto, o corretor firma a proposta como se segurado fosse. Isto não faz dele, como já tivemos ocasião de sustentar, um mandatário dos segurados, mesmo quando tenha assinado a proposta:

... não parece acertada a tese de que o corretor é mandatário dos segurados por força de lei, nem dos seguradores. Exclusivamente quando assina a proposta (no Brasil, invariavelmente em nome do segurado), o corretor o faz não em função de um mandato legal, mas da aceitação, pelo direito, de uma praxe da intermediação que permite presumir a existência de uma espécie de mandato tácito, mas perfeitamente recepcionável como mero ato de comprovação da intermediação.<sup>14</sup>

É importante, de qualquer modo, ter em mente justamente o fato de que o corretor atua, em regra, em proveito de uma pessoa que reveste uma qualidade específica, o segura-

<sup>13</sup> Cf., p. ex., na Espanha, o art. 26.1 da citada Ley 26/2006; na França, o art. R. 511-2-1 do Code des Assurances; na Itália, o art. 109, n. 2, letra "b", do Codice delle Assicurazioni Private; na Alemanha, o § 48 do VVG.

<sup>14</sup> "Comercialização de Seguros", cit., p. 77.

do ou, em nosso caso, a cedente. Mas sem manter, com essa pessoa, ou com quem busca a colocação do seguro ou do resseguro, qualquer espécie de vínculo.<sup>15</sup> Isto porque a sua atuação, que a rigor até pode ser dispensada, legitima-se pela sua *habilitação técnica*. Vale dizer, encontra justificativa precisamente no fato de suprir o segurado, ou mesmo a cedente, do conhecimento do mercado, dos operadores e de suas práticas, assim como dos produtos e programas de seguro e resseguro disponíveis ou que podem ser modelados, empregando a técnica mais apropriada.

Por esta ordem de razões é que, invocando uma instigante monografia de Luis Diez-Picazo y Ponce de Leon, em nosso já lembrado trabalho, nos referimos da seguinte maneira ao corretor:

Parece mais acertado, em função disso tudo, o entendimento de que se trata de intermediários que, tanto em favor de um, quanto de outro contratante, exercem *arbitrio no momento da formação contratual* e têm de prestar serviços técnicos que se estendem à fase de execução do contrário. Esse arbitrio decorre de longa tradição e subordina-se à convalidação das partes, isto se não houver mandato escrito outorgado por uma delas.<sup>16</sup>

Entendê-se por arbitrio, evidentemente, não a arbitrariedade, mas a atuação equilibrada no sentido de acomodar oferta e aceitação, ou seja, de promover o encontro adequado entre aquele que carece de proteção e aquele que a comercializa. Ou seja, o corretor deve

<sup>15</sup> Não se caracteriza, inclusive, vínculo ou relação de representação. Conforme registramos no artigo citado na nota anterior: "A idéia, geralmente aceita no Brasil, é a de que o corretor é mandatário do segurado para a contratação do seguro, assim como do segurador, para a emissão de manifestação de cobertura provisória (nota de seguro). Analisando situações correntes, como a do corretor que recebe do segurado a notícia de que este quer assegurar um determinado veículo que está comprando e lhe pede para obter o melhor negócio, quando então o corretor faz uma cotação com diversas seguradoras, recebendo de uma, com quem pouco ou nada opera, a condição mais favorável, não vemos como falar em mandato. É que o corretor, após informar as diversas opções para o segurado, sem maiores formalidades, costuma dar imediata cobertura pela seguradora que teria a condição mais favorável, antes mesmo da apresentação da proposta, que poderá assinar e, portanto, antes da aceitação. Aí não vemos como caracterizar o mandato. Nem a comissão, nem a locação de serviços, nem a representação, nem a simples intermediação, embora um pouco de todos esses institutos possa revelar a atuação do corretor de seguros. É, como propõe Antônio Carvalho Neto, um contrato *sui generis*: *O corretor realiza atos semelhantes ao locador de serviços, mas não é, propriamente, um empregado, nem a mediação um contrato de trabalho; pratica as atividades características de um mandatário, porém, não é um procurador; age, em certos aspectos, como um representante comercial, todavia não se confunde com ele; faz tarefas de comissário, contudo, não é tal* (*Contrato de mediação*, Saraiva, São Paulo, 1956, p. 86). E sobre as regras que devam ser aplicadas para solucionar questões a respeito da intermediação, salienta o mesmo autor: *Os autores, na ausência de normas expressas e especiais, a solverem as disputas, são unânimes em opinar se recorra aos princípios gerais do direito, à analogia e aos usos e costumes* (p. 87)" (nota 35).

<sup>16</sup> Idem, p. 80.

promover um *arbitramento negocial*, atuar de maneira prudente, diligente e, mais do que isso, com muita técnica ou, em uma palavra, na qual iremos ainda insistir bastante, com destacada *perícia*. A peculiaridade do dever de diligência do corretor é, precisamente, o que queríamos ressaltar, aqui, em matéria de corretagem de seguros e, mais ainda, em matéria de corretagem de resseguros.

Esse dever de diligência, a propósito, vem já expresso no art. 723 do nosso Código Civil – e, como visto, perpassa todas as disposições encontráveis na legislação especial acerca da corretagem de seguros e de resseguros. Vale conferir o teor desse dispositivo:

Art. 723. O corretor é obrigado a executar a mediação com a diligência e prudência que o negócio requer, prestando ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento dos negócios; deve, ainda, sob pena de responder por perdas e danos, prestar ao cliente todos os esclarecimentos que estiverem ao seu alcance, acerca da segurança ou risco do negócio, das alterações de valores e do mais que possa influir nos resultados da incumbência.

O conteúdo e o alcance desse dever de diligência, porém, devem ser compreendidos de maneira por assim dizer extrema, mais enfática ainda do que na corretagem em geral e na corretagem de seguros, em matéria de corretagem de resseguros.

8. É nesse ponto que vale a pena percorrer a sistematização ensaiada no direito inglês sobre os deveres e responsabilidades dos corretores, a partir de um exame, ainda que rápido, da *Law of Agency*. Esclareça-se, aliás, desde logo, que a tradução por assonância de “agency” não significa, evidentemente, que o corretor de seguro deve ser equiparado ao “agente”, no sentido técnico em que se utiliza esta palavra, entre nós, pelas razões já apontadas.

O tratamento dado pela *Law of Agency* às obrigações dos corretores, evidentemente, não exclui outras que possam ser convencionadas entre ele e seu cliente. Vamos nos ater, aqui, no entanto, às obrigações mais gerais a que eles estão sujeitos, que a doutrina inglesa costuma destacar.

#### a) Obrigação de obter o negócio (*The duty to carry out the business undertaken*)

Essa é normalmente a primeira obrigação do corretor que, à vista da *Law of Agency*, a doutrina inglesa costuma referir. O corretor está sujeito à obrigação de “intermediar” (buscar) as operações que lhe foram confiadas e, assim, levar a efeito a contratação do seguro ou resseguro nas condições solicitadas pelo cliente.

O cliente pode ter dado ao corretor instruções específicas quanto à companhia ou sindicato que deseja ter como segurador ou ressegurador, caso em que o corretor deve seguir precisamente suas instruções. Por exemplo, se foi instruído a providenciar o seguro pelo seu valor de novo e celebra um seguro a valor atual, o corretor estará sujeito a responder.

Ele poderia apresentar a justificativa de que o seguro solicitado não encontrava colocação, do que, todavia, lhe cumpriria informar o quanto antes a seu cliente. Se o seguro não pode ser obtido nas condições particularmente especificadas pelo cliente, o corretor deve (após consultá-lo) ajustar o seguro nas condições mais adequadas dentre as que forem possíveis obter.

Notem que, em matéria de resseguro, não raramente, o *wording* efetivamente praticado pelo ressegurado contatado pelo corretor é enviado à cedente bastante tempo depois de iniciada a vigência do resseguro. A regulamentação brasileira, a propósito, exige que sejam disponibilizados em 180 dias da contratação. É o que consta do art. 37 da Resolução CNSP 168/2007, que já mencionamos, isto é, de nosso por assim dizer diploma básico, embora de cunho regulamentar e não legal, sobre a atividade de resseguros:

Art. 37. A formalização contratual das operações de resseguro deverá se dar em até 180 (cento e oitenta) dias do início da vigência da cobertura, sob pena de esta não ser considerada, para todos os fins e efeitos, desde o seu início.

§ 1º. O disposto no *caput* deste artigo não exime a cedente de fazer prova junto à SUSEP, da operação de resseguro, a qualquer tempo, se assim lhe for exigido.

§ 2º. O aceite do ressegurador ou resseguradores, na proposta de resseguro [sic] é prova da cobertura contratada.

§ 3º. Do contrato deverão constar a data da proposta, a data do aceite e a data da vigência da cobertura, especificando ainda o local que será usado como referência para a definição de hora de início e término do contrato.

Poderá haver, evidentemente, casos em que a obtenção do negócio de seguro ou resseguro pelo corretor não possa corresponder exatamente às instruções dadas pelo cliente, sem embargo do que, no entanto, poderão estar disponíveis no mercado oportunidades negociais bastante próximas das solicitadas. Poderá haver, em outros termos, algum espaço para discricionariedade, quando se espera que o corretor observe as regras ordinárias da experiência (*the ordinary course of business*), visando sempre à obtenção do melhor negócio para seu cliente.

Além disso, o corretor deve, na medida do possível, apresentar cotações diversas a seu cliente e aconselhá-lo expondo as vantagens e desvantagens de determinados produ-

tos, assim como de determinados seguradores e resseguradores. Os contratos de seguro e resseguro devem, todavia, ser intermediados rapidamente, em prazo adequado. Se o corretor atuou ou não com a agilidade necessária, isto dependerá de fatores como o risco a ser assegurado, estar ou não protegido o cliente durante esse período, a acessibilidade ao seguro etc.

### b) Obrigação de atuar com adequada diligência e cautela (*The duty to exercise reasonable skill and care*)

Segundo a doutrina inglesa, o padrão de diligência e cuidado que se requer equivale ao que é normalmente adotado por corretores de reconhecida competência profissional. O que a princípio se deve ter em mente, assim, é a prática normalmente adotada pelos corretores de seguro. Na maioria dos casos, ao assim atuar, o corretor terá atingido o padrão mínimo requerido. Entretanto, em circunstâncias excepcionais, o atendimento normalmente conferido pode não ser suficiente, ou seja, um padrão de atendimento mais elevado por vezes pode e deve ser empregado.

É este o caso quando o corretor enfatiza sua especialização num determinado ramo do seguro, relativamente a outros corretores, ou no caso da corretagem de resseguros. Mas também numa multiplicidade de situações, como, por exemplo, quando a mesma corporação de corretagem atua como intermediário do seguro e do resseguro facultativo correspondente à exposição gerada para a seguradora da colocação desse seguro.

Um corretor deve, além disso, cuidar para que qualquer segurador ou ressegurador, junto ao qual promove a colocação de um seguro ou resseguro, seja patrimonialmente sólido.

Embora seja exigida autorização estatal prévia para o funcionamento de sociedades seguradoras, e embora se encontrem elas sob controle e fiscalização do Poder Público, particularmente no que diz respeito a negócios de longa duração uma avaliação mais aprofundada sobre a situação patrimonial da companhia deverá ser necessária. Podem mostrar-se particularmente relevantes informações como o país em que determinado ressegurador tem sua sede, seu capital social, sua receita de prêmios, seus balanços semestrais ou anuais, a gestão de seus ativos, os investimentos que realiza etc.

Estes últimos pontos evocam a lembrança do recente caso da AIG, mas um caso talvez mais interessante, próximo de nós, anterior à abertura de mercado, é o caso *Halvanon Insurance Company*, que retrocedeu responsabilidades ressecuritárias para seguradoras brasileiras, no período em que estas foram autorizadas, pelo então IRB – Instituto de Resseguros do Brasil –, a atuar como retrocessionárias de resseguro estrangeiro, a fim de obter experiência

junto ao mercado internacional. A ideia era, aos poucos, preparar o mercado segurador nacional para atuar, futuramente, num mercado aberto de resseguros no país.<sup>17</sup>

Essa experiência mostrou-se, todavia, um verdadeiro descalabro, pois seguradoras e, mesmo, grupos de seguradoras brasileiras, mal assistidas por determinados *brokers* ingleses, acabaram ficando com os piores negócios do mercado. A referida Halvanon era uma empresa de origem israelense, cuja matriz estava em liquidação em seu país, mas cuja filial em Londres ainda operava. Esta retrocedeu para o mercado internacional boa parte de suas responsabilidades ressecuritárias, para tanto maquiando estatísticas animadoras a respeito desses negócios, a fim de distribuir o que, depois, se revelou ser o lixo do negócio ressecuritário internacional.

Voltaremos adiante a discutir esse caso, valendo ressaltar, por ora, que o corretor mais diligente, suficientemente informado sobre a situação econômica e financeira dessa empresa, estava em condições de alertar, aos interessados em garanti-la como retrocedentes, que a empresa, também em Londres, encontrava-se em situação pré-falimentar, e que as responsabilidades que se pretendia retroceder diziam respeito a negócios subscritos sem observância de critérios técnicos mínimos, mas em função do desespero, da necessidade de fazer caixa. Acontece, porém, que os *brokers* haviam recebido *biding authorities*, fazendo mau uso deste instrumento.

O corretor, importa acrescentar, deve também conhecer bem o Direito do Seguro. Afinal, compete-lhe antes de tudo buscar a celebração de contratos de seguro válidos. Isto normalmente faz parte da diligência (*reasonable skill*) que se espera do corretor. O corretor deve estar consciente de exigências como a boa-fé especialíssima (*utmost good faith*) ressaltada pela doutrina jurídica, assim fornecendo ao segurador todas as informações que lhe sejam relevantes.

Entretanto, ele não deve se colocar como um especialista em direito do seguro, de maneira que, com relação a qualquer dúvida ou problema, que se possa verificar, ele deve reportar-se a um advogado. Caso deixe de fazê-lo, poderá ser tido como responsável pela incorreção ou imprecisão da informação ou parecer que tiver dado.

### c) Obrigação de atuar diretamente (*The duty to effect the contract personally*)

O conteúdo que em geral se aponta a respeito desta obrigação é o de que o corretor deve ajustar o contrato de seguro pessoalmente mesmo, ou seja, não empregar subcontratados.

<sup>17</sup> Sobre o assunto, cf. nosso "Mercoseguros: Integração e Ordem Pública" in Paulo Borba Casella (org.), *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL*, S. Paulo, LTr, 1996, esp. p. 619 e nota 47, à mesma página. A aceitação, pelas seguradoras brasileiras, de riscos contraídos no exterior, na condição de retrocessionárias, foi possibilitada pela edição de três circulares da Presidência do IRB, a Circular PRESI 71 e a Circular PRESI 74, ambas de 1972, e a Circular PRESI 60, de 1975.

Entretanto, a doutrina inglesa apresenta exceções a esta regra, referindo-se em geral às seguintes situações: quando o cliente tenha expressamente autorizado o corretor a delegar suas funções; quando a delegação de funções em determinados casos consistir numa prática comum de mercado; quando se faz necessária a delegação de determinadas funções para que o contrato seja adequadamente celebrado, e, enfim, quando se está diante de situações emergenciais em que é absolutamente necessário empregar subcontratados, a exemplo do corretor acometido de doença grave.

No âmbito da corretagem de resseguros, podem-se verificar situações em que o corretor encarregado da estruturação de um painel de resseguradores internacionais tenha de socorrer-se de outros mercados, aos quais não tenha acesso direto. Assim, por exemplo, um corretor, verificando que não será possível a colocação integral da garantia apenas junto a resseguradores nos EUA, onde opera, poderá valer-se de corretores na Europa para a consolidação da proteção ressecuritária.

#### d) Dever de atuar com boa-fé (*The duty to act in good faith*)

O corretor deve atuar de boa-fé. Esta é uma referência que já galgou foros de lugar comum, mas é importante ressaltar que os contratos de seguro e resseguro, objeto de sua intermediação, são contratos em que a boa-fé reverbera fortemente e a todo o tempo, desde antes da sua celebração até depois de encerrada a sua vigência.

Já desde as primeiras tratativas, as partes que procuram ajustar um contrato de seguro devem agir com essa boa-fé especialíssima, colocando-se em relevo a necessidade de transmissão ágil de informações suficientes e o mais precisas possível sobre o interesse e a ser garantido e sobre as condições dessa colocação. Isso coloca bem em evidência que o corretor deve atuar com especial boa-fé, mais não fosse porque ele se coloca no centro desse canal de transmissão de informações.

Além disso, parece claro que o corretor não deve fazer uso dessa sua posição em seu próprio benefício, valendo examinar, neste contexto, ao menos três situações singulares: a possibilidade de haver conflito entre os interesses do corretor e os de seu cliente, a prática das chamadas comissões “por fora” e a importância da preservação das informações confidenciais e estratégicas do cliente a que o corretor possa ter acesso.

No tocante ao primeiro ponto (conflito de interesses), o corretor deve assegurar que seus interesses pessoais não entrem em conflito com o exercício de suas obrigações para com seu cliente. Ele deve sempre atuar no interesse do cliente, não lhe cabendo ajustar remunerações diversas ou superiores à comissão de corretagem normalmente aplicável, exceto se, depois

de ter esclarecido a situação junto a seu cliente, tiver a permissão deste para auferir um comissionamento diversificado.

O corretor deve, pois, atuar sempre no interesse do seu cliente, mesmo que mantenha uma relação privilegiada com determinados seguradores, não devendo atuar sob *binding authority*, a menos que isto seja apropriado aos interesses do seu cliente interessado na obtenção da proteção securitária ou ressecuritária.

Às vezes, porém, comissões “por fora” (*contingent commissions*) são ajustadas e seu recebimento, sem o conhecimento do cliente, podem consistir, nos termos da doutrina inglesa, uma espécie de “suborno” (*bribe*). Estas comissões extraordinárias geralmente se voltam a influenciar o corretor a atuar de maneira diversa da indicada, tendo em vista o melhor interesse do cliente. Ao tomar conhecimento de que seu corretor aceitou essas comissões, entende-se que o cliente pode rescindir a relação de corretagem sem aviso prévio, sem o pagamento de qualquer comissão, e sem prejuízo do ajuizamento das ações judiciais cabíveis contra ele e eventualmente contra os demais envolvidos.

No já referido *caso Halvanon*, por exemplo, tudo indicava que essa empresa seguradora, diante de sua precária situação econômico-financeira, logo desejosa de captar recursos o mais rapidamente possível, para assim escapar à intervenção do órgão fiscalizador, além de conferir *binding authorities* a diversos *brokers* para, em seu nome, subscreverem o maior volume possível de negócios, sem se preocupar com as competentes análises de risco e atuarial, ofereceu-lhes, ainda, comissões de corretagem extraordinárias, além de gratificações sedutoras.

Ressalte-se, por fim, com o escopo de avançar um pouco mais na discussão do conteúdo da obrigação de boa-fé com que deve atuar o corretor, é também sempre lembrado pela doutrina inglesa que ele não deve fazer uso de qualquer informação confidencial ou estratégica do cliente que tenha obtido no exercício de suas funções, em benefício de ninguém e, muito menos, em benefício próprio.

#### e) Obrigação de prestar contas (*The duty to account*)

Frequentemente destaca a doutrina inglesa que quaisquer valores recebidos pelo corretor, em decorrência de sua atuação, devem ser repassados ao cliente. Por exemplo, quaisquer indenizações de sinistro ou “recuperações” de resseguro que venha a receber devem ser imediatamente transferidas ao cliente. Se houver necessidade, poderá o corretor manter consigo valores recebidos relacionados à operação intermediada, mas deverá observar as regras negociais comumente seguidas nestes casos, ou então os termos do acordo que tiver celebrado, por exemplo, com um ressegurador.

Às vezes, com efeito, o corretor recebe o valor total do prêmio de resseguro de uma cedente a fim de que calcule, de conformidade com a participação e a modalidade de resseguro ajustada com cada ressegurador integrante de um mesmo painel de resseguro, o prêmio devido a cada um deles, providenciando as respectivas transferências.

Outras vezes, como no caso de alguns tratados de resseguro, o corretor poderá ter se encarregado de gerir os sinistros e de elaborar as contas de prêmio e indenizações a serem pagas. Em todas essas hipóteses, no entanto, estará sujeito ao dever de prestar contas.

#### f) Obrigação de prestar informações completas ao segurador (*The duty to ensure disclosure to the insurer*)

O corretor deve certificar-se de que todas as informações relevantes foram prestadas ao segurador ou ressegurador. Se o corretor deixa de fazê-lo e a proposta, por essa razão, é recusada, sobrevindo não obstante um sinistro, o corretor pode ver-se responsabilizado pelos prejuízos correspondentes.

Um precedente importante nessa matéria, na Inglaterra, é o caso *Aneco Reinsurance Underwriting v Johnson & Higgins*. Os corretores se comprometeram não somente com a viabilização do resseguro, mas também com a avaliação dos riscos inerentes à operação ressegurada. Nessas circunstâncias, não tendo obtido a cobertura com a abrangência requerida e no tempo necessário, entendeu a Corte que os corretores haveriam de responder pelo montante do resseguro e, também, por quaisquer outras perdas incorridas no âmbito da operação de seguro frente à qual foi demandada a contratação do resseguro.

Note-se comumente, a par disso, que nem sempre o cliente estará em condições de saber quando uma determinada informação é relevante, e assim o corretor deve concorrer no sentido de extrair toda informação relevante junto a esse seu cliente. E isto não somente em matéria de seguro, como também em matéria de resseguro.

Particularmente no caso de um mercado ainda incipiente em resseguro como o novo mercado aberto brasileiro, por mais que um segurador seja um profissional no mercado, em princípio ele não está em condições de conhecer todas as práticas existentes, os usos e costumes ressecuritários, notadamente aqueles próprios de determinada praça ou localidade, e também não tem como acompanhar a evolução patrimonial e o nível de operações de todos os resseguradores. Não se pode deixar de fazer a diferenciação entre o segurador e o ressegurador. O segurador frequentemente carece de assistência profissionalizada, do mesmo modo que o segurado normalmente carece do corretor de seguro para a colocação da garantia do seu interesse, da maneira mais apropriada possível.

Um corretor de resseguro, que se aventura à colocação de um negócio no mercado internacional, presumivelmente deve conhecer as práticas eventualmente específicas de alguns mercados locais. Por mais que exista alguma padronização, não se pode desconhecer que, mesmo em matéria de resseguro, verificam-se em algumas praças costumes que não se notam em outras. Assim, por exemplo, se num *slip* algum dos resseguradores que subscreveram o risco lança, abaixo de suas iniciais – as iniciais do ressegurador podem bastar para configurar sua aceitação, à medida do percentual que venha a ser indicado em conjunto – uma notação como “NCAD” (*notice of cancellation at anniversary date*), este será um dado importante, uma restrição de aceitação, que em princípio compete ao *broker* ressaltar junto ao “cedente” e administrá-la. Afinal, por meio dessa notação, o *underwriting* terá declarado que irá atuar como ressegurador apenas pelo prazo de um ano, sem que se possa falar em renovação tácita, mesmo que o tratado ou o resseguro facultativo tenha sido proposto por prazo mais longo.<sup>18</sup>

Um caso frequentemente citado na Inglaterra, para ilustrar o dever do corretor de prestar informações completas ao segurador, é o caso *McNealy v The Pennine Insurance Company Limited*. O cliente do corretor era um restaurador de imóveis, que também atuava em parte do seu tempo como músico. Ele solicitou a contratação de seguro automóvel, que o corretor ajustou com a The Pennine Insurance Company, a qual, na ocasião, estava oferecendo taxas particularmente vantajosas. Entretanto, a apólice excluía determinadas categorias profissionais, incluindo “músicos em tempo integral ou parcial”. A Corte entendeu que o corretor faltou com seu dever de colher as informações necessárias junto a seu cliente, devendo responder pelo pagamento de quantia equivalente ao que haveria de ser paga em função do sinistro.

Do mesmo modo, se o corretor, para não perder um negócio, faz uma apresentação maquiada ao segurador ou ressegurador, que ele sabe ou deveria saber incompleta e deficiente, ele será responsável por eventuais perdas causadas ao cliente.

### g) Obrigação de prestar esclarecimentos ao cliente (*The duty to keep the client properly informed*)

Como já mencionado, se o corretor não se vê em condições de celebrar o contrato de seguro ou resseguro, seja por que razão for, ele deve notificar seu cliente a esse respeito, imediatamente. Da mesma maneira, qualquer ônus, restrição ou condição não usual que traga a apólice ou o *wording*, deve notificar imediatamente o seu cliente, assim como tomar as

<sup>18</sup> Cf. a respeito nosso *Contrato de Resseguro*, cit., p. 412 e ss.

medidas necessárias para que sejam feitas as retificações necessárias de conteúdo, tendo em vista a consensualidade do ajuste.

Normalmente, cabe ao corretor notificar seu cliente pouco antes do encerramento do prazo de vigência do negócio, para fins de renovação, e se o cliente, por alguma razão, ainda dentro do prazo de vigência, ficar sem a garantia, deve notificá-lo imediatamente também a este respeito. Como se nota, aliás, neste e noutros casos, a lei inglesa não dispensa o corretor da obrigatoriedade de notificar, ou seja, de informar por escrito o cliente ou qualquer das partes envolvidas de tudo o que se fizer necessário.

#### h) Obrigações relacionadas à reclamação de sinistros (*Duties in relation to claims*)

A obrigação do corretor de apresentar a reclamação de sinistro surgiu como um costume relacionado aos seguros colocados no âmbito Lloyd's, à medida que o segurado não tem acesso direto a este mercado. Essa obrigação, contudo, na Inglaterra, segundo alguns comentaristas, não chegou a generalizar-se, devendo o cliente, nos negócios colocados fora do Lloyd's, não havendo cláusula contratual específica, demonstrar com base em alguma outra disposição que o corretor se encarregaria de cuidar das reclamações de sinistro, ou que isto restou implícito no contrato.

Seja como for, cabe ao corretor acompanhar o desenrolar do processo de sinistro, auxiliando o segurado com a apresentação das informações e documentos necessários para a sua regulação e liquidação, eventualmente processando-as ele próprio em matéria, por exemplo, de tratados de resseguro.

#### i) Obrigação relacionadas ao pagamento do prêmio (*Liability for premium*)

No direito inglês, como já sinalizamos, o corretor pode assumir obrigações relacionadas ao prêmio pouco comuns entre nós, e que se devem, fundamentalmente, à antiga regulamentação do seguro marítimo na Inglaterra. No direito brasileiro, o corretor de seguro está obrigado a repassar às seguradoras os prêmios que tenha por algum motivo recebido, não se tratando ele, no entanto, de alguém que se possa ter, em princípio, como obrigado a seu pagamento junto ao segurador.

Segundo o disposto na Seção 53 (1) do *Marine Insurance Act 1906*, quando um seguro marítimo é contratado em proveito de um segurado, o corretor é responsável frente ao segurador (*underwriter*) pelo pagamento do prêmio, a menos que tenha sido acordado de outro modo. Até alguns anos atrás, à falta de jurisprudência sobre essa questão, frequentemente se

sustentava que a obrigação do corretor com relação ao prêmio se colocava do mesmo modo no tocante aos seguros terrestres.

O assunto, no entanto, ganhou corpo e o entendimento alterou-se, ao menos por um breve período de tempo. Isto porque, no caso *In Pacific & General Insurance Co Ltd v Hazell* [1996], a Corte inglesa entendeu que não havia prova de nenhum costume ou prática no sentido de que o corretor seria responsável para com os *underwriters* pelo prêmio de seguros terrestres.

Em 31.07.96, *David Rowland* escreveu ao Chairman do *Lloyd's Insurance Broker's Committee* propondo que, a partir de 01.09.96, por um período de cinco anos, os corretores não fossem considerados responsáveis pelo pagamento dos prêmios de seguro marítimo, quando o segurado não viesse a pagá-los, desde que tivessem satisfeitos os seguintes requisitos: primeiro, corretores e *underwriters* não deveriam, na medida do possível, realizar operações com clientes provavelmente inadimplentes; segundo, os corretores deveriam informar o *leading underwriter*, sem demora, quando soubessem de um provável inadimplemento, e, terceiro, os corretores deveriam se empenhar em recolher os valores devidos e repassá-los incontinenti aos *underwriters*. Os *underwriters*, por outro lado, deveriam apoiá-los nesses esforços.

Nesse contexto, tão somente se não observados esses princípios, o *underwriter* poderia invocar a Seção 53 (1) do *Marine Insurance Act 1906* em face do corretor. Um acordo similar foi, também, estabelecido entre o *Institute of London Underwriters* e o *Lloyd's Insurance Broker's Committee* em outubro de 1997. Esses acordos, contudo, expiraram e, desta forma, a responsabilidade do corretor pelos prêmios de seguro marítimo, devidos depois disso, voltaram a ser regidos pela Seção 53 (1) do *Marine Insurance Act 1906*.

9. Esse apanhado feito sobre as obrigações dos corretores de seguro e resseguro a partir da experiência do direito inglês, condensada na *Law of Agency*, por mais superficial que tenha sido, sob certo ponto de vista, e não obstante as discrepâncias que possam existir, em determinados pontos, para com o previsto na legislação brasileira, converge para um dever genérico, que não parece ainda ter sido adequadamente explorado, seja na Teoria Geral do Direito, seja no campo do Direito do Seguro.

Gostaríamos verdadeiramente de chamar a atenção para isso. Pode-se de fato alegar que atuar com diligência corresponde a um comportamento que se espera de todo e qualquer sujeito de direito, de toda e qualquer parte contratante. Mas a peculiaridade da intervenção dos corretores, que se coloca em meio a duas partes interessadas na celebração de negócios importantes como o seguro ou o resseguro, negócios que se apoiam na mutualidade e exigem especialização técnica aprofundada, sem falar nos montantes geralmente envolvidos, implica um *dever de pericia especialíssima*.

Assim como aludimos a uma boa-fé especial, ao falar no contrato de seguro, poderíamos talvez aludir a essa perícia especial. É este o norte com o qual nos parece devam ser apreciadas as questões envolvendo os corretores atuantes no mercado de seguros – e os corretores de resseguro em particular. O corretor de resseguro irá fazer bem mais do que meramente intermediar um contrato de resseguro. Ele está, no entanto, mais inclinado ainda a ver-se envolvido em dar aconselhamentos técnicos para seu cliente, a cedente.

Além disso, mais frequentemente do que os corretores de seguros, os corretores de resseguro podem se envolver em operações em que atuarão para ambas as partes, o ressegurador e a cedente. Vale dizer, estarão realizando atos que, em princípio, competiriam às partes realizar, uma perante a outra. Como já assinalamos, em algumas praças, os corretores de seguro podem se ver sujeitos a obter resseguro para uma cedente e contar com poderes (*authority*) para aceitar negócios para o ressegurador. Certamente, e como se definiu já há bom tempo no caso *Anglo-African Merchants Ltd v Bayley*, o corretor deve informar completamente o segurado ou a cedente a esse respeito e, ainda, contar com a sua anuência.

Um exemplo mais cristalino ainda, no entanto, foi mais recentemente levado às Cortes inglesas, no caso *HIH Casualty and General Insurance Limited v. JLT Risk Solutions Limited [2007]*. A *Court of Appeal* confirmou, então, que os corretores estão igualmente sujeitos ao cumprimento de seus deveres profissionais depois que o trabalho propriamente dito de “intermediação” já se encerrou, com a conclusão do contrato que tinha por objeto.

Nesse caso, o corretor atuou na intermediação de seguro com a HIH e, depois, do resseguro pertinente a essa operação, junto a diversos resseguradores, para a mesma companhia. A seguradora ingressou com ação de cobrança de indenização alegando que o corretor deixou de alertá-la de potenciais problemas de cobertura no âmbito do resseguro que havia colocado. Depois de haver pago prejuízos suportados por seu segurado, que deixou de produzir um determinado número de filmes, a seguradora tentou receber a recuperação ressecutária correspondente junto a seus resseguradores, mas sem sucesso, tendo a respeito a Corte de Apelação entendido que os resseguradores efetivamente podiam recusá-la.

Mas o ponto desta decisão que queremos aqui destacar é o entendimento de que o dever de diligência de um corretor igualmente não termina quando se conclui a contratação, ou seja, quando obtém a garantia e esta tem início de vigência. Nessa decisão, por exemplo, se acentuou que, à medida que as práticas de mercado ditam que os corretores no mercado do Lloyd's processem as reclamações de sinistros reunindo toda a documentação necessária, para depois notificarem o ressegurador, eles não apenas deveriam fazê-lo com a diligência e cuidado adequados (*reasonable skill and care*), mas fazê-lo da maneira mais apropriada.

Além disso, se acentuou que o corretor estará descumprindo com esses seus deveres caso deixe de informar o segurador de um descasamento (*gap*) de cobertura entre o seguro e o resseguro, inclusive depois que este for colocado, tomando medidas para que o ressegurador estenda sua garantia. Disse o relator, um tanto caracteristicamente, que o corretor não deveria se limitar a ser uma mera “caixa postal” (“a mere postbox”). Existindo informes de que derivavam preocupações potenciais com relação à extensão ou limitação das coberturas, a JLT tinha o dever de alertar a HIH especificamente a esse respeito.

Mas não é só isso. O que é mais fundamental ainda notar no caso – e este é o diferencial para o qual queremos chamar a atenção – é que o corretor, na realidade, não deixou de receber e transmitir informações sobre a questão. *Ele deixou, porém, de ir além, ou seja, ele deixou de notificar o cliente especificamente sobre este ponto, ou de buscar, a tempo, sendo possível, resolver os problemas de cobertura que se colocavam.*

Este caso, enfim, ilustra bem que o corretor constitui o elemento central na estruturação do esquema de distribuição do risco de seguro e de resseguro, assim emergindo como forte candidato a monitorar o cumprimento de obrigações como as discutidas. Ele recebeu as informações sobre as possíveis dificuldades a serem enfrentadas, sem, no entanto, atuar no melhor dos interesses de seu cliente, deixando de chamar sua atenção, de maneira adequada e específica, para as dificuldades em questão. Esse entendimento, aliás, como se percebe, parece se acomodar à *ratio* do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente após a edição do Código Civil brasileiro de 2002, como passamos, ainda que brevemente, dadas as limitações de tempo, a abordar.

**10.** Podemos, em outras palavras, com essa base, ensaiar uma elaboração doutrinária um pouco mais aprofundada sobre o tema.

Já se frisou que a corretagem, sendo uma atividade destinada a colocar em relação direta duas pessoas – as partes –, não é um fim em si mesmo. Ela assume caráter instrumental.

Com efeito, sua função primária e essencial consiste não somente em aproximar duas partes, mas em prestar toda uma assessoria profissional. O Projeto de Lei 3.555/04, de autoria do Deputado José Eduardo Cardozo, em tramitação no Congresso Nacional brasileiro, ademais de estabelecer outros deveres, foi bastante feliz ao expressar a extensão dessa prestação. Leia-se, no texto do Substitutivo apresentado pelo Deputado Leandro Sampaio, o *caput* do art. 38:

Art. 38. O corretor de seguro, habilitado na forma da lei, é intermediário do contrato, respondendo por seus atos e omissões.

§ 1º São atribuições dos corretores de seguro:

I – a identificação do risco e do interesse que se pretende garantir;

- II – a recomendação de providências que permitam a obtenção da garantia de seguro;
- III – a identificação e recomendação da modalidade de seguro que melhor atenda às necessidades do segurado e beneficiário;
- IV – a identificação e recomendação da seguradora;
- IV – a assistência ao segurado durante a execução do contrato, bem como a esse e ao beneficiário, quando da regulação e liquidação do sinistro;
- V – a assistência ao segurado na renovação e preservação da garantia de seu interesse.

Isso tudo bem ilustra que essa função instrumental, consistente em prestar assistência na determinação do conteúdo dos contratos e em colaborar para a sua gestão e execução, corresponde ao que poderíamos chamar, para empregar expressão ainda em moda, o “core business” da atividade de corretagem. Some-se a isso a exigência, presente nos mais variados ordenamentos jurídicos, de que os corretores obrigatoriamente contratem seguro de responsabilidade civil. No tocante aos corretores de resseguro, no Brasil, a previsão se encontra no art. 7º da referida Resolução CNSP 173/2007.

Aí, no entanto, é feita referência genérica à obrigatoriedade da contratação, no Brasil, de “uma apólice de seguro de responsabilidade civil profissional, com limite mínimo de garantia de R\$ 10.000.000,00, ou equivalente em moeda estrangeira de livre conversibilidade, para responder pelo cumprimento das obrigações relacionadas aos serviços prestados no mercado brasileiro e garantia de quaisquer prejuízos decorrentes de sua atuação profissional”. A redação, tecnicamente, não é das melhores, mas dá revelo ao profissionalismo que se espera dos corretores de resseguro.

Não se determina um conteúdo mínimo para o seguro, com a descrição do risco ou conjunto mínimo de riscos a serem garantidos, como acontece em outros ordenamentos, como, por exemplo, na Itália. Obriga-se o corretor, na Itália, a contratar o seguro frente ao risco de se caracterizar sua “negligência e erro profissional”, devendo o seguro incluir, também, cobertura para a “infidelidade” de seus funcionários. A fonte da responsabilidade do corretor, de todo modo, é aí colocada em termos de negligência, considerada esta como a falta de diligência no adimplemento de “obrigações inerentes ao exercício de sua atividade profissional”, ou seja, avaliada do ponto de vista da natureza da atividade que, como um todo, lhe compete exercer.<sup>19</sup>

11. Pode-se, no entanto, ir mais além, para reconhecer que o dever de atuar com o que comumente se denomina de “diligência” é condição necessária, mas não suficiente, para a

<sup>19</sup> É o que sustenta, por exemplo, a partir do disposto no art. 1.176, inc. II, do Código Civil italiano, Giovanni Bonilini, “I collaboratori dell’assicuratore”, Turim, UTET, 1992, p. 239.

liberação do corretor, como devedor. A prestação que incumbe ao corretor de resseguro, de modo geral, é incumbência que exige alta especialização técnica. Logo, seu adimplemento deve ser mais rigorosamente apreciado. O adimplemento, em outros termos, deve ser exato, ou o mais exato possível. Vale dizer, sua responsabilidade por adimplemento inexato é excluída somente no caso de impossibilidade da prestação, não tendo havido culpa ou má-fé.

A mera ausência de culpa, aliás, a princípio não nos parece suficiente para o reconhecimento do adimplemento de suas obrigações. Em outros termos, o devedor se libera provando não apenas ter agido diligentemente, mas também que a sua prestação se tornou impossível por causa a ele não imputável. O conjunto de disposições legais e regulamentares invocado no início desta exposição já aponta, com efeito, que se deve elevar a “natureza da atividade exercitada” pelo corretor de resseguro a critério de avaliação do comportamento diligente que dele se exige.

Não podemos, em outras palavras, em nenhum momento nos esquecer que estamos tratando de um caso de responsabilidade civil profissional, tema ainda muito pouco versado na literatura jurídica brasileira. Já se viu que o corretor de seguro, e do mesmo modo os corretores de resseguro, a teor do disposto no Decreto-Lei 73/66, responde “civilmente” perante os segurados e as seguradoras, e por extensão perante os resseguradores, e “profissionalmente” perante a SUSEP. Mas esta é uma dicção atravessada, pois na realidade o corretor responde civilmente, como profissional. Na lição de Antonio Junqueira de Azevedo:

Não se trata, aqui, do chamado “cidadão comum”, mas do especialista. A idéia é expressa por Pontes de Miranda, em seu estilo peculiar: “O homem normal não é apreciado fora das circunstâncias subjetivas, porque o especialista se põe, por si mesmo, em plano acima do homem comum. Tem-se de exigir dele a diligência dos especialistas, portanto dos homens normais especialistas. Não bastaria, então, ser como o *diligens pater familias in suis rebus*” (...).

Ora, a culpa profissional, no seu campo próprio, é sempre tratada, como resulta do bom senso, com mais rigor do que a culpa da pessoa comum, desprovida de conhecimento ou *expertise* técnica. Ponderam Loïc Cadiet e Philippe Le Tourneau que, no âmbito da atividade profissional, será mais fácil o reconhecimento da culpa grave (*faute lourde*), porque ela traduzirá a inaptidão ao desempenho da missão assumida por força do contrato (...).<sup>20</sup>

<sup>20</sup> No parecer “Nulidade de cláusula limitativa de responsabilidade em caso de culpa grave. Caso de equiparação entre dolo e culpa grave. Configuração da culpa grave em caso de responsabilidade profissional” in *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, S. Paulo, Saraiva, 2009, p. 437.

A diligência de quem atua profissionalmente, portanto, requer maior cuidado ou atenção, em termos de apreciação, do que o esperado do chamado “homem médio”. Ela deve ser apreciada levando-se em conta, além disso, que o devedor da prestação, no caso, o corretor, supõe-se dotado de conhecimento técnico específico, conhecimento esse que lhe incumbe pôr em prática de maneira afinada com a experiência, compreendendo tudo o que seja indispensável para o cumprimento do encargo recebido.

Pode-se então dizer que o art. 722 do Código Civil, combinado com as disposições dos arts. 126 e 127 do Decreto-Lei 73/66, dentre outras disposições, impõe, no exercício de uma atividade profissional, não uma simples diligência média, mas uma adequada *perícia*, o que requer o manejo de conhecimentos técnicos específicos e permanentemente atualizados, que se mostrem objetivamente indispensáveis para o exato adimplemento da obrigação. Pode-se assim talvez falar no *dever de perícia*, como exigência complementar e inseparável da diligência na exploração da atividade profissional dos corretores de resseguro, restando a ele, em princípio, apenas a faculdade de oferecer a prova liberatória consistente na impossibilidade da exatidão da prestação, derivada de causa a ele não imputável.

Aprofundando um pouco o exame do que seria, aí, a *imperícia*, talvez se pudesse dizer que ela não deve ser tomada como sinônimo nem de culpa grave, nem de má-fé. Ele é um dado autônomo na apreciação da responsabilidade civil do corretor de resseguro. Queremos chamar a atenção, mais exatamente, para o seguinte: *o corretor de resseguro pode agir com boa-fé e veracidade, mas isto não basta*. Ele precisa atuar com uma diligência especialíssima, que pressupõe o manejo de toda a perícia necessária para o desenvolvimento profissional dessa sua atividade específica.

Sabe-se que o direito positivo brasileiro tardou em trabalhar com a ideia de gradação de culpa em leve até grave. Veja-se, por exemplo, que, ainda hoje, não obstante a mudança de rumos que a esse respeito trouxe o próprio Código Civil de 2002, este mesmo diploma, porém, em matéria de seguros, utilizou outro campo conceitual. Com efeito, seu Capítulo XV, seguindo os passos do diploma de 1916, antes privilegiou o emprego de expressões como boa-fé e má-fé, em lugar das expressões culpa (em suas distintas gradações) e dolo, empregadas, por exemplo, no Código Civil italiano, ao dispor sobre o contrato de seguro.

É verdade que o art. 762 do Código Civil trabalha com a ideia de dolo, ao estabelecer a nulidade do contrato de seguro “para a garantia de risco proveniente de ato doloso do segurador, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro”. Os arts. 765 e 766, no entanto, empregam os conceitos de boa-fé e má-fé.

O art. 766, a propósito, se refere tanto ao segurador quanto ao seu representante, ao dizer que as “declarações inexatas” ou a omissão de “circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na fixação da taxa do prêmio” acarretam a perda do direito à garantia,

sem prejuízo do crédito do segurador ao prêmio vencido. E no seu parágrafo único, o art. 766 do Código Civil se refere à má-fé do segurado para dizer que, não resultando a inexistência de má-fé do segurado, o segurador poderá promover a resolução do contrato de seguro, ou “cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio”.<sup>21</sup>

Essas obrigações, assim como a obrigação de boa-fé prevista na Parte Geral do Código Civil, revelam antes de tudo a existência de uma regra geral de comportamento, imposta a todos os contraentes. Mas não se confundem, propriamente, com o dever de diligência que, como categoria do adimplemento, segundo a doutrina italiana,<sup>22</sup> assenta o princípio da exigência da “exatidão da prestação”.

Já foram, mais acima, invocados exemplos acerca dessa exigência de exatidão no tocante ao corretor de seguro e resseguro. São exemplos em que o corretor, sem recolher todas as informações necessárias, obtém um seguro que, depois, frente a um sinistro, se mostra totalmente sem sentido, a exemplo da negligência em informar que o imóvel sobre o qual recai o interesse de se assegurar contra o risco de incêndio é pré-fabricado em madeira, e não de alvenaria.

Poderia o corretor, talvez, tentar escudar-se no fato de não ter recebido instruções específicas, a esse respeito, do segurado. Mas não pode presumir que este tenha conhecimento de todas as informações de que precisa o segurador para a chamada “aceitação do risco” ou para a cotação do prêmio. Poder-se-ia alegar que situações como essa devem ser apreciadas segundo as circunstâncias, levando-se em conta que a exigência de assistência é maior no caso do cliente mais desprevenido. Mas este cliente, por outro lado, vai solicitar a contratação de seguro mais elementar.

O resseguro, no entanto, pressupõe esquemas mais refinados de proteção, frequentemente empregando modalidades combinadas de resseguro proporcional e não proporcional. O que requer uma preparação profissional bem superior àquela necessária para a colocação, por exemplo, de um seguro automóvel, como também uma pró-atividade, uma colaboração mais vertical entre o corretor e a cedente, sua cliente. Portanto, o corretor de

<sup>21</sup> Este parágrafo único do art. 766 do Código Civil de 2002 refere-se apenas ao segurado ao estabelecer que inexistência ou omissão não resultante de má-fé não tem como efeito a nulidade, mas apenas o de gerar para a seguradora o direito de resolver o contrato ou cobrar a diferença de prêmio, afastando a nulidade do contrato. Discute-se se esse também seria o caso na hipótese de inexistência ou omissão nas declarações não resultantes de má-fé prestadas pelo representante do segurado. Cf. Ernesto Tzirulnik, Flávio Queiroz e Ayrton Pimentel, *ob. cit.*, p. 77 e nota 2 à mesma página.

<sup>22</sup> Cf., p.ex., Bruno Inzitari, “Le obbligazioni: fonti e disciplina generale” in Mario Bessone (org.) *Instituzioni di Diritto Privato*, Turim, G. Giappichelli, 2001, esp. p. 472-473. Judith Martins-Costa, a propósito, nos seus *Comentários ao Novo Código Civil*, Rio, Forense, 2003, v. V, t. I, p. 67, conceitua o adimplemento, de modo geral, como “o cumprimento da prestação concretamente devida, presente a realização dos deveres derivados da boa-fé que se fizeram instrumentalmente necessários para o atendimento satisfatório do escopo da relação, em acordo ao seu fim e às circunstâncias concretas”.

resseguro, atuando para uma empresa de seguro (a “cedente”), certamente tem diante de si um interlocutor bastante mais preparado profissionalmente, mas isto, todavia, não significa que não deve atuar com perícia.

Embora o resseguro vise a proteger a seguradora, como diz a doutrina de modo geral, do surgimento de um débito patrimonial, ou melhor, da geração de uma posição negativa em relação ao nível patrimonial com que lhe caberia operar, isto não significa a trasladação do risco segurado, em parte ou no todo, ao ressegurador. Ou seja, não torna a atividade do segurador isenta de riscos. O resseguro, aliás, não se apoia na mutualidade do mesmo modo que o seguro, não se podendo atribuir a ele um grau de exatidão, do ponto de vista do cálculo das contribuições a serem recolhidas para que possa ser provida a garantia, como o que se pode presumir em matéria de seguro.<sup>23</sup>

Além disso, ele se desdobra em diversas modalidades técnicas, seja no tocante aos resseguros proporcionais, seja no tocante aos resseguros não proporcionais, sujeitas a formas operacionais distintas (tratados e facultativos), que podem ser combinadas de maneiras diversas e levar em conta limites e prioridades que podem ser determinados com base em diferentes critérios técnicos. Conforme a opção que se faça quanto à forma operacional e à modalidade técnica de resseguro empregada, e conforme o critério de determinação desses limites e prioridades, a proteção ressecutária do segurador poderá, por assim dizer, ser melhor ou pior, mais ou menos adequada.

O corretor de resseguro, portanto, distingue-se pela habilidade de estruturar e modelar o programa de resseguro das cedentes, combinando da melhor forma todas essas variáveis, levando em conta, ainda, o conhecimento de que dispõe do mercado ressegurador local e internacional. No resseguro individual (ou facultativo ou avulso), aliás, o papel do ressegurador talvez seja mais delicado ainda.

Além disso, a proteção ressecutária pode espelhar a exposição original da cedente (resseguro “tal qual” ou “*as original*”), ou não. Quer dizer, pode, por assim dizer, ser parcial, seja em termos quantitativos (inferior ou em excesso, por exemplo, à quota “conservada” pela cedente), seja em termos qualitativos (a exemplo do resseguro pertinente a uma operação de seguro de um navio contra os riscos de avaria particular ou só contra o risco de perda total).

Por essas e outras razões que ainda poderiam ser alinhadas, quer nos parecer, de todo modo, que o conteúdo da obrigação de diligência que incumbe ao corretor de resseguro – obrigação essa que se infere, poliedricamente, como visto, das previsões legais e regulamentares e da própria natureza da atividade profissional por ele desempenhada – comporta a exigência de uma perícia particularmente severa. Para o corretor de resseguro adimplir

<sup>23</sup> Cf. nosso *Contrato de Resseguro*, cit., p. 154 e ss.

satisfatoriamente suas obrigações, ele deve buscar a maior exatidão possível no atendimento e aconselhamento profissional da cedente.

O corretor de resseguro, que agora tem amplo espaço de atuação no Brasil, deverá, também no Brasil, atuar com a diligência de um verdadeiro *expert*. E assim estará em condições de auxiliar o desenvolvimento do mercado de seguros e resseguros no país, o que é condição *sine qua non* para nosso desenvolvimento econômico e social.

Muito obrigado pela paciência e pela atenção.

O RESSEGURO NA LEI DO CONTRATO DE  
SEGURO – CONSTITUCIONALIDADE

## ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO INSTITUTO DO RESSEGURO E DA LEI DO CONTRATO DE SEGURO

*André Ramos Tavares*

*Livre-Docente em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo (USP)  
Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)  
Pró-Reitor de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)  
Professor dos programas de doutorado e mestrado em  
Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)  
Professor de Direito Constitucional da pós-graduação da  
Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie*

### 1. INTRODUÇÃO

Abordar o temário do resseguro é uma tarefa que demanda um nível de especificação bastante peculiar. Em síntese, trata-se de matéria que certamente exige um conhecimento técnico específico para uma abordagem adequada do assunto, a começar pelo conhecimento do seu léxico idiossincrático (cedente, co-seguro, retrocessão, apenas para citar alguns termos que são objeto do glossário estabelecido pelo art. 1º, da Lei Complementar n. 126/07).

O propósito deste trabalho não é se ater às especificidades técnicas do resseguro, mas sim explorar, conscientemente, a dimensão constitucional (pretérita e, se existente, atual) do instituto do resseguro, com o intuito de identificar as interfaces e, eventualmente, os atritos que possa haver entre a regulamentação e os elementos do resseguro, de um lado, e, de outro lado, a Constituição e o Direito Constitucional brasileiro. Eis o escopo deste estudo. Dentro dessa proposta,

estruturar-se-á o presente *paper* em três grandes partes. Na primeira parte, haverá a apresentação das normativas constitucionais referentes ao instituto do resseguro, incluindo uma sintética recapitulação histórica acerca do trato constitucional concedido ao instituto do resseguro, tendo como parâmetro temporal o período iniciado pela Constituição brasileira de 1988.

Em um segundo momento, analisar-se-á o que denomino uma possível desconstitucionalização do resseguro, seu significado e possíveis consequências, especialmente no âmbito hermenêutico da Constituição.

Por fim, encerrar-se-á com uma pontual análise da viabilidade constitucional do Projeto de Lei n. 3.555/04.

## 2. ARCABOUÇO CONSTITUCIONAL DO INSTITUTO DE RESSEGURO

A primeira normativa constitucional referente ao resseguro que está a merecer destaque é o art. 21, VIII, da CB. Este dispositivo preceitua como competência da União a fiscalização das operações de natureza financeira, dentre estas as de seguros<sup>1</sup>. A compreensão do escopo deste dispositivo, conforme se verá, se afigura crucial para a interpretação do art. 192, da CB, em sua novel redação.

Percebe-se, aqui, a primeira referência, o primeiro índice constitucional no que se refere ao instituto do resseguro, neste ponto incluído, por certo, no termo expressamente utilizado, que é o “seguro”, empregado de maneira especialmente ampla e *atécnica*, diferentemente do que o fez o constituinte no art. 192, II, da CB, o qual, em suas redações iniciais, conforme se verá, havia a diferenciação consciente entre seguro e resseguro, bem como a referência a um órgão oficial fiscalizador. Trata-se de uma norma de competência, atribuindo à União, e não aos demais entes federativos, a competência de fiscalizar as operações de seguro.

Outra norma constitucional de competência, referente ao resseguro, está presente no art. 22, VII, da CB. Esta atribui, igualmente, à União, uma competência. Porém, diferentemente da anterior, uma competência legislativa, e não administrativa. Reza o art. 22, VII, da CB, que compete à União, e a nenhum outro ente federativo, legislar sobre a política de seguros<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> A redação integral do dispositivo é a seguinte:

“Art. 21. Compete à União:

VIII - administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada; [...]”

<sup>2</sup> Eis a íntegra de sua redação:

“Art. 22. Compete privativamente União legislar sobre:

VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores; [...]”

Dando efetividade à sua competência, a União, em 15 de janeiro de 2007, promulgou ato normativo dispondo sobre a política de resseguros no país. Trata-se da *Lei complementar* n. 126/07.

Para além de eventuais contestações materiais acerca desta lei – que não serão objeto deste estudo –, a *Lei complementar* em apreço suscitou acalorada celeuma *formal*, referente à (des)necessidade de a regulamentação do setor ser instrumentalizada exatamente pelo veículo legislativo específico da lei *complementar*.

A contestação à necessidade de lei complementar decorre do fato de os dispositivos acima mencionados, em especial o art. 22, VII, da CB, não exigirem, em nenhum momento, o veículo legislativo específico da lei complementar. Em síntese, em face dos dispositivos mencionados, não há a necessidade de uma *lei reforçada* (gênero que inclui todas as leis para as quais se exige, em virtude de seu conteúdo, um quórum superior de aprovação legislativa), para disciplinar a matéria (gerando, assim, uma perda de dinamismo, por vezes salutar ao trato das operações financeiras).

Esta seria a primeira conclusão: a Constituição não faz exigência de lei complementar.

Porém, se não a exige, por que o Brasil teria uma lei complementar tratando de política de resseguros? Deste questionamento inicial, outro, de importância prática, exsurge, a saber: a regulamentação da matéria por lei complementar estaria a significar que o disciplinamento do resseguro haverá de ser promovido, única e exclusivamente, por lei complementar?

Evidentemente que a resposta a esta questão específica é desenganadamente negativa. Uma conclusão em sentido contrário é incabível porque somente a Constituição pode transformar determinada matéria em uma matéria a ser necessariamente regulamentada e disciplinada por lei complementar. Ou seja, o fato de o Congresso Nacional, por meio da *Lei Complementar* n. 126/07, ter optado por uma lei complementar para tratar também da questão da política de resseguro não transforma esta matéria em matéria de lei complementar (este ponto será novamente abordado mais adiante).

Mas, se não há a necessidade de regulamentar o instituto do resseguro, por que o legislativo teria optado por este veículo? Excesso de zelo? A resposta a esta indagação passa pela análise do art. 192, da CB, o qual, curiosamente, foi objeto de dupla e sucessiva mudança constitucional, fato pouco comum, inobstante a voracidade existente no Brasil por emendas constitucionais.

O art. 192, em sua redação original, preceituava o seguinte:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

II - autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial ressegurador; [...].

Com as alterações promovidas pela EC n. 13/96<sup>3</sup>, responsável por eliminar a referência expressa ao órgão oficial ressegurador (para uma análise sobre o monopólio da atividade de resseguros, vide TAVARES, 2006: 248-249) e, principalmente, pela EC n. 40/03, alterou-se tanto o regramento constitucional do instituto do resseguro como o próprio escopo do art. 192, da CB, culminando na seguinte redação:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

Percebe-se, a partir desta “evolução” do artigo 192, a ausência, na redação final do art. 192, da CB, de qualquer referência às operações de seguro e, em especial, de resseguros, algo que se afigurava corriqueiro nas redações anteriores à EC n. 40/03. Em síntese, eis o arcabouço constitucional do instituto do resseguro: a partir de 1988, quando do advento da Constituição brasileira, havia, como é sabido, um órgão oficial ressegurador, o IRB, responsável por desempenhar a tarefa de resseguro no Brasil, com base em dispositivo expresso da Constituição. Este dispositivo expresso, o qual se referia ao órgão oficial ressegurador, foi simplesmente alterado, eliminando-se a existência do órgão oficial ressegurador, desde a EC 13/96. A partir deste momento, o dispositivo passou a fazer menção apenas ao resseguro e à existência de um órgão oficial fiscalizador. Com a EC n. 40/03, o art. 192 simplesmente deixou de fazer alguma referência às atividades de seguro ou de resseguro.

A conclusão a que se chega, aqui, é a de que, até 2003, data da Emenda Constitucional n. 40, era certo que a autorização e funcionamento dos estabelecimentos de resseguro (vide, nesse sentido, o voto abaixo transcrito do Min. MAURÍCIO CORRÊA, na ADIn-MC n. 2.223-7/DF), deveria ser realizada por lei complementar, porque até então, apesar de ter ocorrido uma mudança de redação e, inclusive, da lógica do regime constitucional-econômico bra-

<sup>3</sup> “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: [...]”

II - autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador.”

sileiro (redução da atuação direta do Estado na atividade econômica), havia uma remissão – ainda que meramente formal – à necessidade de lei complementar se reportar ao resseguro dentro do sistema financeiro nacional. E, ao fazê-lo, necessariamente impunha-se como veículo legislativo adequado para disciplinar o assunto, a lei complementar.

Portanto, até 2003, era inequívoca a necessidade de lei complementar (uma necessidade que já começava a se quebrantar com a EC n. 13/96, diga-se) para tratar das atividades relacionadas à autorização e funcionamento das entidades relacionadas ao resseguro.

É sabido que, mesmo após 2003, o *caput*, do art. 192, faz menção à necessidade de leis complementares, utilizando-se, ainda, de uma expressão um tanto enigmática como “todas as partes que compõem o sistema financeiro nacional”. E, ao assim proceder, utilizando essa expressão um tanto vaga, o legislador reformador constitucional findou por franquear espaço à dúvida e à imprevisibilidade, no que diz respeito à imperiosidade de lei complementar para disciplinar a atividade de resseguro.

Frise-se que a incerteza em comento não se ateve, única e exclusivamente, à atividade ora analisada. Outras atividades outrora vinculadas pela redação original do art. 192 da CB, ao veículo legislativo específico da lei complementar encontram-se nesta mesma encruzilhada, conforme bem identificou o Min. JOAQUIM BARBOSA:

A alteração constitucional aumentou, portanto, o grau de vagueza do campo de competência relativo ao sistema financeiro nacional (ADIN n. 2.591-1/DF, Min. rel. EROS GRAU, DJ de 29/09/2006).

Em síntese preliminar, a dúvida que passou a pairar pode ser bem sintetizada pela seguinte pergunta: dentre aquelas matérias que compõem, em geral, formalmente, o sistema financeiro nacional, quais hão de ser regulamentadas por lei complementar? Criou-se, aqui, uma verdadeira “orla de imprecisão” (cf. HART, 2001: 134) ou zona de penumbra (cf. DIMOULIS, 2006: 216).

A questão mereceu atenção em um dos principais casos analisados pelo STF acerca do escopo do sistema financeiro plasmado na Constituição, mais precisamente na ADIn n. 2.591-1/DF. Nesse, os Ministros do STF, ao serem questionados quanto à (in)viabilidade da aplicação do CDC às relações bancárias, em face da suposta necessidade de lei complementar imposta pelo art. 192, da CB, ponderaram sobre a alteração que havia sido perpetrada

neste dispositivo pela EC n. 40/03, retirando a menção literal à taxa de juros (situação análoga à verificada no caso do instituto de resseguro)<sup>4</sup>.

O problema foi apresentado pelo Min. NELSON JOBIM:

O art. 192 disciplinava amplamente o regime do SFN. Descia a minúcias. Indicava os temas a serem tratados por lei complementar e determinava a fixação do valor máximo de juros reais anuais. (...) Em maio de 2003, a EC 40 alterou o art. 192. Reduziu-o para apenas um dispositivo. (...) A questão, portanto, é saber se a revogação dos incisos prejudica a ação [porquanto a tese por detrás da ADIn era a de que o CDC não poderia ser aplicável às relações bancárias – à taxa de juros –, porquanto apenas a Lei complementar poderia disciplinar tal relação, e não uma lei ordinária, tal como o CDC]. (ADIn n. 2.591-1/DF, Min. rel. EROS GRAU, DJ de 29/09/2006).

Para o Ministro em questão, nada obstante a alteração perpetrada pela EC n. 40/03, “a nova versão do art. 192 ainda conservou a competência legislativa da lei complementar para tratar do SFN”, no que foi acompanhado pelos demais ministros, restando vencido o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE.

*Ressalve-se*, porém, que este entendimento, contudo, apenas se referiu à prejudicialidade ou não da ação. É dizer, ao se manifestarem desta maneira, os Ministros estavam a sustentar que o julgamento da ação deveria continuar, e não, propriamente, que a EC n. 40/03 não havia alterado absolutamente nada, no que diz respeito à exigência de lei complementar. Este propósito ganha maior clareza a partir da leitura do seguinte excerto do voto do Min. MARCO AURÉLIO:

Tenho sustentado, que, tanto quanto possível, o Supremo deve homenagear o macroprocesso, o processo mediante o qual se afastam do cenário jurídico incertezas, dúvidas, e evita-se, com o pronunciamento a tempo do Supremo, o surgimento de ações, de conflitos de interesses que abalam – e a jurisdição objetiva justamente restabelece esse valor maior – a paz social. (ADIn n. 2.591-1/DF, Min. rel. EROS GRAU, DJ de 29/09/2006).

Portanto, a continuidade do julgamento não decorreu, em si, da compreensão de que a EC n. 40/03 não havia alterado a questão da exigência de lei complementar, mas sim em

<sup>4</sup> No voto do Min. Carlos Velloso, este entendia necessária a regulação da taxa de juros por lei complementar, porquanto “expressamente referida no art. 192, § 3º, da Constituição, por isso mesmo integrante do Sistema Financeiro Nacional” (ADIn n. 2.591-1/DF, Min. rel. Eros Grau, DJ de 29/09/2006).

razão da necessidade de se afastar a incerteza então vigente acerca da aplicação ou não do CDC às relações bancárias.

Mais do que isso. Demonstrou-se um certo temor em franquear à lei complementar um universo de temas, engessando matérias usualmente dinâmicas e que, portanto, não deveriam conviver com o rigor formal da lei complementar (fundamento este que sustenta a defesa da capacidade normativa de conjuntura, mencionada pelo Min. EROS GRAU nesta mesma contenda). Esta é a ressalva que faz o Min. NELSON JOBIM:

Essa regra [art. 192] tem um perigo muito grave, porque se está atribuindo à lei complementar legislar sobre sistema financeiro, o que significaria, em tese, e em princípio poderia significar, e que nós não poderemos aceitar, que o legislador complementar possa dispor sobre o universo, um código de operações que pudesse absorver, inclusive, os serviços bancários. (ADIn n. 2.591-1/DF, Min. rel. EROS GRAU, DJ de 29/09/2006).

Constata-se, aqui, portanto, que a submissão dos mais variados temas, dentre eles o resseguro, à lei complementar, mesmo após o advento da EC n. 40/03, enfrenta fortes resistências, sendo mais adequado constitucionalmente sustentar a sua desnecessidade, em face de a exigência formal expressa antes existente ter sido extirpada da Constituição de 1988. Que possa haver interfaces, ou que a atividade de resseguro ou a de seguro possam ter relação com o sistema financeiro nacional em sentido estrito não há dúvida. Porém, a inclusão da atividade de resseguro no sistema financeiro nacional para fins de exigência de lei complementar, no mínimo passou a ser um assunto polêmico a partir da EC 40/03, considerando que o sistema financeiro nacional evidentemente disciplina atividades de captação, crédito e financiamento.

Em face disto, passa-se, agora, à segunda parte do presente artigo, a saber, a possível desconstitucionalização do resseguro, seu significado e as suas consequências, e que possui relação com o conteúdo ora desenvolvido.

### 3. A DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO DO RESSEGURO

A retirada, pelas Emendas constitucionais n. 13/96 e 40/03, da menção expressa ao instituto do resseguro suscita uma pergunta assaz sintética: houve uma desconstitucionalização do resseguro? Na linha do que foi exposto até o presente momento, a resposta, ao menos *prima facie*, é positiva. Houve uma parcial desconstitucionalização do instituto do resseguro, no que diz respeito, ao menos, à exigência de lei complementar.

Por certo que o termo desconstitucionalização, ora empregado, não está a implicar a desconconsideração constitucional do tema. Tal hipótese é impossível por dois motivos. O primeiro reside no fato de toda instituição capturada pelo Direito (em termos de regulação) depender, em termos finais, da chancela constitucional. O segundo decorre do fato de a Constituição estabelecer regras competenciais bem definidas em seus arts. 21 e 22, quanto à fiscalização e regulamentação do tema objeto deste trabalho. Portanto, a nomenclatura desconstitucionalização está sendo empregada enquanto referência à ausência – intencional, por parte do legislador constituinte – de um certo grau de exigência formal dantes previsto. A questão do resseguro deixou de ser um tema inserido no sistema financeiro constitucionalmente previsto para fins de exigência de lei complementar.

Obviamente que este posicionamento demanda uma maior fundamentação, principalmente em face da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, responsável por disciplinar o sistema financeiro nacional e que foi recepcionada pela Constituição de 1988 como lei complementar (ADIn-MC n. 1.376-9/DF, Min. rel. ILMAR GALVÃO, DJ de 31/08/2001), assim como o foi o Decreto-Lei n. 73/66, referente à atividade de resseguro (ADIn-MC n. 2.223-7/DF, Min. rel. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 05/12/2003). A lei em apreço submeteu as companhias de seguro às suas disposições e disciplina (art. 18), equiparando-as aos estabelecimentos bancários oficiais e privados, sociedades de crédito, financiamento e investimento, caixas econômicas e cooperativas de crédito. Contudo, nesta equiparação, nos termos do próprio dispositivo que promove esta identificação, há a ressalva “no que for aplicável”.

Poder-se-ia, é certo, a partir da conclusão de que o rigor regulamentar da Lei n. 4.595/64 com a atividade de seguro (e, com efeito, de resseguro) é reduzido, e, desta feita, a equiparação entre o instituto de seguro e demais instituições financeiras não é de tal natureza a impor um regime de identidade absoluto, inferir – até mesmo sugerir – que as mesmas razões que conduziram um regramento flexibilizado deste setor pela Lei n. 4.595/64, “no que for aplicável”, seriam suficientes para afastar, igualmente, a necessidade de lei complementar, após a alteração redacional promovida pela EC n. 40/03 ao art. 192.

Este argumento, contudo, seria de duvidosa eficiência, tendo em vista que partiria da suposição de que somente as instituições “verdadeiramente” financeiras, é dizer, aquelas que não estivessem a depender de uma equiparação legal formal, é que seriam submetidas a um regramento pelo veículo legislativo específico da lei complementar. Como mencionado, seriam meramente suposições, de alta carga subjetiva.

As razões mais fortes para o afastamento da incidência da lei complementar sobre o instituto do resseguro decorrem, propriamente, da alteração perpetrada pela EC n. 40/03, que extirpou a menção expressa à atividade em apreço (e outras), deixando em seu lugar uma mera remissão geral à lei complementar (mais precisamente, leis complementares) e, apenas,

a uma matéria específica, a saber, a participação de capital estrangeiro nas instituições que integram o sistema financeiro nacional. Há, aqui, portanto, um dado objetivo. Antes, fazia-se menção expressa ao regramento do resseguro por lei complementar. Atualmente, não. Eis o sentido da desconstitucionalização, aqui empregada, quanto ao instituto de resseguro.

A consolidação deste posicionamento, contudo, depende ainda da rejeição da remissão geral do art. 192 às leis complementares. Tarefa mais árdua, é certo, mas plenamente enfrentável, em face das próprias ferramentas oferecidas pela Constituição ao exegeta mais atento.

Há, na Constituição, uma centena de remissões à lei complementar. Um exemplo está presente no art. 154, I, da CB, c.c. com o art. 195, § 4º, da CB. Estes exigem, da União, lei complementar para se instituir novos impostos não previstos no art. 153 (e, igualmente, novas contribuições sociais, para custeio da seguridade social, para uma análise da questão, vide TAVARES, 2009: 658 e ss.). Isto, contudo, não está a significar que a exigência da lei complementar adota tons absolutos e generalistas, não admitindo interpretações restritivistas.

Em caso paradigmático – RE n. 396.266-3/SC, o STF, ao analisar a constitucionalidade da Lei – ordinária – n. 8.029/90<sup>5</sup>, afirmou que a sua natureza de lei ordinária não estaria a afrontar a exigência de lei complementar, porquanto o escopo da exigência constante do art. 195, § 4º, da CB, não estava a impor uma exigência geral e absoluta de lei complementar para a instituição de toda e qualquer contribuição<sup>6</sup>.

Nesse sentido, conforme já afirmei em outra oportunidade, “[h]á, com efeito, que se erradicar interpretações deturpadas que busquem alargar a necessidade de lei complementar” (TAVARES, 2009: 666). O STF tem demonstrado esta cautela, não concedendo uma interpretação extensiva à necessidade de lei complementar.

Ressalte-se que não se está, aqui, a sustentar uma constante interpretação restritiva da necessidade de lei complementar. A eleição do veículo legislativo específico da lei complementar e de sua maior solenidade formal, pelo Poder Constituinte, por vezes visará a conceder maior proteção a bens jurídicos caros à sociedade, como o direito à propriedade (sobre a relação entre a exigência de lei complementar e a instituição de novos impostos, presente no art. 154, I, da CB, vide TAVARES, 2009: 665). Contudo, em outras situações, poderá ocorrer o oposto, ou seja, haverá uma diretriz de se afastar a incidência “engessante” da lei complementar. Este parece ser o caso da exigência imposta pelo art. 192, da CB, a

<sup>5</sup> Esta, em seu art. 8º, § 3º, dispunha que “Para atender à execução das políticas de apoio às micro e às pequenas empresas, de promoção de exportações e de desenvolvimento industrial, é instituído adicional às alíquotas das contribuições sociais (...)”.

<sup>6</sup> A desnecessidade de lei complementar foi reiterada em outros julgados (por variados motivos), tais como a ADIn n. 1.417-0/DF, RE n. 343.446-3/SC e ADC 3-0/UF.

fundamentar a “cirurgia redutiva” promovida pela EC n. 40/03 dos elementos constitutivos deste dispositivo e que culminou na “desconstitucionalização” do instituto do resseguro.

Vem a corroborar o que foi dito, a “desconstitucionalização” promovida pela EC n. 40/03 e, por conseguinte, a elisão da imperiosidade da lei complementar sobre toda e qualquer área do sistema financeiro nacional, o alerta emitido pelo Min. NELSON JOBIM, na já mencionada ADIn 2.591-1/DF:

Dos rigores e imutabilidade das normas constitucionais poderiam vir a prejudicar a regulamentação de um setor que, por conceito, é dinâmico e em constante evolução. (ADIn n. 2591-1/DF, Min. rel. EROS GRAU, DJ de 24/02/2006).

Frise-se que esta hipótese – interpretação restritiva da necessidade de lei complementar – já encontrava sustentação doutrinária, mesmo antes do advento da EC n. 40/03. CELSO BASTOS (1999: 109), por exemplo, fazia menção à hipótese em que, embora o texto literal da norma constitucional requisitasse uma lei complementar, seria esta dispensável em razão de um eventual princípio preponderante para o caso (o autor fala em princípio superior), determinando a desnecessidade da lei reforçada.

É bem verdade que os rigores da conclusão que se sustenta no presente artigo poderiam ser amenizados e até afastados, pelos mais afoitos, por meio da menção à ADIn-MC n. 2.223-7/DF. O objeto desta ADIn, ajuizada pelo PT, inobstante o interessante debate que ocorreu acerca da viabilidade ou não da sustentação oral pelo advogado da *amicus curiae*, era a Lei – ordinária – n. 9.932/99, responsável por transferir atribuições do IRB à SUSEP. Em voga estava o Decreto-lei n. 73/66, responsável por disciplinar o Sistema Nacional de Seguros Privados, recepcionado como lei complementar, em face do art. 192, II, em sua redação original.

Em razão da existência de um ato normativo disciplinando a matéria e da redação do art. 192, II, da CB, que resultou na recepção do primeiro como lei complementar, o STF se manifestou, em julgamento da cautelar (não houve decisão final<sup>7</sup>), pela inconstitucionalidade da Lei. Eis a ementa:

A emenda constitucional 13/1996, ao suprimir a expressão “órgão oficial ressegurador” do inciso II do art. 192, aboliu o monopólio do IRB. A regulamentação do sistema financeiro nacional, no que concerne à autorização e funcionamento dos es-

<sup>7</sup> Esta ADIn teve, em 02/09/2004 seu pedido declarado prejudicado, apesar de ter sido concedida medida cautelar para suspender os efeitos da Lei 9.932/99, em face da alteração promovida, exatamente, pela EC n. 40/03. Como a ADIn foi extinta, a legislação permaneceu no sistema jurídico brasileiro.

tabelamentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão fiscalizador, é matéria reservada à lei complementar (ADIn-MC n. 2.223-7/DF, Min. rel. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 05/12/2003).

Para o Supremo Tribunal Federal, em síntese:

As funções regulatórias de fiscalização conferidas a IRB — Brasil Resseguros pelo decreto 73/66, recebido pela Constituição de 1988 não podem ser alteradas por lei ordinária (ADIn-MC n. 2.223-7/DF, Min. rel. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 05/12/2003).

Esta decisão reconhecia a inconstitucionalidade formal da Lei 9.932/99, asseverando que uma lei ordinária não poderia tratar do assunto em questão, porquanto apenas uma lei complementar poderia disciplinar matéria referente ao resseguro, e esta já existia, a saber, o Decreto-lei n. 73/66, aceito pela maioria como se fora recepcionado como lei complementar. Quanto a este ponto, travou-se uma interessante discussão. Quando da análise do ato normativo, então objeto da ADIn, começou a se entender que o que estava disposto na Lei 9.932/99 praticamente repetia o que o decreto-lei dizia àquele respeito. Então, se o decreto-lei foi recepcionado como lei complementar e havia então uma lei ordinária que dizia basicamente a mesma coisa, qual seria o problema de a lei ordinária repetir o que é matéria de lei complementar?

Alguns ministros sustentaram, e este parece ser o entendimento mais correto, que não é possível que o sistema jurídico brasileiro conviva com duas legislações idênticas, tendo vigência ao mesmo tempo. O Min. SEPÚLVEDA PERTENCE assim resumiu o problema: “Mal comparando, são embargos de declaração julgados por um tribunal inferior” (ADIn-MC n. 2.223-7/DF, Min. rel. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 05/12/2003).

Efetivamente, não cabe à lei ordinária repetir para explicitar o conteúdo de uma lei complementar. Outro exemplo semelhante, valendo-se de uma provocação apresentada pelo próprio Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, no caso em questão, seria de uma lei estadual que repetisse o que está previsto no Código Civil sobre o contrato de seguro. A lei estadual não poderia fazer isto, porque foge à sua competência. Evidentemente, se a União quiser que os estados possam legislar sobre seguro ou resseguro, deve ser feita delegação de competência por lei complementar, nos termos do art. 22, parágrafo único, da CB. Eis, aqui, o único caso em que, atualmente, seria plausível sustentar a exigência de Lei complementar, em matéria de resseguro.

Inobstante esta questão e o resultado final, o importante a ser destacado é que esta ADIn foi julgada em 22/10/2002, previamente, portanto, à EC n. 40/03, verdadeiro divisor de águas no que se refere à exigência de lei complementar. As variáveis, portanto, eram distintas<sup>8</sup>.

Se é bem verdade que a ADIn em questão não pode ser empregada para infirmar a desnecessidade de lei complementar, em razão do marco constitucional já alterado do qual partia, mencionada decisão apresenta importante passagem, a qual reforça a ideia de que, atualmente, o veículo legislativo responsável por disciplinar as operações de seguro seria a lei ordinária.

No voto do Min. MAURÍCIO CORRÊA, relator da contenda, este suspendeu tão apenas a vigência da expressão que incluía a competência para conceder autorizações, constante do art. 1º da Lei 9.932/99, porquanto, em sua opinião, tal seria matéria efetiva de lei complementar. Em suas palavras, “a meu ver, o decreto-lei 73/66 tem pouco de lei complementar e muito de lei ordinária”<sup>9</sup>.

É dizer, para o Ministro, a operação de seguros estaria sujeita a dois regimes, o da lei complementar e o da lei ordinária. O primeiro seria regido pelo art. 192, II, da CB; já o segundo seria disciplinado pelo art. 22, VII, da CB. Eis o excerto correspondente:

no que concerne às outras situações, afastadas as de autorização de funcionamento, regulação e fiscalização das empresas de seguros, envolvendo a política de seguros, *a competência legislativa ordinária seria da União, como preconizado no inciso VII do artigo 22 da Constituição Federal*, e assim, nessa parte, o DL 73/66 teria natureza de lei ordinária (ADIn-MC n. 2.223-7/DF, Min. rel. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 05/12/2003).

A sua tese de que haveria dois regimes normativos distintos quanto às operações de seguro e resseguro não foi aceita pelos demais Ministros. Para estes, estar-se-ia diante de uma exigência clara de lei complementar, em face do art. 192, II, da CB. Insista-se, porém, que este posicionamento foi construído sob a égide da redação do art. 192 dado pela Emenda constitucional 13/96, que ainda tratava expressamente da figura do resseguro.

Atualmente, em face da nova redação do art. 192, dada pela EC n. 40/03, responsável pela desconstitucionalização do resseguro, no que se refere à necessidade de lei complemen-

<sup>8</sup> Para além deste fato, cumpre destacar que esta decisão foi tomada com uma composição do STF que não é a atual. Pelo menos cinco ministros que haviam proferido aquele entendimento já não estão mais no STF e um sexto ministro atuou naquela época como Advogado-Geral da União e hoje está inclusive impedido de participar de outros julgamentos. Não foi só uma mudança da Constituição que ocorreu, mas também uma do STF. Isto é uma mudança significativa, que pode certamente levar também a uma mudança maior de entendimento.

<sup>9</sup> ADIn-MC n. 2.223-7/DF, Min. rel. Maurício Corrêa, DJ de 05/12/2003.

tar, prevalece o posicionamento do Min. MAURÍCIO CORRÊA, com reparos, é certo. Ao subsistir apenas o art. 22, VII, da CB (e o art. 21, VIII, da CB, que, porém, diz respeito apenas a uma atuação administrativa por parte da União), a tônica constitucional quanto ao resseguro é a necessidade de sua regulamentação por lei ordinária.

Portanto, no que se refere à pergunta: o resseguro é ainda uma atividade integrante do sistema financeiro nacional, para fins de necessidade de lei complementar? A resposta é: não mais.

#### 4. A CONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO DE LEI N. 3.555/04

Até o presente momento, abordou-se, aqui, o instituto geral do resseguro, concluindo-se pela desnecessidade do veículo legislativo específico da lei complementar. Pergunta-se: a mesma conclusão seria válida para o contrato de resseguro? Ao que parece, o contrato de resseguro está e sempre esteve fora da polêmica acima mencionada, porque não se trata de atividade própria de resseguro e tampouco se refere aos órgãos que a promovem, mas contém normas de relações contratuais, de natureza obrigacional, como, por exemplo, se verifica no art. 68<sup>10</sup> do Projeto de Lei n. 3.555/04, sendo, portanto, de natureza civil.

É algo totalmente distinto, e esta distinção era essencial na redação anterior à EC n. 40/03, porque determinava qual era a natureza da lei que poderia tratar do assunto. Para os assuntos relacionados à regulação da atividade de resseguro, havia a exigência de lei complementar, e, para o contrato, nitidamente restava a lei ordinária, como diretriz geral da Constituição para assuntos não expressamente catalogados na área de atração da lei complementar. Este era, inclusive, o posicionamento do Min. MAURÍCIO CORRÊA, como se pôde verificar no excerto previamente colacionado.

<sup>10</sup> Eis a redação:

“Art. 68. Conhecendo o sinistro, o segurado é obrigado a:

I - tomar todas as providências necessárias e úteis para evitar ou minorar seus efeitos;

II - avisar prontamente a seguradora por qualquer meio; e

III - prestar todas as informações que disponha sobre o sinistro, suas causas e conseqüências, sempre que questionado a respeito pela seguradora.

§ 1º O descumprimento culposo das obrigações previstas neste artigo implica perda do direito à indenização do valor dos danos decorrentes da omissão.

§ 2º O descumprimento doloso das obrigações previstas neste artigo exonera a seguradora,

§ 3º Não se aplica o disposto no § 2º deste artigo no caso das obrigações previstas nos incisos II e III, quando o interessado provar que a seguradora tomou ciência oportuna do sinistro e das informações por outros meios.

§ 4º Incumbe também ao beneficiário, no que couber, o cumprimento das disposições deste artigo.

§ 5º As providências previstas no inciso I deste artigo não serão exigíveis se colocarem em perigo interesses relevantes do segurado, beneficiário ou terceiros, ou sacrifício acima do razoável.”

Mas, e se ocorresse o contrário, é dizer, e se uma lei complementar por acaso vier a disciplinar relações contratuais de resseguro?

É exatamente isto que fez, em parte, a Lei complementar 126/2007. Nos termos do art. 13:

Art. 13. Os contratos de resseguro deverão incluir cláusula dispondo que, em caso de liquidação da cedente, subsistem as responsabilidades do ressegurador perante a massa liquidanda, independentemente de os pagamentos de indenizações ou benefícios aos segurados, participantes, beneficiários ou assistidos haverem ou não sido realizados pela cedente, ressalvados os casos enquadrados no art. 14 desta Lei Complementar.

O art. 14 também trata do contrato de resseguro em hipóteses de insolvência, liquidação, de falência. Então, e se uma lei complementar tratar de matéria relacionada a contrato de resseguro, como fica essa situação? Uma lei ordinária – que será fruto do Projeto de Lei 3.555/2004 – pode revogar uma lei complementar anterior?

A resposta é positiva, como já ensinava Geraldo Ataliba (1971: 36): “É que a lei complementar, fora de seu campo específico – que é aquele expressamente estabelecido pelo constituinte – nada mais é que lei ordinária”. O fato de existir uma lei complementar regulamentando alguns aspectos do contrato de resseguro não impõe o ônus de que a lei posterior que venha a disciplinar este mesmo assunto deva, também, adotar a forma de lei complementar. Não é necessário, portanto, uma lei complementar, quando a própria Constituição não estabelece a necessidade de lei complementar para a matéria (embora não esteja vedada a disciplina por meio desse instrumento reforçado, mas já agora sem qualquer benefício próprio dessas leis).

E é isto que está a ocorrer para o caso aqui analisado. A Constituição não exige lei complementar para tratar da matéria de contrato de resseguro. Logo, a lei complementar atual que trata da matéria de contrato de resseguro pode ser alterada por lei ordinária.

Por que é assim? Porque somente a Constituição pode elevar o patamar de uma matéria a matéria de lei complementar. Não compete ao legislador fazer esta opção, sob pena de, ao assim proceder, usurpar uma competência que é própria do legislador constituinte.

Tem-se, assim, que uma lei posterior ordinária poderá revogar um dispositivo da lei que, atualmente, é uma lei complementar (por opção exclusiva do legislador), assim como poderá revogar outra que tenha sido recepcionada como lei complementar mas que ou deixou de ser matéria afeita constitucionalmente à lei complementar (por mudança constitucional formal posterior) ou foi recepcionada como lei complementar apenas em parte, quer dizer, não na matéria que atualmente se pretenda disciplinar (por meio de lei ordinária).

Nestes casos, a lei ordinária tem capacidade normativa derogatória da lei complementar por uma situação constitucional específica.

Este é o principal ponto de preocupação – saber se uma lei ordinária é a ferramenta constitucionalmente adequada, especialmente considerando a existência de uma lei complementar, Lei Complementar n. 126/2007, e o histórico da Constituição de 1988 acerca da exigência de lei complementar, pelo já alterado art. 192 – a respeito da disciplina constitucional do contrato de resseguro.

E a conclusão, na matéria e pelos motivos já expostos, é de que não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade a ser levantada contra o PL n. 3.555/2004 e tampouco contra o seu substitutivo.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. *Lei Complementar na Constituição*. São Paulo: RT, 1971.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Lei Complementar: Teoria e Conceitos*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico*. São Paulo: Método, 2006.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MORAIS, Carlos Blanco de. *As Leis Reforçadas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional Econômico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional Brasileiro Concretizado: hard cases e soluções juridicamente adequadas*, vol. 2. São Paulo: Método, 2009.

## O RESSEGURO NA LEI DO CONTRATO DE SEGURO – CONSTITUCIONALIDADE

*José Eduardo Martins Cardozo*

*Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)  
Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)  
Membro do Conselho Diretor do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS  
Deputado Federal pelo estado de São Paulo  
Procurador do município de São Paulo  
Advogado*

Inicialmente, eu gostaria de agradecer ao IBDS na figura do Dr. Ernesto Tzirulnik por este honroso convite, por poder estar aqui com os senhores e com as senhoras. De imediato, porém, eu gostaria de esclarecer uma estranha situação que ora se verifica.

Habitualmente as pessoas quando vão participar de uma mesa conjunta pedem para falar primeiro. Eu pedi para falar depois do professor André Ramos Tavares e gostaria de dizer a razão. O professor André Ramos Tavares é, sem sombra de dúvidas, um dos maiores publicistas da mais moderna geração de juristas brasileiros. E eu queria muito ouvi-lo antes de falar. Há uma razão muito simples para que se explique este meu desejo: quando o Dr. Ernesto Tzirulnik me convidou para estar com os senhores e com as senhoras nesta tarde e me sugeriu o objeto da explanação que eu deveria fazer, qual seja, a análise dos aspectos constitucionais do resseguro no Projeto de Lei 3.555/2004, projeto, aliás, de minha autoria formal (formal, digo, porque foi o IBDS, com a coordenação do Dr. Ernesto

Tzirulnik que municiou toda a elaboração legislativa deste texto), fui assaltado por uma estranha dúvida.

Este projeto de lei dedica todo um capítulo ao resseguro, a saber, o seu Capítulo XI que reúne os artigos 62 a 67. Com o convite para analisá-los, sob o prisma da sua constitucionalidade, fiquei muito preocupado acerca do que eu deveria falar para uma plateia formada por especialistas no tema. Isto porque, por maior que fosse a minha reflexão e a minha imaginação sobre a matéria, toda a minha exposição haveria de se resumir a uma única frase: “Não vejo inconstitucionalidade alguma no projeto de lei”. E seria profundamente deslegante e grotesco atender a um convite do Dr. Ernesto Tzirulnik, meu amigo de muitos anos, dizendo em cinco segundos o conteúdo da minha palestra. Seria desrespeitoso. E então pensei eu: sou professor de direito administrativo, não sou um especialista na área de seguros. Aliás, jamais teria condições técnicas de elaborar um projeto como este sem o apoio total do Dr. Ernesto Tzirulnik e do IBDS. Pode ser então que alguma coisa me escape, por ter escapado à minha interpretação jurídica ou à minha defeituosa reflexão. Foi então que decidi ouvir previamente o Mestre André Ramos Tavares. Seguramente a sua erudita análise poderia me localizar melhor acerca das reflexões que eu poderia vir a fazer. E, reconheço, após ser brindado com a magnífica exposição do professor André, sou obrigado a confessar aos senhores que lamentavelmente eu ainda continuo com uma palestra de uma única frase a ser dita: “Não há nenhuma inconstitucionalidade no texto deste projeto de lei, no âmbito da disciplina que oferece acerca do resseguro”. Pelo menos, digo isto agora sob o brilho da avaliação prévia de um grande e ilustre publicista.

De onde nós devemos extrair esta conclusão? Inicialmente eu gostaria de observar, em primeiro lugar, que eu já era deputado quando foi votada a aprovação da emenda constitucional nº 40/2004. Votei nesta emenda. É claro que eu não desconheço que a intenção do legislador não serve muito do ponto de vista dos métodos que formam a hermenêutica. Mas não posso deixar de observar que, com a revogação daqueles parágrafos do art. 192 da Constituição Federal, em nenhum momento passou pela minha cabeça que o resultado jurídico da matéria aprovada seria o da construção de uma exegese de que uma lei complementar deveria tratar do assunto “resseguro”. E não creio, sinceramente, que tenha sido uma desatenção minha ou de todos os parlamentares que naquele momento procediam a uma manifestação do poder constituinte derivado. Isto porque, se me permitem uma análise sincera, como bem acabou de dizer o professor André Ramos Tavares, o texto modificado e agora em vigor do artigo 192 diz, em síntese, que o “sistema financeiro nacional em todas as partes que o compõem” será regulado por lei complementar. Eu chamo atenção para a expressão: “em todas as partes que o compõem”.

É bem verdade que a expressão “sistema financeiro nacional”, como também disse o professor André Ramos Tavares, não deixa de guardar uma acentuada “zona de indeterminação”. Talvez nós possamos até situá-la naquele campo em que a doutrina alemã costuma denominar de “conceitos jurídicos indeterminados”. Porém, lembremos, os próprios alemães reconhecem, quando analisam os conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da Teoria Geral do Direito, que eles possuem três zonas distintas de incidência. De fato, eles possuem a chamada “zona de certeza positiva ou inclusiva”, como querem alguns autores, que é o núcleo conceitual, ou seja, é aquele campo conceitual do qual ninguém duvida que haja a efetiva incidência do conceito em face da realidade concreta examinada; eles possuem também “a zona de certeza negativa ou exclusiva” que é aquela em que todos, indiscutivelmente, sabem que a realidade em exame está fora do conceito; e, finalmente, possuem a chamada “zona de indeterminação ou incerteza”, que é aquela em que há dúvida acerca da incidência ou não do conceito.

Pois bem. Vendo agora a expressão normativa “sistema financeiro nacional em todas as partes que o compõem” no artigo 192, da mesma forma em que a vi quando votava a modificação constitucional, me parece muito claro que a expressão “sistema financeiro nacional” diz respeito exclusivamente às pessoas e aos órgãos que integram este sistema e aos vínculos “intrassistemáticos” que mantém entre si. Por quê? Ora, porque a Constituição literalmente trata deste sistema “nas partes que o compõem”.

A exegese do dispositivo alterado nos pareceu e ainda nos parece hoje, portanto, imediata: o que deve ser tratado por lei complementar são apenas *as matérias atinentes às pessoas, aos entes e aos vínculos internos que compõem o sistema financeiro nacional*. Quaisquer situações “externas” a este sistema, quaisquer situações em que as regras incidam sobre outras realidades que não o compõem “em si mesmo considerado”, evidentemente, não são abarcadas por este dispositivo.

Perguntemos então: contratos que porventura exijam o acionamento do sistema financeiro nacional para o seu aperfeiçoamento estão dentro do âmbito do art. 192 da Constituição Federal? Claro que não. Por quê? Porque tudo o que não integra o sistema “em si”, não está colocado sobre a égide de lei complementar. Aliás, não será descabido lembrar que em boa interpretação exceções devem sempre ser compreendidas de forma restritiva. Na Constituição Federal a regra é a disciplina de matérias por leis ordinárias, sendo excepcional a exigência de lei complementar. Lei complementar só deve ser exigida nos casos em que a Constituição indubitavelmente a afirme como obrigatória. Donde, no caso, ser descabida a construção de uma interpretação ampliativa ou extensiva que sugira que todo e qualquer contrato que pressuponha para o seu aperfeiçoamento ou execução a existência do sistema financeiro nacional, só possa ser disciplinado por lei complementar em decorrência do art.

192 da Constituição Federal. Em boa hermenêutica, nunca expressões constitucionais ou legais devem ser interpretadas de forma ampliativa, a menos que a *ratio* do dispositivo diga o oposto. E não é o caso.

Portanto, se nós pretendermos abarcar no artigo 192 quaisquer contratos que porventura tenham uma incidência de operação no sistema financeiro nacional, talvez nós tenhamos que invalidar ou revogar o Código Civil brasileiro em toda a parte em que trata do direito das obrigações. Afinal, ele é uma lei ordinária. Nele não poderíamos tratar de alienação fiduciária, de juros, de correção monetária e de tantas outras realidades que por ele são disciplinadas. Aliás, esta interpretação seria um golpe profundo no Código Civil de 2002.

Diante disto, é que eu tinha a minha dúvida original: o que vou dizer para aquela plateia de especialistas? Isto porque a análise a ser feita me parecia de uma obviedade tão cristalina que eu tinha, sinceramente, dificuldade de encontrar um argumento sólido a refutar em sentido oposto. Nós no direito, sempre trabalhamos com negações. Afirma-se uma tese para negar outra. Rebate-se com vigor um argumento para sedimentar o oposto. Só que, no caso, é difícil construir um raciocínio minimamente plausível em que se funde uma eventual tese oposta. Não vejo como se possa argumentar, em bom juízo, que diante do texto da nossa vigente Constituição se possa sustentar que uma lei ordinária não pode tratar de resseguro.

Não bastasse isto, quando nós lemos o Projeto de Lei nº 3.555/2004, então aí a coisa parece que foge de qualquer contexto ou significado. Os artigos 62 a 67 tratam exclusivamente de relações contratuais. Não há nenhuma referência ou incidência que possa implicar a sua inclusão no sistema financeiro nacional. Ora, se assim é, por que então o resseguro teria que ser disciplinado por lei complementar? Não há – repito – resposta plausível.

E aí então eu volto a me perguntar: se estou certo ao formular esta conclusão – e acabei de confirmar minha certeza com as palavras sábias do professor André –, por que ao longo das discussões do projeto em questão nos deparamos com esta tese? Ou seja, que razões levam a que pessoas com tanta veemência e autoridade digam para mim e ao meu colega Moreira Mendes (que foi o relator brilhante deste projeto e que muito o aperfeiçoou) que é inconstitucional o pretendido tratamento dado por uma lei ordinária à matéria. Por quê?

Eu me lembro de um professor de Direito Constitucional que dizia que os erros interpretativos da Constituição mais comuns se prendem a duas razões. A primeira delas é o apego à tradição. A segunda é o acobertamento de posições ideológicas ou de interesses. Fico então pensando: o que terá levado à formulação desta tese tão estapafúrdia? Será o apego à tradição? Eu tenho dificuldade de, sinceramente, vislumbrar que, no caso, exista algum tipo de apego à tradição. Isto porque, em que pese nós tenhamos tido a alteração

constitucional a que me referi e a que o professor André também se referiu em relação ao aludido art. 192, o próprio texto original da Constituição, acredito eu, traria dúvidas se este projeto de lei não poderia ser apresentado ainda que com base nele. Aliás, em direito nós temos o costume de afirmar que traria dúvida quando queremos dizer que temos uma certeza. E é neste sentido que estou usando agora esta expressão. Tenho certeza de que mesmo pelo texto não alterado pela emenda de 2003 da Constituição não haveria que se colocar qualquer óbice à admissibilidade deste projeto de lei. Afinal de contas, aquele texto apenas falava da autorização expressa para o funcionamento de instituições de resseguros. Não colocava no plano da lei complementar o tratamento das relações obrigacionais que envolvam o resseguro que é o que, com a devida vênia, faz este projeto. Imaginar-se então que possa aí haver um misoneísmo, um apego à tradição interpretativa do passado – que é, aliás, uma das alucinações mais frequentes dos intérpretes que atuam no mundo constitucional – parece pouco provável. Afinal, a norma revogada não permitia indubitavelmente a conclusão de que a matéria não poderia ser tratada por lei ordinária. Aliás, o fato de ser uma lei complementar a que tratou do resseguro, em nada, em si, modifica esta conclusão. Imaginar-se que uma lei ordinária não pode revogar uma lei complementar, diante de um novo texto constitucional que não obriga a disciplina pela norma que exige maior quórum de aprovação, seria um absurdo. Francamente, a tese de que existe hierarquia entre leis complementares e leis ordinárias já naufragou há muitos anos. Quando eu fiz a faculdade de Direito já estava superada. Hoje não há dúvida nenhuma de que leis complementares não têm hierarquia sobre leis ordinárias. Há, de fato, uma diferença de quórum de aprovação e, portanto, uma mera distinção de campo material de incidência definida pela Constituição Federal. Sendo assim, imaginar que uma lei ordinária – quando a Constituição sugere que a matéria deva ser tratada por lei ordinária – não possa revogar uma antiga lei complementar é simplesmente afrontoso a uma inteligência média. Logo, eu não posso vislumbrar aqui, sinceramente, apego à tradição. Resta, portanto, outro caminho a seguir: ou é uma questão ideológica ou há interesse por trás da tese em apreço.

Talvez as duas coisas possam existir. Eu não poderia prejudicar sem conhecer a quem julgo. Mas sem sombra de dúvidas, eu tenho visto ao longo do debate deste projeto de lei que o IBDS me propiciou ser autor, muita polêmica motivada por um claro viés ideológico. Há quem diga que o contrato de seguro, o de resseguro, ou que qualquer contrato não precisa de uma lei que os discipline, que são suficientes normas mais vagas possíveis. Ou seja: que a não intervenção do legislativo na sociedade seria boa para deixar a famosa “mão invisível do mercado” tudo regular. Isto é um componente ideológico, não poderemos, pois, debatê-lo no campo da estrita técnica jurídica.

Devemos, porém, lembrar que esta visão ideológica está profundamente em xeque neste momento, em face da crise que nós vivemos. Ou seja: mesmo os maiores adeptos desta visão não intervencionista, não regulatória do Estado, hoje estão com o pé atrás diante da crise que o enfraquecimento do Estado e a ausência de regulação estatal gerou na vida econômica dos povos. Aqueles que no passado pediam a não regulamentação do Estado hoje clamam pelo amor de Deus que o Estado entre no jogo, estatizando bancos e baixando normas regulatórias. Portanto, esta posição ideológica, que muitos chamam de “neoliberal”, está hoje posta em xeque. Mas ela existe e tem que ser enfrentada, sem ser travestida por argumentos de inconstitucionalidades inexistentes.

Assim, se está por trás da objeção de constitucionalidade que se faz ao PL 3.555 uma visão ideológica, isto é que deve ser discutido. Devemos discutir de peito nu, sem subterfúgios retóricos, se o Estado deve disciplinar estas questões ou não. Devemos discutir se a situação existente hoje no mercado brasileiro de seguros é boa e para quem é boa. Devemos debater se não seria bom para o mercado ter uma lei regulatória que equilibrasse as relações existentes. Devemos analisar se será bom deixar tudo como está, se certas situações não são opressivas, imprevisíveis, e se não geram, em certos casos, intervenções descabidas de controle do próprio Estado fundado em atos administrativos que ofendem o princípio da legalidade. Eu quero então discutir de peito nu e aberto a ideologia que anima esta forma de construir teses de inconstitucionalidades e perguntar aos cultores da “mão invisível” que hoje parece amputada no momento de crise em que vivemos: é bom ou não o Estado intervir em casos como estes? Será correto que a mão contratual invisível atue em realidades desta natureza, em que há interesses econômicos tão díspares, poderes reais tão desequilibrados? Será bom ou mau para o desenvolvimento das relações econômicas ter a previsibilidade de uma lei disciplinadora dos resseguros? Eu aprendi desde cedo que nas sociedades capitalistas modernas a previsibilidade é um dos fatores que determinam efetivamente a boa economia. E, portanto, quero discutir isto sim, do ponto do seu mérito. E não sob o ponto de vista de uma inconstitucionalidade camuflada e inexistente.

Todavia, uma discussão racional e inteligente não poderá prosseguir se o que está por trás da tese da inconstitucionalidade não for apenas uma visão ideológica ultrapassada de mundo. Pode ser que a causa verdadeira, real, do clamor de inconstitucionalidade que do nada emerge, sejam “interesses”. Interesses acobertados pelo manto de uma tese de inconstitucionalidade. Quando, por qualquer razão, interesses são acobertados, só há uma razão para este agir: é que eles não são legítimos e não podem ser expostos e debatidos à luz do sol. Quem tem um interesse legítimo a defender pode apresentá-lo a nu, sem subterfúgios, enfrentando, de peito aberto, as situações que querem atingi-lo. Mas quem acoberta, através de argumentos retóricos, a sua real pretensão, o seu real interesse, é porque não pode dizer

para a sociedade o que efetivamente defende. Somente o inconfessável não pode ser objeto de confissão ou de proclamação pública.

Portanto, senhores e senhoras, pela própria dificuldade que tive de formular e de continuar a palestra eu vou acabar encerrando aqui a minha fala. Mas quero ainda dizer o seguinte: eu prefiro enfrentar essa discussão de peito aberto: não há inconstitucionalidade no tratamento que o PL 3.555 dá ao tema dos resseguros. Querem discutir ideologia? Vamos à tribuna do Congresso Nacional discutir ideologia. Mas se são interesses não republicanos, inconfessáveis, acobertados por teses constitucionais estapafúrdias, vamos desvelá-los, vamos colocá-los sob a luz direta do sol. Nos tempos atuais, democráticos, a sociedade não pode mais se curvar a interesses que buscam o poder retórico do Direito para tentar mascarar situações que são absolutamente injustificadas e ilegítimas.

Muito obrigado.

# RESSEGURO E ORDEM ECONÔMICA

## RESSEGURO E ORDEM ECONÔMICA

*Gilberto Bercovici*

*Doutor e Livre-Docente em Direito Econômico pela Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo (USP)  
Professor Associado de Direito Econômico e Economia Política da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)  
Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico  
da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.*

A preocupação do Estado brasileiro com o setor de seguros e seu sustentáculo, o resseguro, não foi uma manifestação isolada. No decorrer de todo o século XX, nos mais variados países, ampliaram-se a participação e o controle estatal sobre o setor securitário. Na Alemanha, por exemplo, desde a metade do século XIX debate-se a questão do controle estatal sobre os seguros. A partir de Bismarck, o Estado alemão definiu o seguro social como matéria estatal, subordinada ao regime jurídico administrativo, e manteve o setor privado

no regime de concorrência, embora com participação de empresas estatais de seguro e forte regulação e fiscalização estatais<sup>1</sup>.

Na França, por sua vez, o risco presente no setor de seguros sempre foi utilizado para justificar o controle estatal, que se consolidou em 1946, com a nacionalização de cerca de 60% (sessenta por cento) do setor, cujas reservas foram utilizadas como poupança forçada e forma de obtenção de recursos pelo Estado francês. Foi criado também um órgão estatal ressegurador, a *Caisse Centrale de Réassurances*, visando garantir o bom funcionamento do sistema<sup>2</sup>. Finalmente, na Itália, o setor de seguros foi dominado, desde 1912, pelo INA (*Istituto Nazionale delle Assicurazioni*), um ente público criado para promover gradualmente a nacionalização do setor. Embora se tenha decidido, posteriormente, pela manutenção da iniciativa privada na área securitária, o INA dotou o Estado italiano de conhecimento técnico-econômico do setor e serviu para manifestar o poder estatal na regulação e controle dos seguros privados. Embora o INA tenha sido privatizado na década de 1990, a atividade securitária na Itália continua a ser fortemente controlada e regulada pelo Estado<sup>3</sup>.

A justificativa de criação do órgão que seria o IRB, em 1936, foi a de que o Instituto deveria preceder à nacionalização das companhias de seguro<sup>4</sup>, sob pena de tornar esta medida tecnicamente inviável e economicamente inócua. Uma das principais preocupações, ao lado do desenvolvimento do setor de seguros/resseguros, era evitar a evasão de divisas

<sup>1</sup> Vide Walter JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 3ª ed, Berlin, Verlag von Julius Springer, 1931, pp. 539-545; Justus Wilhelm HEDEMANN, *Deutsches Wirtschaftsrecht: Ein Grundriss*, Berlin, Junker und Dünnhaupt Verlag, 1939, pp. 143-144; Ernst Rudolf HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2ª ed, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1953, vol. 1, pp. 162-169 e 734-743 e Peter BADURA, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung: Ein exemplarischer Leitfaden*, 2ª ed, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2005, pp. 128-129. Sobre a importância da seguridade social na Alemanha do Segundo Império, especialmente sob Bismarck, cuja política foi denominada de "solução securitária" ("*Versicherungslösung*"), vide Michael STOLLEIS, *Geschichte des Sozialrechts in Deutschland: Ein Grundriss*, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2003, pp. 52-74.

<sup>2</sup> Bernard CHENOT, *Organisation Économique de l'État*, 2ª ed, Paris, Dalloz, 1965, pp. 433-435.

<sup>3</sup> Alberto JORIO, *Impresa di Assicurazione e Controllo Pubblico*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 55-99 e Massimo Severo GIANNINI, *Diritto Pubblico dell'Economia*, reimpr. da 3ª ed, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 160 e 201-202.

<sup>4</sup> A defesa da nacionalização das sociedades seguradoras foi feita, em 1936, pelo então Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, Agamenon Magalhães, que elaborou o anteprojeto de lei que criava o Instituto Federal de Resseguros. Vide Agamenon MAGALHÃES, *O Anteprojecto de Nacionalização das Sociedades de Seguros e o Instituto Federal de Resseguro*, Rio de Janeiro, Ministério do Trabalho, Indústria e Commercio, 1936, pp. 7-15, 19-21, 23-25, 33-34 e 39-42. Vide, ainda, Barbosa LIMA Sobrinho, *A Nacionalidade da Pessoa Jurídica*, Belo Horizonte, Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1963, pp. 188-201. Para um levantamento histórico da dominação estrangeira no setor de seguros brasileiro do início do século XX, vide Ricardo Cesar Rocha da COSTA, "A Atividade de Seguros nas Primeiras Décadas da República" in Verena ALBERTI (coord.), *Entre a Solidariedade e o Risco: História do Seguro Privado no Brasil*, Rio de Janeiro, Ed. FGV, 1998, pp. 23-80.

para o exterior e a proteção aos capitais segurados em companhias operando no Brasil<sup>5</sup>. A criação do IRB - Brasil Resseguros S.A., sob a denominação de Instituto de Resseguros do Brasil, autorizada por meio do Decreto-Lei nº 1.186, de 03 de abril de 1939<sup>6</sup>, deu-se, portanto, neste contexto de industrialização e internalização dos centros de decisão econômica, para evitar a evasão de divisas para o exterior e fortalecer a economia nacional, com o emprego das reservas acumuladas no país. Sua instituição inaugurou o monopólio estatal do setor de resseguros, antes totalmente desnacionalizado<sup>7</sup>, concretizando o disposto pioneiramente no artigo 117, *caput* da Constituição de 1934 e, posteriormente, no artigo 145 da Carta de 1937, visando ao controle nacional do setor de seguros<sup>8</sup>:

Art. 117, *caput* da Constituição de 1934: “*A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedade brasileira as estrangeiras que actualmente operam no país*”.

Art. 145 da Carta de 1937: “*Só poderão funcionar no Brasil os bancos de depósito e as empresas de seguros, quando brasileiros os seus acionistas. Aos bancos de depósito e empresas de seguros actualmente autorizados a operar no país, a lei dará um prazo razoável para que se transformem de acordo com as exigências deste artigo*”.

A situação de monopolista do IRB foi mantida com a Constituição de 1946 (artigo 149) e com a redação original da Constituição de 1988 (artigo 192, II):

<sup>5</sup> Agamenon MAGALHÃES, *O Anteprojecto de Nacionalização das Sociedades de Seguros e o Instituto Federal de Resseguro* cit., pp. 73-78 e João Carlos VITAL, *A Criação e Organização do Instituto de Resseguros do Brasil, 1939-1940*, Rio de Janeiro, IRB, 1941, pp. 16 e 22-34.

<sup>6</sup> Posteriormente, o IRB foi reestruturado pelo Decreto-Lei nº 9.735, de 04 de setembro de 1946, pelo Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, e pela Lei nº 9.482, de 13 de agosto de 1997.

<sup>7</sup> Cf. Alberto VENÂNCIO Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*, Rio de Janeiro, Ed. FGV, 1968, pp. 286-289 e Pedro ALVIM, *Política Brasileira de Seguros*, Ed. Manuais Técnicos de Seguros, 1980, pp. 89-92. Sobre o monopólio do setor de resseguros exercido pelo IRB, vide Paulo Luiz de Toledo PIZA, *Contrato de Resseguro: Tipologia, Formação e Direito Internacional*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, 2002, pp. 42-44, 63, 462, 469-472 e 478-481.

<sup>8</sup> Vide João Carlos VITAL, *A Criação e Organização do Instituto de Resseguros do Brasil* cit., pp. 20-84; Pedro ALVIM, *Política Brasileira de Seguros* cit., pp. 89-110, 128-137 e 138-145; Pedro ALVIM, *Política Nacional de Seguros: Neoliberalismo, Globalização e Mercosul*, São Paulo, Ed. Manuais Técnicos de Seguros, 1996, pp. 319-326; Marly Silva da MOTTA, “A Criação e a Estruturação de uma Instituição-Modelo da Era Vargas: O Instituto de Resseguros do Brasil” in Verena ALBERTI (coord.), *Entre a Solidariedade e o Risco* cit., pp. 84-113 e Carlos Eduardo SARMENTO, “Nacionalização e Expansão: O Mercado Segurador Brasileiro entre 1939 e 1963” in Verena ALBERTI (coord.), *Entre a Solidariedade e o Risco* cit., pp. 134-171.

Art. 149 da Constituição de 1946: “A lei disporá sobre o regime dos bancos de depósito, das empresas de seguro, de capitalização e de fins análogos”.

Art. 192, II da Constituição de 1988: “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: II - autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial ressegurador”.

O surgimento do IRB vinculado ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio é explicado pela preocupação do Governo Vargas em nacionalizar o setor de seguros juntamente com a consolidação da seguridade social<sup>9</sup>. O IRB será deslocado, com a criação do Ministério da Indústria e Comércio (artigo 4º, VI da Lei nº 3.782, de 22 de julho de 1960), no início da década de 1960, e, finalmente, em 1979, será transferido para o Ministério da Fazenda. A Constituição de 1988, ao inserir os setores de seguro e resseguro no sistema financeiro nacional (artigo 192, em sua redação original), retirou de vez qualquer vínculo do IRB com a seguridade, integrando-o definitivamente no setor financeiro de atuação estatal<sup>10</sup>.

A atividade de resseguro, prestada pelo IRB, inclusive como monopolista legal, é uma atividade econômica em sentido estrito, não um serviço público<sup>11</sup>. O monopólio legal do IRB justificava-se, com base no próprio artigo 173 da Constituição, em relevante interesse coletivo. Ao contrário da definição material de serviço público, a atividade de ressegu-

<sup>9</sup> Na composição original do IRB, os institutos federais de previdência social eram detentores de 70% (setenta por cento) das ações e as companhias seguradoras, compulsoriamente, detinham 30% (trinta por cento) das ações (artigos 7º, 8º e 9º do Decreto-Lei nº 1.186/1939). Sobre a composição acionária inicial do IRB, vide João Carlos VITAL, *A Criação e Organização do Instituto de Resseguros do Brasil* cit., pp. 87-95.

<sup>10</sup> Sobre esta evolução histórica do IRB, vide Pedro ALVIM, *Política Brasileira de Seguros* cit., pp. 110-124 e 273-285; Carlos Eduardo SARMENTO, “Nacionalização e Expansão: O Mercado Segurador Brasileiro entre 1939 e 1963” cit., pp. 172-176; Maria Antonieta P. LEOPOLDI, “A Reforma do Sistema de Seguros Privados no Governo Militar (1964-1984)” in Verena ALBERTI (coord.), *Entre a Solidariedade e o Risco* cit., pp. 209-222 e Maria Antonieta P. LEOPOLDI, “Os Anos de Incerteza: Redemocratização, Globalização Financeira e Desregulação do Setor de Seguros Privados (1985-1998)” in Verena ALBERTI (coord.), *Entre a Solidariedade e o Risco* cit., p. 258. Vide, ainda, para uma análise do setor de seguros sob a Constituição de 1988, Pedro ALVIM, *Política Nacional de Seguros* cit., pp. 68-76.

<sup>11</sup> Sobre a clássica distinção da atividade econômica em sentido amplo em atividade econômica em sentido estrito e serviço público, vide Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 101-111.

ro não é atividade indispensável à consecução da “coesão e interdependência sociais”<sup>12</sup> (muito embora seja essencial para o desenvolvimento econômico e industrial brasileiro), justificando a necessidade da prestação estatal, direta ou indireta. A atividade de resseguro não seria também serviço público para os que adotam a concepção formal de serviço público, inspirada em Gaston Jèze (só é serviço público a prestação submetida ao regime de direito público, ao regime administrativo)<sup>13</sup>. A Constituição não definia o resseguro, em sua redação original, anterior à Emenda Constitucional nº 13, de 21 de agosto de 1996<sup>14</sup>, como serviço público, assim como não o fazem o Decreto-Lei nº 73/1966 e a recente Lei Complementar nº 126, de 15 de janeiro de 2007. A atividade de resseguro é, no entanto, de fundamental importância para o processo econômico, ou seja, trata-se de uma atividade econômica de relevante interesse coletivo.

O mercado de seguros é exercido por grandes empresas<sup>15</sup>, que garantem sua operacionalidade, ao administrar fundos comuns ou de poupança coletiva, formados pelas contribuições (prêmios) de cada um dos segurados. Esta administração tem por finalidade garantir, no decorrer de uma determinada duração temporal, geralmente longa, os interesses legítimos dos segurados, que estão expostos a determinados riscos. A solvência e a

<sup>12</sup> Para a concepção material de serviço público, vide Ruy Cirne LIMA, *Princípios de Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo, RT, 1982, pp. 81-85; Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* cit., pp. 123-140 e Eros Roberto GRAU, “Constituição e Serviço Público” in Eros Roberto GRAU & Willis Santiago GUERRA Filho (orgs.), *Direito Constitucional - Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 249-267.

<sup>13</sup> Vide, por exemplo, Gaston JÈZE, *Les Principes Généraux du Droit Administratif* cit., 3ª ed, 1930, vol. 2, pp. 1-23; Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 20ª ed, São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 633-639 e Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 20ª ed, São Paulo, Atlas, 2007, pp. 86-92.

<sup>14</sup> A Emenda Constitucional nº 13/1996 retirou a expressão “*órgão oficial ressegurador*” do texto constitucional. Vide Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* cit., p. 307 e Maria Antonieta P. LEOPOLDI, “Os Anos de Incerteza: Redemocratização, Globalização Financeira e Desregulação do Setor de Seguros Privados (1985-1998)” cit., pp. 269-272. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, retirou todos os incisos e parágrafos do artigo 192 e alterou a redação do seu *caput* para: “*O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.*”

<sup>15</sup> No setor de seguros, a própria noção de empresarialidade é essencial para a realização do contrato, conforme explicita o parágrafo único do artigo 757 do novo Código Civil: “*Art. 757 - Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.* Parágrafo único. *Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.*”

capacidade operacional das empresas seguradoras exigem a autorização e o controle estatal sobre a atividade, visando preservar os interesses dos segurados<sup>16</sup>.

O resseguro é um mecanismo de dissolução de risco das seguradoras, essencial para a viabilidade de um mercado segurador no país, e, conseqüentemente, de todo o setor produtivo, pois ajuda a conferir estabilidade técnica e financeira às empresas de seguro. O risco do resseguro recai sobre o da atividade da seguradora, mas influencia a formação do contrato de seguro no caso dos seguros empresariais, de grande vulto financeiro<sup>17</sup>.

Deste modo, a importância do antigo monopólio legal do IRB e do controle estatal sobre a política de seguros privados justificava-se (e, em certa medida, ainda se justifica) para garantir o interesse dos segurados e beneficiários dos contratos de seguro, fortalecer as relações econômicas do mercado e para promover a expansão e integração do mercado de seguros no processo econômico e social do país, evitar a evasão de divisas, preservar a liquidez e solvência das seguradoras e coordenar a política de seguros com as políticas de investimentos, monetária, creditícia e fiscal do Governo Federal (artigos 2º, 4º e 5º do Decreto-Lei nº 73/1966, ainda em vigor).

Trata-se, portanto, de atividade econômica em sentido estrito, visando à consecução de objetivos de política econômica do Estado brasileiro<sup>18</sup>, além da preservação do mercado e das relações econômicas no Brasil. O Estado brasileiro atua no setor de seguros e de resseguros com base na preservação de relevante interesse coletivo (artigo 173, *caput* da Constituição).

No setor de seguros/resseguros há, como apontado, uma ampla atuação intervencionista do Estado, pois se trata de uma atividade econômica que funciona na base da confiança e com a movimentação de grandes somas de recursos financeiros. O controle e a fiscalização do Estado são, neste caso, essenciais, seja para garantia das reservas financeiras manipuladas pelas empresas seguradoras, seja para tornar efetiva a garantia ao segurado,

<sup>16</sup> Vide, neste sentido, Cesare VIVANTE, *Del Contratto di Assicurazione*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1909, pp. 11-13 e Ernesto TZIRULNIK; Flávio de Queiroz B. CAVALCANTI & Ayrton PIMENTEL, *O Contrato de Seguro de acordo com o Novo Código Civil Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2003, pp. 39-40. Vide, ainda, Tullio ASCARELLI, "O Conceito Unitário do Contrato de Seguro" in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, Campinas, Bookseller, 2001, pp. 311-316 e 364-366; Fábio Konder COMPARATO, *O Seguro de Crédito: Estudo Jurídico*, São Paulo, RT, 1968, pp. 24-26 e 159-161 e Paulo Luiz de Toledo PIZA, *Contrato de Resseguro cit.*, pp. 119-127.

<sup>17</sup> Fábio Konder COMPARATO, *O Seguro de Crédito cit.*, pp. 105-106; Pedro ALVIM, *Política Nacional de Seguros cit.*, pp. 303-310; Paulo Luiz de Toledo PIZA, *Contrato de Resseguro cit.*, pp. 88-91 e 235 e Ernesto TZIRULNIK; Flávio de Queiroz B. CAVALCANTI & Ayrton PIMENTEL, *O Contrato de Seguro de acordo com o Novo Código Civil Brasileiro cit.*, pp. 42-43. Vide também Agamenon MAGALHÃES, *O Anteprojecto de Nacionalização das Sociedades de Seguros e o Instituto Federal de Resseguro cit.*, pp. 45-47.

<sup>18</sup> A política de seguros é competência exclusiva da União, conforme prescrevem os artigos 21, VIII e 22, VII da Constituição de 1988. Sobre os objetivos da política nacional de seguros privados, vide Paulo Luiz de Toledo PIZA, *Contrato de Resseguro cit.*, pp. 469-472.

ou seja, pelo “simples” fato de que os recursos manejados pelo setor securitário e ressecuritário são provenientes de poupança pública.

O IRB foi criado em 1939 justamente para evitar a evasão de divisas para o exterior, garantir um maior equilíbrio no balanço de pagamentos e fortalecer a economia nacional, reduzindo a dependência de recursos externos e elevando o potencial nacional de retenção de recursos e de poupança interna. A função do IRB foi estratégica e há, ainda, a necessidade de que permaneça na esfera estatal, mesmo sem ser mais monopolista legal<sup>19</sup>.

A importância do setor securitário/ressecuritário torna-se evidente quando se analisa a política brasileira de industrialização, instituída a partir de 1930. O processo de industrialização por substituição de importações procurou industrializar aceleradamente a América Latina, em condições bem distintas das ocorridas nos países desenvolvidos, como resposta às restrições do comércio exterior iniciadas com a crise de 1929. O fundamento que justificaria, posteriormente, esta política é a concepção centro-periferia da CEPAL (Comisión Económica para América Latina). Para que os países periféricos pudessem adquirir um ritmo de crescimento da produção e da renda maior que o dos países centrais, tentando superar o subdesenvolvimento, seria necessário que se industrializassem. Esta industrialização seria característica das fases de “desenvolvimento para dentro” (*desarrollo hacia adentro*), devendo ser orientada por meio de uma política deliberada de desenvolvimento. O planejamento e o Estado desempenham um papel preponderante na industrialização por substituição de importações, bem como a proteção alfandegária do mercado interno.

Este tipo de industrialização não busca, como pode parecer, eliminar todas as importações, substituindo produtos importados por produtos nacionais. Nem é seu objetivo diminuir a quantidade global de importações, pois, conforme a industrialização substitutiva avança, aumenta a demanda por outros tipos de importações (equipamentos, maquinário, etc.). A industrialização por substituição de importações é um processo de

<sup>19</sup> Alberto VENÂNCIO Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico* cit., pp. 285 e 289; Pedro ALVIM, *Política Brasileira de Seguros* cit., pp. 232-236; Pedro ALVIM, *Política Nacional de Seguros* cit., pp. 327-343 e Paulo Luiz de Toledo PIZA, *Contrato de Resseguro* cit., pp. 461-465.

desenvolvimento interno que se manifesta com a ampliação e diversificação da capacidade produtiva industrial<sup>20</sup>.

A industrialização brasileira significou a criação de um mercado nacional articulado<sup>21</sup>. A partir da crise de 1929, as barreiras ao comércio internacional deslocaram o centro dinâmico da economia brasileira do setor exportador para o mercado interno. Esta política teve apoio deliberado do Estado nacional para promover a integração do mercado nacional e beneficiar o processo de industrialização<sup>22</sup>. A expansão da industrialização tornou-se o setor dinâmico da economia nacional, mas é uma expansão restringida. Ainda não havia condições técnicas e financeiras para que se implantasse o núcleo fundamental da indústria de bens de produção, o que vai ser obtido com a atuação decisiva do Estado, nas décadas de 1940 e 1950. Só a partir da implementação do Plano de Metas (1956-1961), o processo de industrialização brasileira vai superar a fase restringida e passar à fase de industrialização pesada<sup>23</sup>.

No Brasil, durante o período do nacional-desenvolvimentismo (1930-1964), uma das preocupações centrais do Estado foi a de transformar o potencial investidor do setor segurador em investimentos na infraestrutura do país. Na década de 1950, por exemplo, houve um aumento no recolhimento das reservas técnicas das empresas seguradoras para direcionar estes recursos aos fundos do BNDE (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico). O controle estatal sobre o setor securitário está voltado, assim, mais propriamente à gestão dos recursos financeiros do país. O Estado busca dirigir os recursos financeiros do setor securitário para sustentar suas próprias iniciativas, dispondo de uma ampla margem de manobra para determinar a destinação das reservas. Trata-se, portan-

<sup>20</sup> Raúl PREBISCH, "El Desarrollo Económico de la América Latina y Algunos de sus Principales Problemas" in Adolfo GURRIERI (org.), *La Obra de Prebisch en la CEPAL*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, vol. 1, pp. 143-154; Maria da Conceição TAVARES, "Auge e Declínio do Processo de Substituição de Importações no Brasil" in *Da Substituição de Importações ao Capitalismo Financeiro - Ensaio sobre a Economia Brasileira*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Zahar, 1973, pp. 33-35 e 38-41 e Octavio RODRÍGUEZ, *La Teoría del Subdesarrollo de la CEPAL*, 8ª ed., México, Siglo Veintiuno Ed, 1993, pp. 39-40, 64-69 e 165-168. Vide também Antônio José Avelãs NUNES, *Industrialização e Desenvolvimento: A Economia Política do "Modelo Brasileiro de Desenvolvimento"*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 280-350.

<sup>21</sup> Celso FURTADO, *Formação Econômica do Brasil*, 24ª ed., São Paulo, Cia. Ed. Nacional, 1991, pp. 236-237 e Octavio IANNI, *Estado e Capitalismo*, 2ª ed., São Paulo, Brasiliense, 1989, pp. 67-68.

<sup>22</sup> Sobre a crise de 1929 e a política de recuperação econômica por meio da defesa do setor cafeeiro, levada a cabo a partir da Revolução de 1930, vide a análise clássica de Celso FURTADO in *Formação Econômica do Brasil* cit., capítulo XXXI, pp. 186-194.

<sup>23</sup> Carlos LESSA, *Quinze Anos de Política Econômica*, 4ª ed., São Paulo, Brasiliense, 1983, pp. 86-89 e João Manuel Cardoso de MELLO, *O Capitalismo Tardio*, 8ª ed., São Paulo, Brasiliense, 1991, pp. 109-122. Sobre o declínio do modelo de industrialização por substituição de importações até então bem-sucedido, vide especialmente Maria da Conceição TAVARES, "Auge e Declínio do Processo de Substituição de Importações no Brasil" cit., pp. 115-124.

to, de um meio poderoso de intervenção direta na orientação do emprego de recursos financeiros para finalidades de interesse público e de defesa da economia nacional<sup>24</sup>.

O papel estratégico do IRB para a economia nacional está também vinculado à proteção do mercado interno, constitucionalmente consagrada no artigo 219 da Constituição de 1988. Ao integrar o mercado interno ao patrimônio nacional, este artigo deve ser compreendido como um corolário da soberania econômica nacional (artigo 170, I da Constituição)<sup>25</sup>. O significado deste dispositivo é justamente a endogeneização do desenvolvimento tecnológico e a internalização dos centros de decisão econômicos, seguindo o programa de superação do subdesenvolvimento proposto por Celso Furtado e pela CEPAL e incorporados no texto constitucional de 1988<sup>26</sup>. Afinal, desde as concepções da CEPAL, entende-se o Estado, por meio do planejamento, como o principal promotor do desenvolvimento. Para desempenhar a função de condutor do desenvolvimento, o Estado deve ter autonomia frente aos grupos sociais, ampliar suas funções e readequar seus órgãos e estrutura. O papel estatal de coordenação dá a consciência da dimensão política da superação do subdesenvolvimento, dimensão esta explicitada pelos objetivos nacionais e prioridades sociais enfatizados pelo próprio Estado. As reformas estruturais são o aspecto essencial da política econômica dos países subdesenvolvidos, condição prévia e necessária da política de desenvolvimento. Coordenando as decisões pelo planejamento, o Estado deve atuar de forma muito ampla e intensa para modificar as estruturas socioeconômicas, bem como distribuir e descentralizar a renda, integrando, social e politicamente, a totalidade da população<sup>27</sup>.

A natureza jurídica do IRB, desde sua criação, é a de uma sociedade de economia mista, seguindo a política posta em prática durante o Estado Novo de abrir espaço para a representação dos interesses dos setores privados da economia. No entanto, houve quem defendesse se tratar o IRB de uma “*societate sui generis*”, tendo em vista que não se tratava

<sup>24</sup> Alberto JORIO, *Impresa di Assicurazione e Controllo Pubblico* cit., pp. 97 e 126-130 e Carlos Eduardo SARMENTO, “Nacionalização e Expansão: O Mercado Segurador Brasileiro entre 1939 e 1963” cit., pp. 187-203.

<sup>25</sup> Para uma análise sobre o princípio constitucional da soberania econômica e sobre a incorporação do mercado interno ao patrimônio nacional, vide Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* cit., pp. 225-231, 254-255 e 273.

<sup>26</sup> Sobre a incorporação do ideário nacional-desenvolvimentista (e keynesiano) no texto da Constituição de 1988, vide Gilberto BERCOVICI, *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*, São Paulo, Max Limonad, 2003, pp. 35-44, 54-67, 291-302 e 312-315; Gilberto BERCOVICI, “Estado, Soberania e Projeto Nacional de Desenvolvimento: Breves Indagações sobre a Constituição de 1988”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* n° 1, Belo Horizonte, Del Rey, janeiro/junho de 2003, pp. 559-569 e Gilberto BERCOVICI, *Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a partir da Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 45-68.

<sup>27</sup> Vide Adolfo GURRIERI, “Vigencia del Estado Planificador en la Crisis Actual”, *Revista de la CEPAL* n° 31, Santiago, CEPAL, abril de 1987, pp. 201-217 e Celso FURTADO, *Brasil: A Construção Interrompida*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1992, pp. 11-13, 24-35, 38, 40-48, 51-52, 61-64 e 74-75.

propriamente de uma sociedade, pois os detentores de seu capital não exerciam os direitos e deveres de sócios<sup>28</sup>.

Com a promulgação da Lei nº 9.482, de 13 de agosto de 1997, que renomeou o IRB para Brasil Resseguros S.A. e dispôs sobre a abertura do seu capital social, foi reafirmada sua natureza jurídica de sociedade de economia mista. Esta lei foi editada no contexto da quebra do monopólio constitucional do IRB no setor de resseguros, por meio da alteração do artigo 192, II da Constituição de 1988 pela Emenda Constitucional nº 13/1996, e, posteriormente, com a edição da Lei Complementar nº 126/2007, que passou a permitir a atuação de resseguradores estrangeiros no país, embora mantendo o IRB como ressegurador local (artigo 22).

O objetivo das sociedades de economia mista, como o IRB, não é a obtenção de lucro. Pelo contrário, segundo Fábio Konder Comparato, a legitimidade da ação do Estado como empresário (a chamada iniciativa econômica pública) é a produção de bens e serviços que não podem ser obtidos de forma eficiente e justa no regime da exploração econômica privada. Não há nenhum sentido em o Estado procurar receitas por meio da exploração direta da atividade econômica<sup>29</sup>. Aqui, estamos na esfera dos objetivos da política econômica, de estruturação de finalidades maiores, como uma rede de proteção securitária/ressecuritária, cuja instituição e funcionamento ultrapassam a racionalidade de um único ator individual (como a própria sociedade ou seus acionistas).

Como ressalta Washington Peluso Albino de Souza, a criação de uma empresa estatal, como uma sociedade de economia mista, já é um ato de política econômica<sup>30</sup>. Os objetivos do IRB estão fixados por lei, sintetizando-se no adequado fornecimento da teia ressecuritária para as empresas brasileiras, notadamente as integrantes do parque produtivo nacional. O IRB está vinculado ao fortalecimento do mercado de proteção contra riscos, não podendo furtar-se a este objetivo. Deve cumpri-lo, sob pena de desvio de finalidade.

<sup>28</sup> Marly Silva da MOTTA, "A Criação e a Estruturação de uma Instituição-Modelo da Era Vargas: O Instituto de Resseguros do Brasil" cit., pp. 113-117. Para o debate sobre a natureza jurídica do IRB, vide Alberto VENÂNCIO Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico* cit., pp. 377-378; Manoel T. de Carvalho Brito DAVIS, *Tratado das Sociedades de Economia Mista: A Empresa Estatal Brasileira perante o Cenário Jurídico e Econômico*, Rio de Janeiro, José Konfino Editor, 1969, vol. 2, pp. 765-770; Ruy Cirne LIMA, *Princípios de Direito Administrativo* cit., pp. 72-73 e 182-183 e Fábio Konder COMPARATO, "Monopólio Público das Operações de Resseguro" in *Direito Público: Estudos e Pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 164-165.

<sup>29</sup> Cf. Fábio Konder COMPARATO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1977, pp. 289 e 390-391 e Eros Roberto GRAU, "Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas, Fundações e Autarquias Prestadoras de Serviço Público: O Tema do Lucro", *Revista Trimestral de Direito Público* nº 6, São Paulo, Malheiros, 1994, pp. 273-276.

<sup>30</sup> Washington Peluso Albino de SOUZA, *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, 3ª ed., São Paulo, LTr, 1994, p. 278.

Para isto foi criado e é mantido pelo Poder Público, integrando o Sistema Nacional de Seguros Privados.

Como ente da Administração Indireta, o IRB exerce função administrativa, ou seja, o seu poder não é exercido por interesse próprio ou exclusivamente próprio, como se fosse uma empresa privada, mas por interesse público. A sociedade de economia mista, como empresa estatal, tem por finalidade o exercício de uma função pública, ou seja, tem o dever de realizar o interesse público, não o seu. A sociedade de economia mista não pode atuar de acordo com a autonomia da vontade, buscando atingir interesses e objetivos em proveito próprio. Não há autonomia da vontade para entes que exercem função pública, pois estão submetidos aos objetivos determinados previamente na Constituição e nas leis, possuindo o dever de preservar o interesse público, não o interesse exclusivo da entidade estatal ou os interesses privados de seus dirigentes. Por este motivo, são criadas, mantidas e obtêm poderes e recursos por meio do ordenamento jurídico. O seu poder é atribuído, por lei, para a realização dos seus deveres, de suas finalidades, também legalmente fixados. Na concepção que é utilizada pela melhor doutrina publicista brasileira, o ente público é dotado de “dever-poder”, pois é um instrumento que deve cumprir a finalidade para a qual foi instituído.<sup>31</sup>

Deste modo, a sociedade de economia mista, como órgão estatal, que tem finalidades definidas por lei, não tem faculdades no sistema jurídico brasileiro. Como, pelo ordenamento brasileiro, não pode haver empresa sem seguro, o resseguro é essencial para o exercício da atividade econômica no país. O IRB é uma sociedade de economia mista, portanto, existe para desenvolver determinada política pública, definida por lei. No caso, a política nacional de seguros privados. Neste sentido, o IRB tem que favorecer o desenvolvimento do setor securitário nacional e proteger o mercado interno, garantindo as operações de resseguro das empresas sediadas no país. No caso das pequenas e médias empresas, por exemplo, cuja capacidade de conseguir proteção securitária/ressecuritária no exterior é limitada, o IRB está vinculado, ainda, à proteção constitucional explícita a estas modalidades empresariais, conforme prescreve o artigo 170, IX da Constituição, que assegura o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no país.

O monopólio, seja criado por lei, seja de fato, consiste sempre em uma situação de poder, o que, no caso de um monopólio exercido por órgão estatal, como uma sociedade de economia mista, apenas reforça sua situação de “dever-poder”. O IRB, como sociedade

<sup>31</sup> Ruy Cirne LIMA, *Princípios de Direito Administrativo* cit., pp. 20-22 e 51-52; Eros Roberto GRAU, *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, São Paulo, RT, 1988, pp. 107-108, 179-180, 183 e 186 e Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo* cit., pp. 60-61 e 86-88.

de economia mista, não tem opção em garantir ou não a operação de resseguro, mas tem o “dever-poder” de garantir estas operações. Quem tem faculdade no sistema são as seguradoras privadas que, após a quebra do monopólio legal do IRB, podem realizar suas operações de resseguro com o IRB ou com outros resseguradores devidamente cadastrados.

Antes da vigência da Lei Complementar nº 126/2007, o IRB era obrigado a realizar as operações de resseguro (artigos 44, I, “b” e 58 do Decreto-Lei nº 73/1966), com a ressalva disposta no artigo 44, I, letras “d” e “h” do mesmo decreto-lei: a conveniência dos interesses nacionais. Neste caso, o IRB poderia se recusar a contratar a operação de resseguro, que deveria ser realizada no exterior. No entanto, mesmo assim, o IRB detinha o monopólio da intermediação de contratação de seguro no exterior (artigo 81 do Decreto-Lei nº 73/1966), ou seja, o IRB continuava a exercer um papel central em todo o processo. Atualmente, há possibilidade de recusa por parte do ressegurador local, “observados seus procedimentos e critérios operacionais”, devendo as operações de resseguro, neste caso, ser realizadas no exterior (artigo 6º, § 1º da Resolução CNSP nº 164, de 17 de julho de 2007).

A questão trazida por esta Resolução é se o IRB pode recusar a contratação de resseguro, “observados seus procedimentos e critérios operacionais”, como se fosse uma empresa privada. O IRB é uma sociedade de economia mista, portanto, instrumento da política econômica estatal, não podendo atuar como uma simples empresa privada, que almeja apenas o lucro, sob pena de não ter mais nenhuma função no sistema securitário/resseguratório brasileiro.

Talvez a situação esteja hoje retornando à proposta inicial de Agamenon Magalhães, feita no anteprojeto de 1936, em que este afirmava que o proposto Instituto Federal de Resseguros não exerceria o monopólio da atividade securitária/resseguratória, mas o controle nacional do setor, visando ao desenvolvimento da atividade de seguro e resseguro com a colaboração do Estado e, assim, impedir também evasão de divisas para o exterior. As empresas seguradoras nacionais, inclusive, seriam subscritoras do capital e colaboradoras na direção do Instituto. O Estado seria o regulador do resseguro, enfatizando Agamenon Magalhães, em sua exposição de motivos, que a centralização das operações de resseguro não significaria o monopólio estatal da atividade de seguro<sup>32</sup>:

<sup>32</sup> Agamenon MAGALHÃES, *O Anteprojeto de Nacionalização das Sociedades de Seguros e o Instituto Federal de Resseguro* cit., pp. 27-38 e 47.

*Não se trata, pois, de socialização, mas de um sistema de cooperação e defesa das iniciativas nacionais do seguro*<sup>33</sup>.

Nesta situação, de fim do monopólio legal, do mesmo modo que o Banco Central do Brasil é o garantidor de última instância do sistema bancário, o IRB continua a ser o ressegurador de última instância do sistema securitário/ressecuritário do país. A Lei Complementar nº 126/2007, ao manter o IRB como sociedade de economia mista, não alterou seu estatuto. O IRB, assim, mantém o “dever-poder” de oferecer proteção ressecuritária.

O direito econômico busca, entre outras tarefas, disciplinar juridicamente a atividade econômica, voltando-se, essencialmente, para a preservação do mercado. Como relembra Eros Grau, o direito do modo de produção capitalista é racional e formal, caracterizando-se pela universalidade abstrata das formas jurídicas e pela igualdade formal perante a lei, refletindo a universalidade da troca mercantil e buscando garantir a previsão e a calculabilidade de comportamentos. O direito é também uma condição de possibilidade do sistema capitalista, não é um elemento externo.

Não por acaso, Geraldo de Camargo Vidigal denomina o direito econômico como “direito da organização dos mercados”. Apesar de esta perspectiva ser limitada, por ater-se apenas às relações entre os agentes econômicos privados, ela demonstra a preocupação da doutrina do direito econômico em compreender o mercado também como uma instituição jurídica, portanto, artificialmente criada e historicamente situada, não apenas econômica. As pretensões de calculabilidade e previsibilidade de comportamentos do mercado só ganham dimensão completa quando se compreende o mercado não como uma “ordem espontânea”, natural, embora o discurso liberal sustente essa visão, mas como uma estrutura social, fruto da história e de decisões políticas e jurídicas que servem a determinados interesses, em detrimento de outros<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Agamenon MAGALHÃES, *O Anteprojecto de Nacionalização das Sociedades de Seguros e o Instituto Federal de Resseguro* cit., p. 30.

<sup>34</sup> Geraldo de Camargo VIDIGAL, *Teoria Geral do Direito Econômico*, São Paulo, RT, 1977, pp. 45-60; Eros Roberto GRAU, *Elementos de Direito Econômico*, São Paulo, RT, 1981, pp. 19-22, 32-33 e 38-39; Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* cit., pp. 29-39; António José Avelãs NUNES, *Notação e Objecto da Economia Política*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, pp. 68-70 e Eros Roberto GRAU, “O Direito do Modo de Produção Capitalista e a Teoria da Regulação” in *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008, pp. 118-126. Sobre a ordem jurídica do capitalismo, vide, especialmente, Vital MOREIRA, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, 3ª ed., Coimbra, Centelha, 1978, pp. 67-131. Para o debate em torno da natureza jurídica do mercado, vide Natalino IRTI, *L'Ordine Giuridico del Mercato*, 4ª ed., Roma/Bari, Laterza, 2001 e Marthe TORRE-SCHAUB, *Essai sur la Construction Juridique de la Catégorie de Marché*, Paris, L.G.D.J., 2002.

As relações jurídicas não existem no espaço, mas no tempo, ou seja, são reconhecidas como válidas e determinantes por um certo período de tempo<sup>35</sup>. No decorrer do tempo, o IRB passou de monopolista de direito para monopolista de fato ou, na melhor das hipóteses, detentor de posição dominante no mercado. Enquanto foi monopolista de direito, o IRB tinha o “dever-poder” de contratar as operações de resseguro no país, pois era monopolista e sociedade de economia mista. Durante a atual fase de transição para a abertura de mercado, o IRB tornou-se monopolista de fato ou, na melhor das hipóteses, detentor de posição dominante. As companhias seguradoras privadas adquiriram, em determinadas situações, a faculdade de contratar resseguro diretamente no exterior, mas o IRB manteve o seu “dever-poder” de contratar as operações de resseguro no país, em virtude de ser monopolista e sociedade de economia mista. Finalmente, em um eventual mercado competitivo, as companhias seguradoras privadas podem escolher o seu ressegurador, mantendo sua faculdade. Já o IRB continua tendo o “dever-poder” de contratar o resseguro no país, pois é uma sociedade de economia mista, com funções e finalidades determinadas por lei e, dentre estas funções, exerce a de ressegurador de última instância no país, visando à garantia da atividade econômica industrial no país, a proteção ao mercado interno e à poupança pública e ao equilíbrio da balança de pagamentos, com o controle sobre a evasão de divisas para o exterior.

A abertura do mercado securitário/ressecuritário deve ser vista não apenas sob a perspectiva dos interesses empresariais da gestão do IRB, mas também por meio da possibilidade que as companhias seguradoras privadas adquiriram de contratar suas operações de resseguro no país ou no exterior com outros resseguradores que não o IRB. Apesar disto, em virtude de sua natureza jurídica de sociedade de economia mista, o IRB continua com seu “dever-poder” de contratação de operações de resseguro no país. Esta é, inclusive, a justificativa para que continue a ser uma sociedade de economia mista. Se o IRB não fosse uma empresa estatal, o mercado nacional correria o risco de não conseguir a devida proteção securitária/ressecuritária, em virtude das avaliações de conveniência e oportunidade dos resseguradores privados que passaram a operar no mercado.

O IRB e a política nacional sobre seguros e resseguro continuam sendo fundamentais na garantia da ordem pública econômica brasileira. A ordem pública econômica, na clássica definição de Farjat, é uma noção funcional, que compreende o conjunto de medidas

<sup>35</sup> Karl LARENZ & Manfred WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9ª ed., München, Verlag C. H. Beck, 2004, pp. 230-231. Vide, especialmente, Gerhart HUSSERL, *Recht und Zeit: Fünf rechtsphilosophische Essays*, Frankfurt-am-Main, Vittorio Klostermann, 1955, pp. 27-41.

estatais que visam à organização e à manutenção das estruturas econômicas<sup>36</sup>. No caso brasileiro, segundo o disposto na Constituição de 1988, a ordem pública econômica tem como objetivo permitir a atuação estatal e dos agentes econômicos privados no processo de desenvolvimento econômico. Para tanto, a atuação do setor privado e do setor estatal devem convergir e trabalhar em conjunto, visando à consecução do objetivo constitucional de superação do subdesenvolvimento (artigo 3º, II da Constituição de 1988), no sentido de rompimento com a situação de dominação externa e interna em que se encontra o país, a partir da transformação das estruturas socioeconômicas que possibilitem a integração democrática de toda a população no processo de desenvolvimento e internalizem os centros de decisão econômica.

Portanto, a abertura do setor securitário/ressecuritário ao capital estrangeiro e à maior participação da iniciativa privada não significa que o papel do IRB tenha diminuído de importância. Pelo contrário, a sua função de garantidor das operações securitárias, por meio do resseguro, bem como o seu papel na contenção e controle da evasão de divisas para o exterior são instrumentos fundamentais de que o Estado brasileiro não pode abrir mão, sob pena de comprometer todo o esforço histórico de décadas de construção e desenvolvimento de um parque industrial eficiente e autônomo no país.

<sup>36</sup> Vide Gérard FARJAT, *Droit Économique*, Paris, PUF, 1971, pp. 41-49; Eros Roberto GRAU, *Elementos de Direito Econômico* cit., pp. 42-43; Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* cit., pp. 61-64; Hubert CHARLES, "Peut-On Parler d'une Conception Républicaine du Droit Économique Français?" in *Philosophie du Droit et Droit Économique: Quel Dialogue? - Mélanges en l'Honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 113-114; M. M. M. SALAH, "Les Transformations de l'Ordre Public Économique vers un Ordre Public Régulateur?" in *Philosophie du Droit et Droit Économique: Quel Dialogue?* cit., pp. 262-266 e Paulo Luiz de Toledo PIZA, *Contrato de Resseguro* cit., pp. 458-461 e 464-468.

ALCANCE E EXTENSÃO DO PRINCÍPIO

“FOLLOW THE FORTUNE”

## O CONTRATO DE RESSEGURO E O PRINCÍPIO DA PARTILHA DA ÁLEA

*Judith Martins-Costa*

*Doutora e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)  
Professora de Direito Civil na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)  
Membro do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS*

### INTRODUÇÃO

Os organizadores deste V Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho pediram que eu vos falasse sobre o contrato de resseguro e o princípio da partilha da sorte, também chamado de princípio da comunhão da álea e, em outros idiomas, *follow the fortune principle*, *comunidad de suerte*, *identité de fortune ou partage de sort*, *fortuna de la compagnia assicuratrice*, e assim por diante.

Os colegas que me precederam nas sessões de ontem e de hoje me pouparam do árduo trabalho de dar os contornos desse tipo contratual, apontando as suas especificidades (como o problema da intermediação de que tão bem trataram Paulo Piza<sup>1</sup> e José Maria Muñoz

<sup>1</sup> TOLEDO PIZA, Paulo Luiz de. Intermediação nos Contratos de Seguro e Resseguro.

Paredes<sup>2</sup>), à sua projetada normatização no Projeto de Lei 3.555/2004<sup>3</sup>, bem como as questões relativas à sua constitucionalidade (como o fizeram José Eduardo Cardozo<sup>4</sup> e André Ramos Tavares<sup>5</sup>) e, ainda, às particularidades do cenário brasileiro, situando-o nessa nossa específica ordem econômica (como trataram Gilberto Bercovici<sup>6</sup> e Alessandro Octaviani<sup>7</sup>), perspectivando-o neste momento-chave para a experiência jurídica brasileira, consequente ao fim do monopólio titulado, por décadas, pelo IRB<sup>8</sup>.

De suas exposições restou perfeitamente claro o delicado problema das relações entre a mútua *autonomia categorial* (a causa própria ao resseguro, diversa da causa do seguro<sup>9</sup>) e o mútuo *nexo funcional e etiológico* relativamente ao contrato de seguro<sup>10</sup>, tecendo-se

<sup>2</sup> PAREDES, José Maria Muñoz. Intermediação nos Contratos de Seguro e Resseguro.

<sup>3</sup> O PL 3.555/2004, de autoria do Deputado Jose Eduardo Cardozo, sendo Relator o Deputado Leandro Sampaio que apresentou Substitutivo em 14 de abril de 2008 ao art. 66, destacando, a propósito: “[a regra] expressa princípio geral aplicável aos resseguros, segundo o qual a resseguradora segue a sorte da seguradora (‘follow the fortune’). Consideramos desnecessária a simples declaração do princípio já universalmente assentado, especialmente porque os parágrafos do mesmo artigo já contemplavam sua definição. Desse modo, concentramos ambos os parágrafos no caput. Além disso, atentando para o desenvolvimento dos seguros não proporcionais e para a diferença entre o seguro e o resseguro, substituímos ‘prestações devidas pela seguradora....’ por ‘totalidade do interesse ressegurado, incluído o interesse da seguradora relacionado à recuperação dos efeitos da mora no cumprimento do contrato de seguro’”.

<sup>4</sup> CARDOZO, José Eduardo. O Resseguro na Lei do Contrato de Seguro – Constitucionalidade.

<sup>5</sup> TAVARES, André Ramos. O Resseguro na Lei do Contrato de Seguro – Constitucionalidade.

<sup>6</sup> BERCOVICI, Gilberto. Resseguro e Ordem Econômica.

<sup>7</sup> OCTAVIANI, Alessandro. Seguro, Desenvolvimento e Políticas Públicas.

<sup>8</sup> O Instituto de Resseguros do Brasil (hoje IRB-Brasil Re) foi criado em 1939, como entidade estatal. Em 1997, o instituto foi transformado em sociedade anônima, passando a ser chamado IRB-Brasil Resseguros S.A. Em 2007, por meio de Lei Complementar o Congresso Nacional quebrou o monopólio, abrindo o mercado ressegurador brasileiro, com o que o IRB passou a ser classificado como Ressegurador Local.

<sup>9</sup> BROSETA PONT, Manuel. *El Contrato de Reaseguro*. Madrid, Aguilar, 1961, p. 19 et seq; PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLVI, (§ 4.993, 1). 3ª ed., 2ª reimpressão, Rio de Janeiro, Borsói, 1984, p. 118; JARAMILLO, Carlos Ignacio. Configuración y Alcance de la ‘Comunidad de Suerte’ en el Contrato de Reaseguro: generalidades, justificación, vigencia, limitaciones básicas y proyección internacional. In: *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, n. 10, jul. 1997, Colômbia, p. 94 et seq.

<sup>10</sup> A finalidade precípua do resseguro é garantir riscos assumidos pelo segurador. Na base da operação jurídico-econômica de resseguro há, como regra, um anterior contrato de seguro, estipulado entre um segurado e uma empresa seguradora (conquanto possa haver tipos de resseguro que garantem os resultados globais de uma carteira), envolvendo os seguros que vierem a ser contratados posteriormente à contratação do resseguro, sendo que a cada risco assumido pela seguradora, esta paga um prêmio concernente aos seguros posteriores, “averbandos” no resseguro já existente. Vide: ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 372, com referência a PERSICO, Clemente Persico, *La Riassicurazione*, ed. 1926, p. 108. CERNE, Ângelo. *O Seguro Privado no Brasil*. Belo Horizonte, Livraria Francisco Alves, 1973, p. 85. TOLEDO PIZA, Paulo. *Contrato de Resseguro. Tipologia, Formação e Direito Internacional*. São Paulo, IBDS, 2002 e, do mesmo autor, Notas sobre Co-Seguro e Resseguro no Projeto de Lei n. 3.555/04, in *IV Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*, São Paulo, IBDS, 2006, p. 339 e ss. JARAMILLO, Carlos Ignacio. Configuración y Alcance de la ‘Comunidad de Suerte’ en el Contrato de Reaseguro: generalidades, justificación, vigencia, limitaciones básicas y proyección internacional. In: *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, n. 10, jul. 1997, Colômbia, p.100). DONATI, Antígono. *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*. Vol. III. Milão, Giuffrè, 1956, pp. 475-476.

nessas relações o terreno – na prática nem sempre nítido – em que se ergue a sua complexa arquitetura.

Posso, assim, dando por assente essa questão, buscar compreender a eficácia do princípio em causa – qual seja, o princípio da comunhão da álea – a partir de uma perspectiva funcional: só ao termos presente a razão de ser do princípio é que poderemos cogitar até onde o mesmo alcança, é dizer, que extensão alberga sob o seu signo, que eficácias produz na ordem prática.

Proponho, assim, que compreendamos o princípio da comunhão de álea, primeiramente, no quadro das relações suprapessoais, ou comunitárias, que são a marca própria às relações de Direito securitário, examinando, na segunda parte, os limites à sua extensão para determinar até onde vai a responsabilidade do ressegurador pela sorte do segurado.

Antes, porém, eu devo cumprir com os deveres informativos, no caso até mesmo deveres de advertência: eu não sou especialista em Direito do Seguro – sou apenas uma civilista a quem colegas sábios e queridos, como Ernesto Tzirulnik, Paulo Piza, e ainda outros, têm feito refletir sobre o Direito do Seguro, a mim proporcionando, além das reflexões teóricas expressas nos estudos que produzem, o contato com a prática, com o caso, que é a vida do Direito e nos leva (ou nos deve levar) tanto à pôr em causa as certezas do senso comum dos juristas quanto ao desafio de uma construção dogmática atenta à realidade que o Direito, como *ordo iuris*, deve ordenar, situando sob as suas pautas o caos da facticidade.

## I. O SIGNIFICADO E A EXTENSÃO DO PRINCÍPIO

Imaginemos a seguinte hipótese: verificado um sinistro e tendo o segurado reclamado o que entendia devido, a empresa seguradora contrata os serviços de uma empresa reguladora de sinistros para a sua adequada regulação. Sendo apurados os prejuízos, é aplicada, na forma prevista no contrato, a cláusula de rateio hoje expressamente prevista pelo Código Civil (art. 785).

Insatisfeito com essa fórmula de cálculo, o segurado reclama, ajuizando ação contra a seguradora em que pleiteia a indenização que considerava devida, bem como o pagamento de lucros cessantes. Para tanto alega mora da seguradora na liquidação do sinistro (pois a discussão sobre a validade ou a abusividade da cláusula de rateio atrasara o pagamento de parte da indenização, tal qual postulada pelo segurado). O seu pedido é julgado procedente, com a condenação da seguradora ao pagamento de um valor líquido, correspondente ao necessário para a restituição do bem danificado ao *statu quo ante*, e de um valor ilíquido, correspondente aos lucros cessantes decorrentes do não cumprimento exato da obrigação, isto é, da mora.

Surge, então, a questão de saber: deve ser imputada responsabilidade à resseguradora por tudo o que a seguradora teve que pagar em razão da condenação judicial? Essa respon-

sabilidade alcança as consequências da mora, como a obrigação ao pagamento de lucros cessantes, tal qual previsto nos artigos 389, 394 e 395 do Código Civil?

A resposta a esta questão está dada, de *lege ferenda*, no art. 66 do Projeto de Lei 3.555/2004, com a redação dada pelo substitutivo apresentado pelo Deputado Leandro Sampaio que consagra de modo expresso o princípio do compartilhamento da sorte<sup>11</sup>. Mas esse texto está ainda *in fieri*, restando, portanto, a questão de saber se mesmo antes de sua aprovação alguma regra ou princípio indica um caminho adequado. E a resposta implica a compreensão da função econômico-social do resseguro que levará, por sua vez, à formulação do princípio do compartilhamento da sorte como um princípio implícito<sup>12</sup> – porque funcionalmente necessário – ao contrato de resseguro.

### A) A função econômico-social do resseguro

A ideia de uma função econômica e social a imantar e a explicar a razão de ser dos institutos e regras jurídicas é antiga. Formulou-a Rudolf von Jhering em *Der Zweck im Recht*, sob o signo da “finalidade” compreendida como o motivo prático que anima toda e qualquer norma jurídica, legal ou contratual; divulgou-a entre nós, ainda no séc. XIX, Tobias Barreto ao bradar a necessidade de “bater cem vezes e cem vezes repetir: o Direito não é um filho do céu, é, simplesmente, um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade”<sup>13</sup>. Acolheu-a no âmbito do funcionalismo norte-americano Felix Cohen, ao insistir na pesquisa da função como eixo dos conceitos usados pelos juristas, pois, do contrário, nossos conceitos seriam meras “palavras encantadas”<sup>14</sup>, divorciadas da realidade que ao Direito é dado regular e ordenar. E, finalmente, adotou-a o Código Civil de 2002, de modo expresso, como um dos critérios de averiguação da licitude dos negócios jurídicos (art. 187).

<sup>11</sup> *In verbis*: “Art. 66. O resseguro, salvo disposição em contrário, abrangerá a totalidade do interesse ressegurado, incluído o interesse da seguradora relacionado à recuperação dos efeitos da mora no cumprimento do contrato de seguro, bem como as despesas de salvamento e as efetuadas em virtude da regulação e o sinistro, amigável ou judicial, observada a modalidade de contratação do resseguro”. Na redação original estava no art. 73, como segue: “Art. 73 O resseguro, salvo expresso pacto em contrário, abrangerá a totalidade das prestações devidas pela seguradora aos segurados, bem como quaisquer despesas efetuadas em virtude da regulação e liquidação do sinistro, seja amigável ou judicial. Parágrafo único. Presume-se responsável a resseguradora pela recuperação dos efeitos da mora da seguradora, salvo no caso de dolo”.

<sup>12</sup> Diz-se “implícito” um princípio quando a ele chegamos por um raciocínio sistemático-dedutivo, inferindo, de um conjunto de regras do direito positivo, a sua razão de ser, ou a ideia-mestra, que as unifica sistematicamente.

<sup>13</sup> BARRETO, Tobias. *Idéia do Direito. Ora in: Estudos de Direito*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1951, p. 168-169. Clóvis Beviláqua, que transcreve essa passagem, afirma que “a campanha que Tobias dirigiu contra o direito natural constitui uma das partes mais brilhantes da sua obra”. (In: BEVILÁQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito do Recife*. II Volume. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1927, p. 108).

<sup>14</sup> A expressão “palavra encantada” está em COHEN, F. S. *El método funcional en el Derecho*. Tradução espanhola de Genaro Carriò. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 55.

Assim, não sendo o termo “resseguro” uma palavra encantada, nem estando dotado de uma essência que o congele de modo imutável, temos que descobrir qual é a sua função. E esta se ata, justamente, à necessidade de remediar a “perniciosa possibilidade”<sup>15</sup> de o segurador vir a ser fragilizado em suas bases técnicas, razão pela qual a técnica do Direito securitário modelou um contrato pelo qual o segurador se assegura (reassegura) em outro segurador (ressegurador) pelo risco que em seu patrimônio nasça uma dívida frente ao segurado originário que tecnicamente não possa suportar<sup>16</sup>. De uma carteira de seguros entregue a si própria, observa o jurista português Rafael Rodrigues da Silva, espera-se “que mostre, num dado período, violentas flutuações em experiência, altos e baixos no gráfico do seu custo de indenizações”<sup>17</sup>. Por isso, “é precisamente para manter a curva da experiência que o resseguro é requerido”<sup>18</sup> que serve essa forma contratual, caracterizando-se, portanto, como “forma seguradora de segundo grau pela qual as entidades seguradoras buscam homogeneizar e limitar as responsabilidades a seu encargo, normalizar o comportamento da carteira de riscos assumidos por meio da cobertura dos desvios ou desequilíbrios que afetem a frequência, a intensidade, a distribuição temporal ou a quantia individual dos sinistros que se produzam naquela carteira”<sup>19</sup>.

Essa é, fundamentalmente, a razão que justifica a sua função econômico-social como “um valioso auxílio ao seguro direto, uma vez que permite-lhe desenvolver seus negócios praticamente sem limitações, tomando coberturas por valores que superam em muito a sua capacidade econômica individual, já que soma à sua própria a capacidade [financeira] que lhe provém de seus resseguradores”, [sendo] “esse atributo do resseguro de capital importância para as empresas seguradoras pequenas e médias, que sem o apoio do ressegurador, não poderiam competir no mercado frente às grandes companhias (...)”<sup>20</sup>.

Em suma: a razão de ser do resseguro, isto é, a sua função econômica e social, está na *utilidade da garantia que presta*, a saber: que o patrimônio do segurador/ressegurado não seja atingido como consequência do nascimento de uma dívida frente ao segurado, em razão da realização do risco previsto na relação de seguro. É por conta dessas finalidades

<sup>15</sup> BROSETA PONT, Manuel. *El Contrato de Reaseguro*. Madrid, Aguilar, 1961, p. 18.

<sup>16</sup> BROSETA PONT, Manuel. *El Contrato de Reaseguro*. Madrid, Aguilar, 1961, p. 18. No original: la técnica del Derecho de seguros ofrece al asegurador un contrato mediante el cual el asegurador se asegura (reasegura) en otro asegurador (reasegurador) por el riesgo de que en su patrimonio nazca una deuda frente al asegurado originario que tecnicamente no puede suportar”.

<sup>17</sup> RODRIGUES DA SILVA, Rafael. *Os Seguros* (Elementos de Estudo). Lisboa, 1963, p. 199.

<sup>18</sup> RODRIGUES DA SILVA, Rafael. *Os Seguros* (Elementos de Estudo). Lisboa, 1963, p. 199.

<sup>19</sup> DIRUBE, Ariel Fernández. *Manual de Reaseguros*. Vol. 2. Buenos Aires, Biblioteca General Re, 1993, p. 28, em tradução livre.

<sup>20</sup> DIRUBE, Ariel Fernández. *Manual de Reaseguros*. Vol. 2. Buenos Aires, Biblioteca General Re, 1993, p. 31, em tradução livre.

que o contrato de resseguro é qualificado como um contrato de seguro contra danos, ou seja, contra o eventual dano, ao ressegurado, consistente na diminuição patrimonial que lhe adviria de um sinistro, diminuição essa derivada do contrato de seguro mantido com o segurado (“relação subjacente”) e na qual o ressegurado tem a posição de segurador. O dano é o derivado do surgimento de um débito, sendo esse débito ao ressegurado causado pelo cumprimento do contrato de seguro no qual mantém a posição de segurador.

O resseguro é, pois, um seguro contra o surgimento de um débito, e esse débito é o que deriva do contrato de seguro<sup>21</sup>. Por isso é possível dizer que o princípio que manda ao ressegurador acompanhar a sorte do segurador constitui o corolário da função econômico-social conectada ao resseguro, traduzindo a seguinte ideia: em face da própria razão de ser do resseguro como instituto jurídico, o ressegurador deve compartilhar análoga responsabilidade à que corresponde ao segurador em virtude dos efeitos patrimoniais sofridos pelo segurador por conta do sinistro.

Ora, em consequência da própria função cometida a esse contrato – isto é, da necessidade que essa técnica visa suprir – ocorre que, se o segurador resulta comprometido, em razão do contrato, igualmente resulta comprometido o ressegurador. Esse é o dado informador (e quase axiomático) do princípio do compartilhamento da sorte que, na didática explicação de Francisco M. Astelarra, manifesta “o dever de seguimento por parte do ressegurador da sorte do segurador, seja qual seja, desde que se encontrem no marco da boa-fé. E isto, é ób-

<sup>21</sup> Por essa razão é a doutrina assente quanto à existência de um nexo funcional entre o contrato de seguro e o de resseguro, nascido da finalidade a que está adstrito, referindo-se DONATI à existência de um nexo etiológico entre o fato danoso para o segurado e o fato danoso para o ressegurado, sendo esse fato aquele previsto na norma, legal ou contratual, que estabelece a obrigação. Desse modo, afirma, o fato danoso é a causa mediata, sendo, porém, a norma (legal ou contratual) a causa imediata da obrigação do ressegurador razão pela qual não há perfeita coincidência entre ambas, pois o resseguro pode garantir mais ou menos do que o seguro garantiu. A existência desse “nexo etiológico” não deve, porém, obscurecer a autonomia jurídica entre ambos os contratos, o de seguro e o de resseguro. Diferentemente do que ocorre no cosseguro, em que há uma perspectiva de horizontalidade no que tange à distribuição dos riscos, no resseguro há verticalidade, delimitação tipológica e espaço-temporal, caracterizando-se o resseguro como um tipo contratual específico, dotado de características que evidenciam a sua autonomia jurídica. Por isso mesmo, é o resseguro um “outro contrato, autônomo”, em que inclusive “o prêmio pode ser diferente” daquele previsto para o contrato de seguro, podendo também “quanto à avaliação dos riscos haver diferença, inclusive por alteração do objeto ou por outra razão econômica” (Pontes de Miranda), sendo o resseguro uma figura heterogênea cujo exato perfil variará conforme a modalidade em que se concretiza (Para estas questões, consulte-se: DONATI, Antígono. *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*. Vol. III. Milão, Giuffrè, 1956, pp. 475-476. PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLVI, (§ 4.993, 1). 3ª ed., 2ª reimpressão, Rio de Janeiro, Borsó, 1984, p. 119; CERNE, Ângelo. *O Seguro Privado no Brasil*. Belo Horizonte, Livraria Francisco Alves, 1973, p. 85; TOLEDO PIZA, Paulo. *Contrato de Resseguro. Tipologia, Formação e Direito Internacional*. São Paulo, IBDS, 2002 HAGOPIAN, Mikael e LAPARRA, Michel. *Aspectos teóricos e práticos del reaseguro*. Madrid, Ed. Mapfre, 1996, p. 82. BROSETA PONT, Manuel. *El Contrato de Reaseguro*. Madrid, Aguilar, 1961, p. 19 et seq; JARAMILLO, Carlos Ignacio. Configuración y Alcance de la ‘Comunidad de Suerte’ en el Contrato de Reaseguro: generalidades, justificación, vigencia, limitaciones básicas y proyección internacional. In: *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, n. 10, jul. 1997, Colômbia, p. 94 et seq).

vio, inclui seguir o segurador em sua má sorte<sup>22</sup>". Nesta perspectiva, a expressão "comunhão de álea" ou "de sorte", ou, ainda, "de fortuna", bem denota o fundo comunitário – isto é, a associação de interesses em vista do que há de unidade comum a ambos os contratos: a identidade na álea conducente à comunhão indireta no risco, segundo a qual o ressegurador participa, consoante o contrato, nos efeitos sobre o patrimônio do segurador em virtude da realização dos riscos por ele segurados.

Conquanto tradicional e axiomático, o princípio da comunidade de álea não é, todavia, estanque: doutrina e jurisprudência têm discernido, no seu interior, entre dois distintos aspectos, metaforizados nas expressões *following the fortunes* (também: *partage du sort* ou compartilhamento do destino) e *following the actions* (também: *partage des actions*, ou compartilhamento das ações). Vejamos um e outro:

## B) Compartilhamento de destino e compartilhamento de ações

### (i) Compartilhamento de destino

O princípio conduz à ideia segundo a qual o ressegurador deve seguir a sorte do ressegurado tanto no que respeita às perdas como também aos gastos conexos a um sinistro<sup>23</sup>. A expressão "compartilhamento do destino" ou "de sorte" respeita a todas as circunstâncias que extrinsecamente possam influir na álea imersa no negócio jurídico subjacente (isto é: o contrato de seguro), prescindindo-se, *prima facie*, da conduta assumida pelo segurador, voluntária ou involuntariamente. Ao se falar em "compartilhamento de destino" se está, em rigor, aludindo ao dever que recai sobre o ressegurador de atender ou observar, *in potencia*, o resultado financeiro que emerge do seguro, ou, mais especificamente, a álea que caracteriza o dever de indenizar concretamente considerado<sup>24</sup>. Explicam os juristas argentinos Saavedra e Perucchi:

<sup>22</sup> ASTELARRA, Francisco M. La Comunidad de Suertes. *Revista Mercado Asegurador*, Buenos Aires, 1996, p. 44, no original: "el deber de seguimiento por parte del reasegurador, de la suerte del segurador, fuera cual fuere, en tanto se encuentren en un marco de buena fe. Y esto, es obvio, incluye seguir al asegurado en su mala fortuna". Transcrito por JARAMILLO, Carlos Ignacio. Configuración y Alcance de la "Comunidad de Suerte" en el Contrato de Reaseguro: generalidades, justificación, vigencia, limitaciones básicas y proyección internacional. In: *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, n. 10, jul. 1997, Colômbia, p. 111, nota 46.

<sup>23</sup> SAAVEDRA, Domingo M. Lopez e PERUCCHI, Héctor. *El Contrato de Reaseguro y Temas de Responsabilidad Civil y Seguros*. Buenos Aires, La Ley p. 52, traduzi e grifei.

<sup>24</sup> JARAMILLO, Carlos Ignacio. Configuración y Alcance de la "Comunidad de Suerte" en el Contrato de Reaseguro: generalidades, justificación, vigencia, limitaciones básicas y proyección internacional. In: *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, n. 10, jul. 1997, Colômbia, p. 112 -114.

Essa regra objetiva consagrar um princípio essencial do Direito de Resseguros que é que o ressegurador deve acompanhar em geral o segurador cedente sem privá-lo de uma indenização que seja consequência de falhas técnicas ou inadvertências no cumprimento das previsões do contrato de seguro. (...). O princípio “seguir a sorte” recorda expressamente que o ressegurador está obrigado a indenizar ainda quando o segurador-ressegurado tenha cometido erros em suas contas, *bordereaux* ou em sua administração geral<sup>25</sup>.

Aí se perceberá claramente a existência do “nexo etiológico”, isto é, a “reverberação” ou de repercussão do contrato de seguro na relação de resseguro, pois se entende que o resseguro é contratado “segundo as condições e cláusulas originais do contrato de seguro”. Trata-se de uma cláusula de estilo (valendo ainda que não expressa) para explicar que o risco ressegurado será regido em sua determinação, quantia e limites, pelas condições originais do risco assegurado, coberto pelo resseguro, compreendido, porém, à luz da função econômico-social própria ao resseguro, o que vem mais bem evidenciado pela ideia, conexa, de “compartilhamento de ações”<sup>26</sup>.

### (ii) Compartilhamento de ações

Por lógica decorrência, o compartilhamento não é apenas na sorte, no destino, mas, igualmente, nas ações e opções feitas (*follow the actions ou partage des actions*<sup>27</sup>).

Pela ideia de “compartilhamento de ações” (*following the actions*) se quer evidenciar um especial aspecto do princípio geral da comunidade de álea que atine ao compartilhamento entre segurador/ressegurado e ressegurador das responsabilidades concernentes às atuações realizadas pelo primeiro relativamente ao contrato de seguro. Em outras palavras, em seu foco está a obrigação, imputada ao ressegurador, pela realização ou pela omissão de determinadas atuações de índole técnico-comercial por parte do segurador/ressegurado. Sua eficácia está, portanto, em fazer compartilhar entre segurador/ressegurado e ressegurador as consequências dos acertos e também dos erros ou omissões relativas à gestão técnico-comercial imputáveis diretamente ao ressegurado, desde que não dolosas. É, por isso, diretamente ligado com a problemática relativa à gestão do contrato de seguro, que cabe ao segurador, inclusive a liquidação do sinistro<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> SAAVEDRA, Domingo M. Lopez e PERUCCHI, Héctor. *El Contrato de Reaseguro y Temas de Responsabilidad Civil y Seguros*. Buenos Aires, La Ley p. 52. Em tradução livre, grifei.

<sup>26</sup> BROSETA PONT, Manuel. *El Contrato de Reaseguro*. Madrid, Aguilar, 1961, p. 26-27

<sup>27</sup> SAAVEDRA, Domingo M. Lopez e PERUCCHI, Héctor. *El Contrato de Reaseguro y Temas de Responsabilidad Civil y Seguros*. Buenos Aires, La Ley p. 52.

<sup>28</sup> CERNE, Ângelo. *O Seguro Privado no Brasil*. Belo Horizonte, Livraria Francisco Alves, 1973, p. 87.

Esse dado nos leva a mais um passo na investigação acerca dos significados atribuídos ao princípio: ele traduz a vinculação do ressegurador às ações (positivas ou negativas) adotadas pelo segurador/ressegurado no âmbito da gestão do contrato de seguro. Este âmbito inclui, evidentemente, a fase da regulação do sinistro, pois vista a relação obrigacional como um processo direcionado ao seu adimplemento<sup>29</sup>, o desate contratual só se realizando, portanto, depois de liquidado o sinistro e cumpridos, satisfatoriamente, todos os deveres contratuais e legais. Na liquidação, observa Tzirulnik, “não se trata de um ato estranho ao conteúdo do contrato de seguro aquele que diz respeito ao manejo das reclamações apresentadas pelo segurado ao segurador”, por essa divisão em fases bem se podendo compreender tanto a noção da obrigação como um processo, polarizado pelo seu adimplemento quanto à necessária distinção entre contrato e relação contratual<sup>30</sup>. É esta também doutrina de Narvaz Bonnet, para quem o “princípio de comunidade de sorte que se refere à seleção e subscrição dos negócios e ao manejo, regulação e liquidação das reclamações, (...) e que correlativamente vinculam o ressegurador no sentido de que deve honrar, satisfazer as consequências econômicas que essa atividade de gestão técnica do risco acarrete ao segurador original”<sup>31</sup>.

A referência à gestão do contrato de seguro nos leva ao centro do problema da extensão – o que significa dizer, dos limites – ao princípio da partilha da sorte, permitindo discernir qual é o campo da responsabilidade do ressegurador.

## II. EXTENSÃO E EFICÁCIAS DO PRINCÍPIO

O problema está em que a gestão do contrato de seguro (incluindo todas as fases perpassadas pelo vínculo obrigacional securitário) é do segurador e não do ressegurador. Este último está obrigado, em todas as ações com alcance finalístico do negócio jurídico de resseguro, a seguir a sorte técnico-jurídica do ressegurado, só o eximindo de suas responsabilidades patrimoniais a comprovada ação dolosa do segurador/ressegurado. E isto nos leva à questão de saber quais são as balizas que permitirão demarcar a extensão da responsabilidade do ressegurador em seguir a sorte do segurador, considerando que seguir a sorte significa o dever do ressegurador de “*pagar como deva pagar o segurador/ressegurado, responsável ou não*”. Isto ao menos por duas razões: (i)

<sup>29</sup> Para essa perspectiva v., por todos, COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro, FGV, 2006.

<sup>30</sup> Isto porque, explica, a atividade destinada a revelar a existência, o conteúdo e o valor da prestação indenizatória (i.e.: a fase da regulação do sinistro) também integra a dívida do segurador ou, noutros termos, integra o conteúdo do vínculo obrigacional securitário. (TZIRULNIK, Ernesto. *Regulação de Sinistro* (ensaio jurídico). 3ª ed. São Paulo, Max Limonad, 2001, p. 79).

<sup>31</sup> NARVAZ BONNET. El riesgo nel contrato de resseguro. In: *Anais do Primeiro Fórum de Direito do Seguro Jose Sollero Filho*. São Paulo, Max Limonad, 2000, pp. 6-187.

porque o ressegurador não deve abandonar o segurador/ressegurado à sua própria sorte, para isto mesmo servindo o resseguro como produto da técnica jurídica; e, (ii) porque pelo compromisso derivado do contrato de resseguro o ressegurador se compromete com a sorte do contrato de seguro, a ponto de, se o segurador/ressegurado for obrigado a abonar o que não deve, ainda assim o ressegurador deve acompanhá-lo, como está em célebre decisão norte-americana dos anos 70 que fincou um marco nessa matéria<sup>32</sup>.

Essa vinculação ao ressegurador perdura ainda que se não lhe comuniquem as alterações no seguro principal ou as modificações do risco, desde que a omissão não caracterize o dolo ou a má-fé do ressegurado<sup>33</sup>. São eximientes apenas: a má-fé ou o dolo do segurador/ressegurado; de modo geral, os pagamentos eventualmente feitos por liberalidade, pelo segurador/ressegurado, embora a liberalidade, por vezes, possa ser justificada<sup>34</sup>; o não pagamento do prêmio de seguro, pelo seguro, ao segurador; e a vulneração dos termos do contrato de seguro pelo ressegurado<sup>35</sup>.

Em contrapartida, se a ação do segurador/ressegurado é regular, ainda que equivocada, mas de boa-fé, não se impede a eficácia do princípio<sup>36</sup>.

Acabo de referir as noções de “relação contratual”, de “contrato”, “má-fé” e de “dolo” – e assim posso voltar ao Código Civil e à sua Parte Geral. É aí que encontraremos os parâmetros que permitirão mensurar a extensão dessa responsabilidade.

## A) Os parâmetros oferecidos pela Parte Geral do Código Civil

No art. 187, integrante da Parte Geral do Código Civil, encontram-se os três critérios fundamentais para a distinção do que é lícito e o que é ilícito: a adstrição à função econô-

<sup>32</sup> Insurance Co. Of North America vs Fire Insurance Co, 1970-322 N.Y.S. Id. 520, citado e comentado por SAAVEDRA, Domingo M. Lopez e PERUCCHI, Héctor. *El Contrato de Reaseguro y Temas de Responsabilidad Civil y Seguros*. Buenos Aires, La Ley p.53.

<sup>33</sup> Exemplificativamente: SAAVEDRA, Domingo M. Lopez e PERUCCHI, Héctor. *El Contrato de Reaseguro y Temas de Responsabilidad Civil y Seguros*. Buenos Aires, La Ley p. 52; BROSETA PONT, Manuel. *El Contrato de Reaseguro*. Madrid, Aguilar, 1961, p. 27.

<sup>34</sup> Exemplificativamente, os pagamentos *ex gratia* podem ser incluídos, segundo informa WALHIN, Jean-François. *La Réassurance*. Lancier, Cahiers Financiers, 2007, p. 198.

<sup>35</sup> JARAMILLO, Carlos Ignacio. Configuración y Alcance de la “Comunidad de Suerte” en el Contrato de Reaseguro: generalidades, justificación, vigencia, limitaciones básicas y proyección internacional. In: *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, n. 10, jul. 1997, Colômbia, p.120-122.

<sup>36</sup> Assim explica a doutrina: “O que aí se expressa, simplesmente quer significar que tudo aquilo que de uma ou outra forma, de boa-fé, limite, afete ou comprometa o segurador direto na sua esfera técnico-jurídica, por seu turno vinculará o ressegurador, a modo de princípio capital, insistimos, de acentuada projeção no resseguro. Tanto que, stricto sensu, não é necessário estipular essa regra de ouro, que se entende contratualmente incorporada e, em consequência, chamada a governar a relação negocial travada entre ressegurador e ressegurado”. (JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Distorsión Funcional del Contrato de Reaseguro Tradicional*. Colección Ensayos, Tomo VII. Ed. ALCODESE, Bogotá, 1999, p. 76, em tradução livre.)

mica e social do negócio; a boa-fé como pauta de conduta; e os bons costumes, expressão que podemos compreender, quando aplicada a relações de direito obrigacional, como “boa prática dos negócios”. Encontra-se, igualmente, a noção de dolo como defeito do negócio jurídico, cuja consequência é a sua invalidade.

O primeiro critério – o da adstrição à função econômica e social – explica, como vimos na primeira parte desta exposição, o porquê do resseguro, a sua razão de ser como instituto jurídico, produto da técnica jurídica: garantir o interesse da seguradora contra os riscos próprios de sua atividade, decorrentes da celebração e execução de contratos de seguro. E, indicando o porquê do resseguro, indicará, por lógica consequência, a razão de ser do princípio da partilha da sorte que se põe, nesta perspectiva, de modo verdadeiramente instrumental ao resseguro. Porém, se é o critério da função econômica e social que nos indica a razão de ser do princípio, serão os outros dois – é dizer, a boa-fé e os bons costumes que apontarão o caminho: como, e em que medida deverá ser seguida a sorte?

Voltemos às eximentes antes enunciadas e, de modo especial, à principal delas, qual seja, a eximente da má-fé ou o dolo do segurador/ressegurado. Se a principal eximente é o dolo – e este é, em grande medida, relacional – como poderemos vê-lo caracterizado? Com base em que parâmetro discerniremos entre a mera negligência ou o erro técnico do segurador/ressegurado e a sua atitude dolosa, esta sim capaz de obstar a responsabilidade do ressegurador pela sua sorte?

### (i) Boa-fé

Os autores são concordes ao estabelecer a conexão entre o princípio do compartilhamento da sorte e o princípio da boa-fé que, nas relações de Direito Securitário, se faz presente do modo mais intenso, em sua dupla acepção, a subjetiva e a objetiva, constituindo não apenas um imperativo de consideração e lealdade com o parceiro, mas se apresentando estruturalmente, na arquitetura dos direitos e deveres contratuais, na “base genética e funcional da relação ressegurativa”<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Tradicionalmente é o resseguro tratado como contrato *uberrimae bona fides* (*utmost good faith*). Diante da complexidade característica do resseguro (entretecendo vínculos de autonomia e de dependência relativamente ao contrato de seguro), bem como da finalidade de dispersar riscos e promover a regularidade e a uniformidade nas contas do segurador, dando-lhe garantia contra o risco de dívidas que ataquem o seu patrimônio, é a boa-fé elemento inafastável, configurando sua “pedra angular o de ouro, como diz JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Distorsión Funcional del Contrato de Reaseguro Tradicional*. Colección Ensayos, Tomo VII. Ed. ALCODESE, Bogotá, 1999, p. 53. Sobre esse tema consulte-se: BROSETA PONT, Manuel. *El Contrato de Reaseguro*. Madrid, Aguilar, 1961, p. 26; HILL, M. CONCEPCION. *El Reaseguro*. Barcelona, Bosch, 1995, p. 127 e ss.; WALHIN, Jean-François. *La Réassurance*. Lancier, Cahiers Financiers, p. 197; MONTI, Alberto. MONTI A., *Buona Fede e Assicurazione*, Milano: Giuffrè: 2002 e também : Buona fede e Assicurazione: il nuovo Codice Civile brasileiro e il Diritto Comparato. Palestra apresentada no III FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO JOSÉ SOLLERO FILHO - IBDS - Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. Museu de Arte de São Paulo. 25 a 27 de novembro de 2002.

No sistema do Código Civil atinente à matéria securitária, a boa-fé terá importância em quatro grandes grupos de casos: como regra de conduta contratual leal, a ser objetivamente averiguada (art. 422); como parâmetro para detectar a ilicitude no modo de exercício dos direitos subjetivos (art. 187); como crença na legitimidade da própria conduta, assim sendo antinômica ao dolo (art. 765; 766; 768; 769); e como critério de interpretação do contrato e da conduta contratual (art. 113), servindo, nessa acepção, para a mensuração da mora. Os três primeiros casos têm ligação com o dolo eximente, devendo, por isso, ser vistos conjuntamente.

## (ii) Boa-fé e dolo

A boa-fé não se caracteriza apenas como “ausência de dolo”, mas, evidentemente, a presença de dolo sempre marcará a ausência de boa-fé.

A primeira função do princípio da boa-fé indica que, na negociação, conclusão e execução dos contratos, os contraentes estão sujeitos à incidência de deveres destinados a implementar uma conduta proba, correta, leal, atenta aos legítimos interesses do *alter*, tendo em vista a natureza, a causa, a ambiência e a função do contrato. Trata-se da chamada boa-fé *in executivis* que está dirigida a lograr o correto processamento da relação obrigacional, de modo que, considerado o mandamento de “agir segundo a boa-fé”, as partes se devem mútuos deveres de lealdade e probidade (como correção de condutas) no trato dos interesses envolvidos naquela relação a fim de que esta chegue ao adimplemento satisfativo<sup>38</sup>. Nesta função a boa-fé assume o papel de “governo da discricionariedade” dos contraentes, ou “regra operacional *in executivis*”, para garantir a coerência entre o plano delineado no contrato e o efetivo cumprimento, pelas partes, da operação econômica planejada<sup>39</sup>. Essa coerência liga-se intimamente com o risco assumido no contrato, servindo o princípio para assegurar “as possibilidades de *confiança* dos agentes econômicos no sistema, diminuindo o *risco*”<sup>40</sup>, assim possibilitando o regular fluxo das ações no mercado. Trata-se, pois, de garantir aos agentes econômicos em que as suas operações se deem num quadro de correção de condutas e de mínima previsibilidade, considerado o que “normalmente acontece” no segmento do

<sup>38</sup> BAPTISTA MACHADO, João. A Cláusula do Razoável. In: *Obra Dispersa*. Vol. I. Braga, Scientia Jurídica, 1991, p. 530; MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. atualizada por Antonio Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 125; MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 437 e ss; e *Comentários ao Código Civil - Do Adimplemento das Obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 2ª ed., 2004, p. 63 e ss. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato - Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 130.

<sup>39</sup> CENDON, Paolo. I Contratti in Generali. Fonti - Diritto internazionale. Autonomia Privata. Classificazione. Turim, UTET, 2000, p. 347, trazendo a opinião de DI MAJO e RODOTÀ.

<sup>40</sup> FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil brasileiro. In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. n. 130, ano XLII (nova série p. 27, grifos originais). Também assim se escreveu em: MARTINS-COSTA, Judith. O exercício disfuncional e os contratos interempresariais. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXVII, n. 96, março de 2008, p. 53.

mercado em causa<sup>41</sup>. Na sua vertente objetivada, instaurará o padrão da conduta proba, correta, cooperativa com os legítimos interesses do *alter*, tendo em vista a natureza, a ambiência e a finalidade econômica e social da concreta relação contratual estabelecida.

No segundo papel a boa-fé atuará como pauta de averiguação da ilicitude no modo do exercício jurídico, permitindo mapear os casos de exercício disfuncional. Trata-se, aí, de averiguar se, considerado o concreto negócio, o exercício de direitos subjetivos, poderes e posições jurídicas, foi, ou não “manifestamente contrário” à boa-fé.

Se conectarmos a noção de “boa-fé lealdade” subjacente ao art. 422, com a de boa-fé como “parâmetro para a averiguação da ilicitude no modo de exercício de direitos”, que está no art. 187, encontraremos um critério para a averiguação do dolo eximente da obrigação do ressegurador, sendo o dolo polarmente antinômico à lealdade e à confiança, pois é o “enganar consciente” de que falava Pontes de Miranda nos comentários aos artigos 92-97 do Código de 1916. E esclarecia:

Dolo, nos arts. 92-97, é o enganar, consciente. Não é preciso que consista em comunicação direta de conhecimento (palavras, escritos, gestos); pode consistir em ocultação de defeito, ou resultar de outra omissão, ou de atos positivos, ou negativos, que levem, ou concorram, ou mantenham em informação errônea a outra pessoa. Pode, outrossim, provir de deformação dos fatos, ou de incompleta referência, ou alusão parcial, ou da utilização de informes de outrem que sejam falsos. O silêncio consciente basta: a) se há dever de informar (...); b) se, conforme os usos, a comunicação tinha de fazer-se; c) se era de supor, pelas circunstâncias, que o silêncio significava afirmação, ou negação<sup>42</sup>.

O dolo se afirma pela ação e pela omissão, conexo ao erro induzido. Na doutrina portuguesa, Antonio Pinto Monteiro<sup>43</sup> afirma a possibilidade de dolo quando exista intenção de enganar a outra parte omitindo informação devida. No sistema do nosso Código Civil a omissão dolosa constitui grave defeito do negócio jurídico, acarretando a sua anulação, *ex vi* do art. 147. Preleciona, a propósito, Humberto Theodoro Jr., que o silêncio resta traduzido como comportamento doloso na atitude comissiva (*v.g.*: a preparação de um estratagema) e também na omissiva. A omissão caracterizará dolo quando “o dever de esclarecimen-

<sup>41</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O exercício disfuncional e os contratos interempresariais. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXVII, n. 96, março de 2008, p. 54.

<sup>42</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado* Tomo, IV, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsóii, 1954, § 449, seção 1. p. 326.

<sup>43</sup> PINTO MONTEIRO, António J. M. *Erro e Vinculação Negocial*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 24.

to integra[r] a natureza mesma do contrato (...). Quando não o integra especificamente, afirma, mesmo assim se reconhece o dever de informar como consequência da lealdade contratual. Desta última “decorre um recíproco dever de informação a respeito de qualquer circunstância relevante para o negócio, de forma que nenhuma das partes pode reter só para si o conhecimento de tais circunstâncias”<sup>44</sup>. E adianta:

Descumpri-lo faz com que, mesmo não engendrando maquinações enganosas, a parte cometa dolo civil. Sempre, pois, que um contratante cale intencionalmente sobre circunstâncias essenciais para o consentimento do outro, pratica um silêncio desleal<sup>45</sup>.

Ora, o “consciente enganar” existente no dolo é, em larga medida, *relacional*. Isto porque maior e mais justificável será o engano doloso quanto maior for a confiança objetivamente depositada pelo enganado na conduta do enganador, seja essa confiança existente como um dado pré-jurídico, seja quando configurada pelo tipo contratual, manifestando-se especialmente nos contratos *uberrimae fidei*. Assim é a lição de Pontes de Miranda<sup>46</sup> ao correlacionar o dolo omissivo com espécies contratuais em que há maior carga eficaz da confiança. Junta-se, aqui, às duas funções até aqui examinadas, a terceira função cometida à boa-fé, como regra que pauta a legitimidade da confiança investida no tráfego negocial. A crença indutora da confiança não é a crença individual, psicológica, respeitante ao íntimo do agente, mas uma crença escorada na regularidade ou repetibilidade de certa conduta ou situação, no que normalmente acontece, aquilo que é previsível segundo os usos e as circunstâncias do caso, como sugere a ligação textual entre boa-fé e usos, no art. 113 do Código Civil.

Assim sendo, o critério da boa-fé será fundamental para a caracterização, ou não, do dolo do segurador/ressegurado, sendo esse defeito eximente do dever atribuído ao ressegurador de garantir o interesse ressegurado a forma máxima de exercício jurídico disfuncional, isto é, desviado dos fins protegidos pelo ordenamento.

### (iii) Boa-fé e mora

Como regra hermenêutica, o princípio da boa-fé “contribui para determinar “o que” e o “como” da prestação e ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixa, também, os limites

<sup>44</sup> THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Livro III. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 143.

<sup>45</sup> THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Livro III. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 143.

<sup>46</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IV (§ 449, seção 5). 2ª ed. Rio de Janeiro, Borsó, 1954, p. 331, grifei.

da prestação<sup>47</sup>. Nesta perspectiva, contribui como critério auxiliar à caracterização da mora, que é situação de fato não restrita, no Direito brasileiro, à hipótese de atraso imputável<sup>48</sup>, mas abrangente de situações que, em outros sistemas, são nomeadas como cumprimento imperfeito do contrato e violação positiva do crédito. É justamente por conta desse caráter fluido da mora em nosso sistema que a boa-fé se faz relevante como critério de mensuração e determinação de outros efeitos do inadimplemento, que podem não caracterizar mora, mas violação positiva, como demonstrou Jorge Cesa Ferreira da Silva<sup>49</sup>. Além do mais, a tríplice funcionalidade do princípio, articulando as facetas subjetiva (crença) e objetiva (regra de lealdade) da boa-fé se une para a determinação da extensão do risco segurado e, consequentemente, a do risco ressegurado.

#### (iv) Bons costumes e boa prática no mercado securitário

Há, finalmente, outro critério da Parte Geral do Código Civil que auxilia a densificação do princípio do compartilhamento da sorte. Este é o dos bons costumes, também acolhido no art. 187.

Para saber se a conduta do segurador/ressegurado, embora venha a ser julgada incorreta, não se afastou da boa prática – assim caracterizando conduta “segundo os bons costumes” – será preciso interpretar a expressão bons costumes do art. 187 de modo referencial ao *id quod plerumque accidit*, isto é, àquilo que “normalmente acontece”, nas mesmas circunstâncias e é conforme os usos, elevados que foram, no art. 113, à função de critério hermenêutico (art. 113: os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração). Há, na sua concretização, a forte presença de elementos sociológicos.

Coligando-se essa linha de pensamento com o tema concretamente examinado tem-se a lição de Dirube<sup>50</sup> para quem o princípio do compartilhamento da álea, englobando o *follow the actions*, se não é um cheque em branco, obriga o ressegurador por tudo o que tenha feito

<sup>47</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 30

<sup>48</sup> “(...) cabe lembrar, de um lado, que a mora, ao menos no direito brasileiro, não consiste simplesmente no retardamento na execução da obrigação. Como já se alertou, a regra do art. 955 do Código Civil é claríssima: está também em mora o devedor que não cumpre a prestação na forma ou no lugar convencionados. De outro lado, cabe lembrar que, entre nós, a culpa não constitui elemento essencial da mora do devedor, exigindo o art. 963 do Código Civil apenas a necessária relação de causa e efeito entre o cumprimento do devedor e o descumprimento da obrigação. Mais do que isso, a melhor doutrina esclarece que a mora, seja do credor, seja do devedor, “caracteriza-se, objetivamente, pelo fato de a prestação devida não ser recebida, ou ter sido cumprida fora do tempo, do lugar ou da forma que se convencionou” (Assim, TOLEDO PIZA, Paulo Luiz de. *A mora do segurador e o controle da regulação de sinistro pela resseguradora*. In: *I Fórum de Direito do Seguro José Sollerio Filho*, IBDS-EMTS, São Paulo, 2002, p. 166.

<sup>49</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Bon-Fé e Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

<sup>50</sup> DIRUBE, Ariel Fernández. *Manual de Reaseguros*. Vol. 2. Buenos Aires, Biblioteca General Re, 1993, p.55.

o segurador/ressegurado no âmbito da boa prática dos negócios – “boa prática” se entendendo como aquela usual e, no momento, aceita no setor do mercado em causa:

Em definitivo, o princípio da comunidade de sorte significa, lisa e simplesmente, que o resseguro se adapta às cláusulas e condições originais do contrato de seguro celebrado com cada segurado pela empresa seguradora/ressegurada, e a conduta normal segundo a correta técnica e a boa administração que este cumpra, correspondendo-lhe dentro desses limites a mais ampla liberdade de gestão do risco, existindo a respeito o que os franceses chamam de “*pacte de confiance*”<sup>51</sup>.

Em suma: a prática, embora irregular, não deve desbordar o que, contextualmente, se poderia taxar de uma ação tradutora da *boa prática dos negócios* – “boa prática” se entendendo como aquela usual e, no momento, aceita no setor do mercado em causa, em acordo à função prática cometida ao resseguro e ao seu concreto desenho no caso.

Com esses critérios em vista, já é possível encaminhar algumas soluções de ordem prática.

## B) Algumas possíveis soluções práticas: presunções e modalidades a considerar

A primeira questão diz respeito a saber se o ressegurado deve arcar (mesmo antes da vigência da regra hoje posta no art. 66 do Projeto de Lei n. 3.555/2004) com os prejuízos decorrentes da mora. Especificamente: o risco a que está contratualmente vinculado não diz respeito apenas ao que comporia o adimplemento do dever principal do contrato de seguro (englobando tão somente o dano emergente), mas inclui, também, outras parcelas ligadas ao contrato, como os lucros cessantes derivados da mora contratual, desde que ligados causalmente ao contrato e não imputáveis ao dolo ou à má-fé do segurador. O fato da mora provocará a indenização por perdas e danos, mas essa indenização (mormente quando a mora deve-se à divergência na interpretação do contrato ou na qualificação de cláusulas contratuais) não há de ser tida como estranha, causalmente, ao contrato. Pelo contrário, é dele – e só dele – que decorre.

A extensão dessa responsabilidade (inclusiva dos prejuízos causados pela mora) variará, contudo, segundo uma delicada arquitetura composta por presunções e por combinações entre elementos fáticos e normativos.

<sup>51</sup> DIRUBE, Ariel Fernández. *Manual de Reaseguros*. Vol. 2. Buenos Aires, Biblioteca General Re, 1993, p. 56, em tradução livre.

**(i) Presunções**

Sendo a culpa e o dolo elementos subjetivos por excelência – e, como vimos, um eximindo e outro não eximindo o ressegurador –, a técnica jurídica se vale de algumas presunções que possam, nos casos concretos, auxiliar o intérprete. Exemplificativamente:

(a) o ressegurador é presumido concordante aos termos do contrato de seguro, suas cláusulas e condições, não se podendo esquivar ao cumprimento de seus deveres como ressegurador sob o pretexto de não concordar com tal ou qual cláusula.

(b) essa presunção mais se reforça quando o conteúdo do contrato estiver inserto em Condições Gerais dos Negócios, isto é, das cláusulas predispostas que se entendem integrantes da apólice. Na prática dos seguros, diz Broseta Pont, são manifestas e conhecidas as condições gerais utilizadas pelos seguradores.<sup>52</sup> Assim, constitui vedado ardil tentar eximir-se de suas responsabilidades afirmando – uma vez realizado o sinistro – que não pagará o que deve por não concordar com tal ou qual cláusula;

(c) havendo essa presunção de conhecimento, e a conseqüente impossibilidade de o ressegurador se esquivar ao pretexto de “não conhecer” a cláusula, há, também por lógica consequência, a presunção de ter concordado com o conteúdo do contrato, sendo, porém uma presunção relativa, podendo ser obstada pela prova de a resseguradora ter se manifestado contrariamente;

(d) decorre da presunção de concordância com o conteúdo do contrato a presunção de assentimento às atuações de índole técnico-comercial realizadas pelo segurador relativamente ao contrato de seguro. Se essas atuações forem justificáveis, à luz da boa-fé, ainda que erros ou omissões não dolosas sejam imputáveis ao ressegurado, a eficácia do princípio *following the actions* não será elidida.

**(ii) Modalidades**

Concomitantemente a essas e outras presunções, a extensão da responsabilidade do ressegurador variará, evidentemente, conforme a modalidade em que se apresentar o resseguro – cabendo então distinguir e compor dados provenientes das suas várias modalidades: os resseguros automáticos e os facultativos, proporcionais e não proporcionais, e, igualmente, das espécies: o resseguro por excedente de responsabilidade, por quota-parte, por excesso de danos, para cobertura de catástrofe e por excesso de sinistro-prêmio da carteira. As modalidades e espécies importarão para a extensão em que se aplica o princípio do compartilhamento da álea. Lembremos, exemplificativamente, um resseguro propor-

<sup>52</sup> BROSETA PONT, Manuel. *El Contrato de Reaseguro*. Madrid, Aguilar, 1961, p. 28.

cional, como o resseguro por quota-parte, e um resseguro não proporcional<sup>53</sup>, como o por excesso de dano:

No resseguro por quota-parte é estabelecida, de antemão, uma percentagem fixa pela qual a resseguradora se responsabiliza em caso de sinistro, pois, nas palavras de Paulo Piza, “os resseguros de quota-parte são, de modo geral, instrumentos que obrigam o segurador à cessão ao ressegurador de um percentual fixo e uniforme, relativamente a todas e a cada uma das apólices emitidas no ramo a que diz respeito”<sup>54</sup>. Trata-se, portanto, de um *resseguro proporcional*, sendo o limite da proporção fixado em lei ou no contrato.

Diferentemente, o chamado resseguro de excesso de danos (*excess of loss*), corresponde, segundo Pedro Alvim, àquele em que uma vez fixado o limite de perda do segurador, garante-se ao segurador recuperar do ressegurador o valor da indenização e das despesas que ultrapassarem aquele limite<sup>55</sup>. Trata-se de um resseguro não proporcional *par excellence*. Nele, “o ressegurador não participa de cada risco assumido pelo segurado, mas o socorre, quando o seu desembolso líquido em cada sinistro, ou decorrente de um acidente, supera determinada importância”<sup>56</sup>. Seu traço característico está em que o prêmio é calculado de um modo forfatório, devendo o ressegurador encarregar-se mediante esse prêmio global,

<sup>53</sup> Existem duas modalidades técnicas de resseguros, os proporcionais e os não proporcionais. Enquanto os seguros proporcionais caracterizam-se pelo fato de o segurador seguir *pari passu* a sorte do segurado, porque participa proporcionalmente dos seus resultados e perdas, nos seguros não proporcionais resta garantido, pelo ressegurador, um dano patrimonial, prometendo ao segurador/ressegurado ampará-lo quando o seu desembolso líquido superar determinada importância. (V. TOLEDO PIZA, Paulo. Notas sobre Co-Seguro e Resseguro no Projeto de Lei n. 3.555/04, in *IV Fórum de Direito do Seguro José Sollerio Filho*, São Paulo, IBDS, 2006, pp. 340 e 341).

<sup>54</sup> TOLEDO PIZA, Paulo Luiz de. *Contrato de Resseguro. Tipologia, Formação e Direito Internacional*. São Paulo, IBDS, 2002 e, do mesmo autor, O risco no contrato de resseguro. In: *Seguros: uma questão atual*. Coordenado pelo Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS e Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, Max Limonad, 2001, p. 93.

<sup>55</sup> ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 361.

<sup>56</sup> TOLEDO PIZA, Paulo Luiz de. O risco no contrato de resseguro. In: *Seguros: uma questão atual*. Coordenado pelo Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS e Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, Max Limonad, 2001, p. 94. Por essa razão, diz o autor, os resseguros de excesso de danos são, “também chamados de resseguros de sinistros, já que sua cobertura ampara o caixa do segurador quando se vê defrontado com exigências em cifras superiores a determinada soma, assim implicando uma espécie de auxílio financeiro ou, em alguns casos, a limitação de determinados fatores de custo, como são os sinistros, considerados de forma global. Por isso justifica-se a denominação, para os resseguros não-proporcionais, de ‘seguros de sinistros’, na medida em que a sua cobertura funciona unicamente quando o segurador/assegurado deva pagar ao segurado uma importância que supere aquele limite”. Nessa medida, explicam Saavedra e Peruchi, no caso do eventual sinistro, o ressegurador participará em uma forma “totalmente independente” da relação havida com o prêmio do seguro ou dos seguros relativos ao contrato de seguro. Em consequência, explicam, poderá ocorrer que, ao cabo da finalização de um contrato de resseguro, o ressegurador termine sem abonar nenhum sinistro, na medida em que os eventos ocorridos durante a sua vigência tiveram uma indenização inferior ao limite fixado, ou, no léxico securitário, abaixo da “prioridade” que é uma espécie de “franquia” típica do resseguro (SAAVEDRA, Domingo M. Lopez e PERUCCHI, Héctor. *El Contrato de Reaseguro y Temas de Responsabilidad Civil y Seguros*. Buenos Aires, La Ley p. 191. Veja-se também DIRUBE, Ariel Fernández. *Manual de Reaseguros*. Vol. 2. Buenos Aires, Biblioteca General Re, 1993, p.36).

dos sinistros que ultrapassam uma soma determinada<sup>57</sup>. Daí evidenciar-se a sua finalidade jurídico-econômica de garantir a perda econômica que advém ao segurador/ressegurado em razão de indenização que tenha causa no contrato de seguro, sempre que o valor dessa indenização supere uma importância predeterminada (por exemplo, o Limite do Sinistro, na prática internacional, dita “prioridade”). Em contrapartida, se o valor da indenização devida ao segurado não é superado, o ressegurador nada tem que pagar (“recuperar”) ao segurador/ressegurado. Assim, o termo “excesso” está ali por “aquilo que supera o Limite Técnico”, cobrindo tudo o quanto o supere, desde que causalmente decorrente do contrato.

Como consequência da diversidade de funções e modelos subjacentes a cada uma das espécies, a expressão proporcional assumida pelo risco em sua relação com o prêmio será diversa, caso se trate de uma ou outra espécie. Diferentemente dos resseguros proporcionais, nos não proporcionais o risco assumido pelo ressegurador não se expressa em uma proporção do prêmio (relativo ao contrato de seguro), antes possuindo um “preço independente”<sup>58</sup>; o ressegurador não participa proporcionalmente em cada risco ou em cada apólice emitida pelo segurador/assegurado, mas apenas quando a magnitude do sinistro supera o importe previamente convencionado, ou outro limite. Por isso, sendo essa a modalidade contratada e emergente a eficácia do contrato, o importante é determinar,

qual é o dano efetivamente sofrido pelo patrimônio do segurador/ressegurado ao tornar efetiva a indenização que deve ao segurado em virtude dos riscos que assumiu no contrato de seguro direto. Não há que esquecer que o resseguro é um seguro de nascimento de dívida, e, portanto, essa será a dívida que deve ser ressarcida<sup>59</sup>.

Além do mais, essa modalidade se apresenta sob a forma automática e obrigatória, o que também reverbera na sua interpretação.

Com efeito, além de poder ser ou proporcional ou não proporcional, o resseguro se pode apresentar sob quatro formas distintas: avulsa, automática, facultativa e obrigatória<sup>60</sup>. No contrato automático, as partes (seguradora, ressegurador ou resseguradores) pactuam a cobertura de uma carteira de riscos previamente definidos, compreendendo mais de uma apólice ou plano de benefícios, subscritos ao longo de um período predeterminado no contrato. No resseguro facultativo, o ressegurador (ou resseguradores) dá cobertura a riscos

<sup>57</sup> PICARD, M. e BESSON, A. *Les assurances terrestres em Droit français*. 4ª ed. Paris, LGDJ, 1977, p. 356.

<sup>58</sup> A expressão é de SAAVEDRA, Domingo M. Lopez e PERUCCHI, Héctor. *El Contrato de Reaseguro y Temas de Responsabilidad Civil y Seguros*. Buenos Aires, La Ley, p. 191.

<sup>59</sup> HILL, M. CONCEPCION. *El Reaseguro*. Bosch, Barcelona, 1995, p. 126.

<sup>60</sup> ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 363.

referentes a uma única apólice ou plano de benefícios, ou grupo de apólices ou planos de benefícios, definidos quando da contratação entre as partes.

Diferentemente do resseguro avulso, cuja natureza é facultativa, pois em cada operação o ressegurador discute com o segurador as condições de cada operação, no resseguro automático o ressegurador assume a obrigação de cobertura automática segundo as condições do contrato, bem como as das normas legais e regulamentares acaso incidentes. Nesse tipo de resseguro, diz Alvim, o segurador transfere para o ressegurador as responsabilidades que ultrapassarem seus limites de retenção ou segundo as condições do contrato<sup>61</sup>. Ensina esse autor considerar-se “coberto automaticamente todo seguro sobre riscos enquadrados na legislação, tarifas, condições gerais, especiais e particulares das apólices, aprovadas pelos órgãos competentes”<sup>62</sup>.

Assim, conforme a modalidade, a extensão do princípio encontrará a sua medida, não se podendo querer um metro fixo a servir tanto para os seguros proporcionais quanto para os não proporcionais, os avulsos e os automáticos.

## CONCLUSÕES

Esses poucos exemplos servem a ilustrar que, tal qual num articulado jogo de xadrez, nos casos concretos será preciso combinar todas essas variáveis para alcançar qual é a medida do princípio, cabendo ainda assinalar que, conquanto as principais modalidades técnicas de resseguros – isto é, os proporcionais e os não proporcionais – se possam apresentar doutrinariamente como “tipos ideais”, a prática apresenta uma grande variedade de “subtipos intermédios” entre as várias categorias.

Por isso mesmo, a resposta a saber “até onde vai” o princípio do compartilhamento da sorte (aliás, como todos os princípios) não se fixa por uma única medida. É preciso combinar critérios e modular incidências, tendo em conta a específica modalidade de resseguro pactuada e a sua ligação com as categorias e regras integrantes do sistema. A complexidade desse jogo de variáveis, que entrelaçam os casos da vida às técnicas securitárias, não nos deve, no entanto, espantar. Como percebeu Ascarelli, “la dogmática debe ser tanto más refinada cuanto más complejas se van haciendo las relaciones económicas de la vida moderna a las cuales solo así se puede dar una adecuada regulación jurídica”<sup>63</sup>. O que se espera é que o pensamento dos juristas seja igualmente refinado ao tratar de categorias e situações tão complexas, pois

<sup>61</sup> ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 362 e 363.

<sup>62</sup> ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 390.

<sup>63</sup> ASCARELLI, Tulio. *Introducción al Derecho Comercial y Parte General de las Obligaciones Comerciales*. Tradução espanhola de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar S.A Editores, 1947, p. 37.

se não forem tomados cuidados, o princípio do compartilhamento da álea poderá ou não ter efetividade ou se transformar num indevido cheque em branco ao segurador.

Porém, traçar modulações é atividade própria do jurista. E esse é habituado, milenarmente, a raciocinar por distinções e aproximações, sabendo – ou devendo saber – que por detrás dos conceitos e institutos jurídicos, não se escondem inerências, nem causas ocultas nem princípios transcendentais, mas, no mais das vezes, construções e funções cujo perfil deriva do jogo das forças sociais, o seu sentido radicando nas necessidades práticas da experiência social. Cabe assim a todos nós aproveitar esse momento histórico em certo ponto privilegiado para o exame do resseguro (pois revela do que é feita a oficina do jurista) para, com os olhos na prática, reinserir este instituto na ordem do sistema.

Canela, junho de 2009

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- ASCARELLI, Tulio. *Introducción al Derecho Comercial y Parte General de las Obligaciones Comerciales*. Tradução espanhola de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar S.A Editores, 1947.
- BAPTISTA MACHADO, João. A Cláusula do Razoável. In: *Obra Dispersa*. Vol. I. Braga, Scientia Jurídica, 1991.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito do Recife*. II Volume. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1927.
- BROSETA PONT, Manuel. *El Contrato de Reaseguro*. Madrid, Aguilar, 1961.
- CENDON, Paolo. *I Contratti in Generali. Fonti – Diritto internazionale. Autonomia Privata. Classificazione*. Turim, UTET, 2000.
- CERNE, Ângelo. *O Seguro Privado no Brasil*. Belo Horizonte, Livraria Francisco Alves, 1973.
- COHEN, F. S. *El método funcional en el Derecho*. Tradução espanhola de Genaro Carriò. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
- COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro, FGV, 2006.
- DONATI, Antígono. *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*. Vol. III. Milão, Giuffrè, 1956.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Boa-Fé e Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil brasileiro. In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. n. 130, ano XLII (nova série).

HAGOPIAN, Mikael e LAPARRA, Michel. *Aspectos teóricos y prácticos del reaseguro*. Madrid, Ed. Mapfre, 1996.

JARAMILLO, Carlos Ignacio. Configuración y Alcance de la 'Comunidad de Suerte' en el Contrato de Reaseguro: generalidades, justificación, vigencia, limitaciones básicas y proyección internacional. In: *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, n. 10, jul. 1997, Colômbia.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código Civil – Do Adimplemento das Obrigações*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. O exercício disfuncional e os contratos interempresariais. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXVII, n. 96, março de 2008, p. 53.

MONTI, Alberto; MONTI A., *Buona Fede e Assicurazione*, Milano: Giuffrè, 2002.

\_\_\_\_\_. Buona fede e Assicurazione: il nuovo Codice Civile brasiliano e il Diritto Comparato. Palestra apresentada no III FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO JOSÉ SOLLERO FILHO – IBDS – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. Museu de Arte de São Paulo. 25 a 27 de novembro de 2002.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. atualizada por Antonio Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

NARVAZ BONNET. El riesgo nel contrato de resseguro. In: *Anais do Primeiro Forum de Directo do Seguro Jose Sollero Filho*. São Paulo, Max Limonad, 2000.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

PICARD, M. e BESSON, A. *Les assurances terrestres em Droit français*. 4ª ed. LGDJ, Paris, 1977.

PINTO MONTEIRO, António J. M. *Erro e Vinculação Negocial*. Coimbra: Almedina, 2002.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLVI (§ 4.993, 1). 3ª ed., 2ª reimpressão, Rio de Janeiro, Borsóí, 1984.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IV (§ 449, seção 5). 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsóí, 1954.

RODRIGUES DA SILVA, Rafael. *Os Seguros (Elementos de Estudo)*. Lisboa, 1963.

SAAVEDRA, Domingo M. Lopez e PERUCCHI, Héctor. *El Contrato de Reaseguro y Temas de Responsabilidad Civil y Seguros*. Buenos Aires, La Ley, s.d.

THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Livro III. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006.

TOLEDO PIZA, Paulo. *Contrato de Resseguro. Tipologia, Formação e Direito Internacional*. São Paulo, IBDS, 2002.

\_\_\_\_\_. Notas sobre Co-Seguro e Resseguro no Projeto de Lei n. 3.555/04, in *IV Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*, São Paulo, IBDS, 2006, p. 339 e ss.

\_\_\_\_\_. A mora do segurador e o controle da regulação de sinistro pela resseguradora. In: *I Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*, IBDS-EMTS, São Paulo, 2002, p. 166.

\_\_\_\_\_. O risco no contrato de resseguro. In: *Seguros: uma questão atual*. Coordenado pelo Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS e Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, Max Limonad, 2001, p. 93.

TZIRULNIK, Ernesto. *Regulação de Sinistro* (ensaio jurídico). 3ª ed. São Paulo, Max Limonad, 2001.

WALHIN, Jean-François. *La Réassurance*. Lancier, Cahiers Financiers, 2007.

ALCANCE E EXTENSÃO DO PRINCÍPIO  
*FOLLOW THE FORTUNE*

*Maria Concepción Hill Prados*

*Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona – Espanha  
Professora Titular de Direito Mercantil da Faculdade de Direito da  
Universidade de Barcelona – Espanha*

Bom dia a todos.

Minhas primeiras palavras têm, necessariamente, que ser uma repetição das dos meus companheiros, palavras, portanto, de agradecimento que, não por serem repetidas são menos intensas ou menos sentidas. Agradecimento, em primeiro lugar ao IBDS, especialmente na pessoa do seu presidente Ernesto, que já chamo pelo primeiro nome, já que eu sou Conchita e ele é Ernesto. Ponto. Agradeço por ter-me convidado, já que esta é a minha primeira visita ao Brasil, e espero que não seja a última, e tem sido para mim verdadeiramente uma honra e um prazer.

Em segundo lugar, quero também agradecer ao professor José Maria Muñoz Paredes, colega e compatriota, que teve a amabilidade de indicar-me, de modo que, sem ele, tampouco estaria eu aqui.

E *last but not least*, expressão inglesa da qual eu sempre gostei e que julgo ser muito útil, agradeço aos meninos e meninas do Ernesto, que são os que estão fazendo a nossa vida aqui

fácil e agradável, com um tratamento delicioso. Refiro-me logicamente a Gabriela, Rafaela e André, porque estão aguentando todas estas histórias e para mim tiveram até mesmo que solucionar problemas técnicos.

Outra coisa que tenho que dizer antes de começar a tratar do tema do qual definitivamente tratou muito bem a professora Judith, razão pela qual eu estou isenta de ter que fazer grandes elucubrações é que, senhores, apertem os cintos, porque vamos entrar num voo estranho, porque as palavras que disse a minha companheira me surpreenderam um pouco, de início.

Se eu bem entendi, ela disse que os anfitriões do IBDS são grandes cozinheiros – o idioma é sempre uma barreira – porque misturam-nos, nós que somos alguns ingredientes um tanto peculiares. E devem ser mesmo muito ousados, porque minha companheira disse que não é especialista em direito do seguro, disse que é civilista. E tenho também que dizer-lhes que eu mesma não sou especialista em direito do seguro, sou maritimista.

Com isto, estão os senhores aqui perdendo o seu tempo, já que vamos ter uma sessão que não se sabe exatamente do que será.

Todos sabemos que o seguro nasce no âmbito marítimo e, um século depois, chega ao âmbito terrestre, assim como eu, que “nasci” no âmbito marítimo e um pouco menos de um século depois, ao cabo de certo tempo, acabo também chegando ao âmbito do direito do seguro terrestre.

Dito tudo isto, agora tenho que começar a tratar do tema que me propuseram. Quando me propuseram o tema do princípio *follow the fortune*, pensei: “Estupendo! Um princípio, uma coisa genérica, da qual se pode falar muito”.

Quando comecei a me aprofundar no tema, com o qual já não tinha contato havia muitos anos, me deparei com a surpresa de que, na realidade, aconteceu o mesmo que com o professor Cardozo: com uma frase e cinco minutos já se poderia dizer todo o necessário, e poderíamos ir por aí passear, já que faz um dia lindo.

Isto porque não vejo o problema que este princípio possa ter na prática. Parece-me muito simples a questão da comunhão da álea. Somos sócios, somos companheiros de viagem, estamos submetidos às mesmas vicissitudes, de modo que o que acontece com um acontece com outro.

Dito isto, não sei onde está o problema, pois está claríssimo.

Tentei preparar-lhes um *Power Point*. Não gosto muito disso, mas na Espanha se uma pessoa se apresenta num evento destes sem levar um *Power Point*, é encarada como se fosse não do século passado, de quando é efetivamente, mas de três ou quatro séculos antes.

Fiz um grande esforço, mas tenho que adverti-los que está uma porcaria a apresentação, porque não possuo a técnica. Para começar, trocaram o programa no computador

por um mais moderno. Pelo menos o antigo eu conseguia manejar, tínhamos um tratamento cordial. Com o moderno, a tentativa foi desastrosa. E isto tudo para descobrir que, quando eu cheguei aqui, não conseguia abrir a apresentação, porque aqui também se usa o antigo. São, portanto, tão antigos como eu. Mas esta gente jovem que sabe tudo conseguiu mais ou menos solucionar o problema, e aqui temos esta espécie de apresentação em *Power Point*.

Verão que a apresentação é uma espécie de guia do que se supõe que eu vá dizer. Não levem este guia muito a sério, pois tenho a tendência de pular coisas ou de direcionar a minha atenção para outras que me ocorram ser mais interessantes no momento. Basicamente, porém, é isto o que vou dizer.

Se me permitirem, vou começar pelas conclusões. Vamos inverter a ordem.

Já faz muito tempo que optei por começar pelas conclusões, porque nós acadêmicos tendemos a passar do tempo sempre, e assim se evita que se tenha que apressar muito o final da exposição para chegar às conclusões quando o tempo vai se acabando.

Em segundo lugar, descobri que ao se começar pelas conclusões, pesca-se a audiência fresca e atenta. E, ademais, assim também se pode situar o público em relação ao que se vai dizer, pois, por mais que se desconectem – o que espero que não ocorra – pelo menos assim já sabem onde vai parar.

Então, começaremos com as conclusões.

O princípio *follow the fortune*, é da própria essência do contrato de resseguro. O que se faz é vincular os interesses de cada uma das partes – o segurador-ressegurado, por um lado, e o ressegurador, por outro – com base nessa necessidade de cooperação.<sup>1</sup>

Não podemos nos esquecer que estamos falando de uma relação baseada na máxima boa-fé, não na boa-fé que preside a todas as relações contratuais; mas, no contrato de seguro – e o contrato de resseguro é basicamente um contrato de seguro – sempre se exigiu a máxima boa-fé.

Desta forma, as duas pessoas vinculadas por este contrato devem cooperar de forma especial para que tudo o que ocorra com base no mesmo se dê por caminhos corretos e adequados.

O que ocorre é que isto que, em princípio, é tão simples e tão claro de entender e que, ademais, nas origens do resseguro não era sequer uma cláusula do contrato, mas simplesmente um princípio, algo que não necessitava estar expresso, pois deriva da própria natureza e essência do contrato, com o passar do tempo sofreu uma mudança. O relaxamento dos costumes levou a que houvesse uma perda de confiança de uma das partes do contrato –

<sup>1</sup> No PL n.º 3.555/2004, na versão do substitutivo aprovado na CEDEIC, o princípio está posto no artigo 66.

neste caso, o ressegurador – a respeito do modo como as coisas eram conduzidas em relação ao segurador-ressegurado, outra parte do contrato.

Esta perda de confiança levou também a que a “teórica” liberdade que tem o segurador ressegurado de questionar o contrato de seguro original, que contratou com uma terceira pessoa, na prática tenha desaparecido um pouco.

Isto porque o ressegurador, no intento de limitar a sua responsabilidade, de modo a não ter que invadir mais o seu patrimônio do que lhe convenha, começou a introduzir nos contratos de resseguro uma série de cláusulas que, com distintas denominações, às vezes se chamam cláusulas de controle, às vezes de cooperação, que fizeram com que o ressegurador, que, como não podemos esquecer, não é parte do contrato de seguro – e em todos os ordenamentos vige o princípio da relatividade dos contratos –, interfira neste contrato e tome decisões ou realize atuações que não estavam previstas.

Para mim, estas cláusulas que são as que nos levaram a tratar da desnaturalização e desvirtualização do contrato de resseguro, se converteram em praticamente *cut-through clauses*, ou cláusulas de conexão. Já li muitas traduções deste termo e a que me agrada mais é justamente esta: cláusulas de conexão, porque o que fazem é conectar um contrato a outro, ou melhor ainda: conectar as partes de um contrato com as partes de outro. As cláusulas *cut-through* em sentido estrito são aquelas que se direcionam aos temas de possível insolvência do ressegurador, porque permitem que o segurado possa receber diretamente do ressegurador com o qual não possui relação, com base no princípio da relatividade dos contratos.

Na Espanha, isto não é possível. No direito espanhol, a lei do contrato de seguro de 1980 dedica somente três artigos ao contrato de resseguro, mas afirma muito claramente que os contratos de seguro e de resseguro são completamente independentes, de modo que não há relação das partes de um com as partes de outro.

Apenas nos casos de possível insolvência do segurador, o que a lei faz é estabelecer a possibilidade de que, sobre o saldo devido pelo ressegurador ao segurador agora insolvente, tenha um certo privilégio o segurado, para que tenha uma certa preferência para cobrar o dinheiro, mas não pode se dirigir diretamente a ele.<sup>2</sup>

O que isto faz é conectar o segurado do contrato primitivo com o ressegurador do outro contrato, quando não há nenhuma relação ou nenhuma vinculação entre eles.

Por meio das cláusulas, derivações ou mistificações que se fizeram – do que era um princípio e passou a ser uma cláusula – se está fazendo com que haja uma conexão entre os dois

<sup>2</sup> No PL n° 3.555/2004, na versão do substitutivo aprovado na CEDEIC, a matéria é cuidada pelo art. 67, que fixa preferência absoluta em favor do segurado, do beneficiário e, se o seguro for de responsabilidade civil, do terceiro prejudicado.

contratos. E, se abrimos a porta, verificamos que o mesmo que pode sair pela porta, pode por ela entrar.

Com isto, de alguma maneira, essas cláusulas que não são *cut-through* em sentido estrito podem conduzir a verdadeiro caos, em que as partes dos diferentes contratos, de seguro e resseguro, se reclamam reciprocamente, ainda que não possuam nenhuma relação direta entre si.

Este tema também levou a que alguns autores começassem a discutir se, na realidade, isto já não é um contrato de seguro, porque permite que o ressegurador se imiscua no contrato de seguro, de sorte que talvez pudéssemos até mesmo falar de um cosseguro interno, já que temos uma relação jurídica distinta da que se via no contrato de seguro *stricto sensu*, na qual uns e outros decidem e intervêm ainda que não estivessem, inicialmente, vinculados no contrato.

Não sei, talvez considerar esta situação como um cosseguro interno seria levar as coisas a um limite demasiado exagerado, mas a ideia é que talvez devamos buscar um novo nome para esta relação que apareceu.<sup>3</sup>

A conclusão das conclusões é a de que o contrato de resseguro hoje em dia, ou pelo menos assim o dizem os seguradores-ressegurados, é um contrato de adesão. Há uma parte preponderante, que é o ressegurador, que impõe as condições que convêm ao segurador ressegurado.

Isto à primeira vista não se justifica, pelo menos no direito positivo espanhol. A lei de contrato de seguro espanhola estabelece a imperatividade dos seus preceitos de forma genérica para todas as relações derivadas do contrato de seguro, mas excepciona o caso do contrato de resseguro, por entender que não há nenhuma parte a proteger, pois diante de um segurador está outro segurador, de sorte que ambos conhecem o assunto do qual tratam.

Assim, não há nenhuma necessidade de que o legislador tente proteger uma parte hipossuficiente, e supõe-se que, então, a autonomia da vontade recobra o seu pleno significado.

O que ocorre é que, se começamos a inserir no contrato cláusulas deste tipo, que respondem a necessidades puramente econômicas, impondo-as aos seguradores, isto é uma questão perigosa, pela desigualdade de tratamento e falta de autonomia da vontade.

<sup>3</sup> No PL n° 3.555/2004, na versão do substitutivo aprovado na CEDEIC, o art. 3° e seu parágrafo único disciplinam a cessão de contrato que, não nascendo da vontade do segurado, implica solidariedade entre cedente e cessionário.

Retrocedendo sobre estas conclusões genéricas, não podemos esquecer os princípios fundamentais, como o da independência entre os dois contratos.<sup>4</sup> É certo que há uma conexão entre eles, e que o contrato de resseguro não tem nenhum sentido sem um contrato de seguro prévio sobre o qual se apoie, tendo nele sua razão de ser, ou sua *conditio iuris*. Porém, existe uma grande diferença entre esta relação e a perda de autonomia ou identidade.

Os problemas de relação entre estes dois contratos são os que explicam que haja tantas questões referentes às cláusulas.

Tampouco podemos nos esquecer que estamos diante de um contrato da máxima boa-fé.

O princípio da comunidade de sorte, que é o que nos traz aqui e do qual eu ainda não falei, aparece nas origens do contrato de resseguro. Creio que a primeira manifestação que eu encontrei a este respeito data de 1300 e pouco, de um contrato de resseguro para uma viagem por mar de Gênova a um porto de Portugal. Pelo temor de desastre durante o percurso, o segurador teve o cuidado de ressegurar parte da viagem.

Nesse momento, ninguém se questionava a respeito do que significaria o princípio da comunidade de sorte. Era o que eu já havia dito: estamos no mesmo barco, somos sócios, companheiros de viagem, o que acontecer a um, acontecerá ao outro. Tratava-se de um acordo de cavalheiros, negócio fechado por apertos de mão, a respeito do qual não há nada mais que se discutir.

Ainda assim, subsistia a necessidade de distribuição de risco. O segurador se ressegura quando teme que seu patrimônio entre em perigo se começarem a acontecer desastres com todos os seus segurados. Portanto, esta é uma forma a mais de distribuir o risco, de modo que fique minimizado, pois se é suportado por todos, nenhum resulta gravemente prejudicado.

O significado já foi dito, e se apoia na necessidade da máxima boa-fé. Porém, já disse também que, devido à perda de confiança dos envolvidos, começaram-se a inserir no contrato cláusulas curiosas. A primeira surpresa é que, o que foi um princípio, tradicionalmente, tenha que ter sido convertido em cláusula.

A jurisprudência espanhola entende que, mesmo que não tenha sido inserida esta cláusula no contrato, a comunhão da álea persiste, tendo em vista este princípio tradicional e originário.

<sup>4</sup> No PL n° 3.555/2004, na versão do substitutivo aprovado na CEDEIC, a autonomia é disposta no art. 63, sem prejuízo de regulação excepcional para caso de insolvência da seguradora e da resseguradora (art. 67) e do estabelecimento de mecanismo de acompanhamento por parte do ressegurador (art. 64, § 1º, art. 77, parágrafo único etc.).

Encontramos por aí desde cláusulas “barrocas” – enormes e de difícil leitura – principalmente as cláusulas inglesas, pois sabemos que os ingleses têm uma redação um tanto curiosa para ler – pelo menos para os latinos.

A cláusula que eu achei mais interessante para o que eu gostaria de dizer-lhes é a seguinte (tradução livre): “O ressegurador seguirá a sorte do cedente (segurador-ressegurado) em todo o referente ao aspecto técnico do seguro, de riscos que este tenha assumido por contratos de seguro e notas de ...”.

Na tentativa de analisar a fundo o conteúdo deste enunciado, deparei-me com o fato de que se fala que o risco de contrato originário, que vai servir de base para o contrato depois de resseguro pode ser dividido em risco objetivo – risco exógeno, que está fora do alcance do segurador, que ocorre em consequência do próprio risco segurado e que em definitivo se pode materializar no sinistro – e o risco subjetivo, que diz respeito ao campo de atuação da seguradora, de modo a que a sua influência possa determinar o que ocorra depois no contrato de resseguro em virtude dessa conexão.

Assim, vimos que se fala, por alguns autores, de seguir a sorte e, por outros, de seguir as ações. Seguir a sorte é participar nesse risco objetivo que em definitivo não tem nada a ver com as atuações do segurador. Os limites para isto são os mesmos do contrato de seguro originário, no que diz respeito ao risco.

De outro lado, seguir as ações supõe que vamos também sofrer as consequências daquilo que tenha feito bem ou que tenha feito mal o segurador-ressegurado. É o que comentava minha companheira Judith: as ações, os erros, as omissões, as possíveis situações em que não se tenha observado aqueles bons costumes no âmbito comercial, ou em que não se tenha tido a prudência do bom comerciante ao realizar as gestões próprias deste contrato.

Sobre o direito de gestão, está fora de dúvida que o contrato de seguro tem que ser gerido pelo segurador. Foi ele quem celebrou o contrato, e é ele quem deve cuidar de tudo o que se refira à gestão, administração e liquidação no momento do sinistro. Logo, recorrerá ao seu ressegurador para que colabore, pelo menos economicamente, ocorrido o sinistro.

Porém, este direito de gestão tem os limites próprios da máxima boa-fé que preside os contratos de resseguro. Não é uma carta branca, não é um cheque em branco. O segurador pode fazer tudo o que deve fazer para que o contrato funcione adequadamente, e nada mais, porque tem que cuidar dos interesses do seu companheiro de viagem, o ressegurador.

Junto a este direito de gestão está o dever de seguir. O segurador tem direito de gerir seu próprio contrato, e o ressegurador tem o dever de segui-lo na sua sorte. É uma relação de confiança, na qual tem muita importância a lealdade dos dois contratantes, especialmente do segurador, e também o cumprimento do espírito e do texto do contrato, ambos.

Estas cláusulas de conexão, devidas, como havia dito, ao incremento de perda de confiança entre as partes do contrato, decorrentes do interesse do ressegurador de limitar as consequências econômicas advindas do contrato de seguro, passaram então a ser introduzidas na apólice. Exemplo disto é a famosa cláusula *follow the settlement*, que é a mais corrente e que, em definitivo, tem praticamente o mesmo objetivo que todas as demais.

Um dado muito curioso que observei, que é o que, num momento determinado, parece que se chegou a identificar o princípio *follow the fortune* com o *follow the settlement*, até o ponto em que, para evitar as consequências de seguir a sorte propriamente, começaram-se a inserir cláusulas como *follow the settlement* até um momento no qual pareceu possível a identificação entre ambas, mesmo porque não há uma sem a outra.

Estas cláusulas na verdade são introduzidas para estabelecer-se uma cláusula de controle direto e completo sobre a liquidação do sinistro (*claim's control clause*), em que o ressegurador se reserva ao direito de controlar a liquidação do sinistro do contrato originário.

Outra opção é a de gerir diretamente o contrato de seguro primitivo, mas creio que estas cláusulas sejam mais raras na prática. Por último, temos também as chamadas cláusulas de cooperação, que não são mais do que cláusulas de controle indireto da liquidação, mas não chamamos cláusula de controle (*claim's control clause*) porque fica feio, parece que estamos impondo alguma coisa.

Esta cooperação se plasma na gestão, no controle do contrato e na liquidação do sinistro, de modo a que o segurador não venha a pagar mais do que lhe toca, em tese, o que poderia fazer com que o ressegurador, com base no princípio *follow the fortune*, tenha que pagar mais do que o estritamente necessário.

A análise da interpretação da cláusula *follow the settlement* na maioria da jurisprudência permite verificar que em todos os lugares se diz o mesmo: implica que o ressegurador se compromete a pagar o mesmo que o segurador tenha tido que pagar em razão da apólice de seguro direto.

Mas o que acontece se o segurador é tão magnânimo que decide pagar mais do que deve?

Encontrei uma sentença, que é a mais utilizada por todos como precedente, que contém um esclarecimento interessante no qual o juiz afirma que a cláusula de cooperação é uma cláusula muito eficaz e que o ressegurador – até aí nenhuma novidade – tem que pagar o que o segurador tenha pago com base no contrato de seguro direto.

Mas ele segue adiante para afirmar que este princípio tem que ser respeitado quando se preencherem certos requisitos:

- (i) que a reclamação recaia dentro dos riscos cobertos no contrato de resseguro;
- (ii) que o segurador tenha atuado de boa-fé;

(iii) que o assunto se tenha conduzido de maneira apropriada, especificamente se referindo a este tipo de operações.

Sempre que o segurador tiver atuado dentro dos limites do risco contemplado no contrato de resseguro, se tiver observado a máxima boa-fé, e tiver operado segundo os bons costumes e a prudência nos negócios, o ressegurador, por conta dessas cláusulas mesmo, tem que pagar e não deve entrar em discussões.

A exceção se dá quando o segurador não tiver respeitado esses requisitos e tiver agido de uma maneira na qual se possa inferir que houve certa má-fé ou intuito de aproveitamento indevido do contrato de resseguro. Não nos esqueçamos de que existe o princípio indenizatório, segundo o qual nenhum segurado pode lucrar com o contrato de seguro, e no contrato de resseguro o segurador ressegurado é um segurado que poderia tentar lucrar com a operação.

Sempre que se respeitem estes requisitos, a famosa cláusula *follow the settlement* implica que o ressegurador deve pagar exatamente o que o segurador tenha pago e esta, identificada com a comunidade de sorte são as que devem nos levar a questionar se estamos verdadeiramente diante de um contrato de seguro típico e tópico ou se, pela introdução destas cláusulas que desvirtuam a situação, temos que buscar que nova forma jurídica e que nome devemos colocar na relação existente entre segurador e ressegurador, que não seja logicamente “contrato de resseguro”.

Muito obrigada pela sua atenção.

# O RESSEGURADOR NA LIDE SECURITÁRIA

## O PAPEL DO RESSEGURADOR NA GESTÃO DOS SINISTROS: UMA PERSPECTIVA EUROPEIA E INTERNACIONAL

*Alberto Monti*

*Doutor em Direito Privado Comparado pela Universidade de Trento – Itália  
Professor Associado de Direito Privado Comparado na  
Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano – Itália*

O tema que me foi confiado diz respeito ao papel do ressegurador na regulação de sinistros, e será abordado a partir de uma perspectiva europeia e internacional.

No intuito de enfrentar sistematicamente a questão, parece proveitoso fazer algumas considerações prévias sobre a natureza e as funções da atividade do ressegurador; sobre razões que justificam um certo grau de regulamentação dessa atividade, e finalmente sobre as problemáticas que constantemente emergem das relações entre cedente e ressegurador, especialmente na fase de execução do contrato, ou seja, após o sinistro ter ocorrido.

Quanto ao primeiro aspecto, é antes de tudo sabido que, por meio do resseguro, o mercado segurador “primário” ou “direto” tem a possibilidade de ampliar sua própria capacidade financeira e, portanto, a capacidade de fornecer cobertura aos riscos abrangidos pelos contratos de seguro. Isto ocorre à medida que as cessões de resseguro permitem que o segurador direto obtenha uma redução em termos de requisitos de capital. Isso ocorre, por exemplo, por meio da utilização dos créditos contra os resseguradores como ativos vincu-

lados à cobertura das provisões técnicas. É fácil assim compreender como a possibilidade concreta de ressegurar-se, seja em termos de solvabilidade, seja em termos de agilidade na execução das obrigações assumidas por meio do contrato de resseguro, é fundamental para a avaliação que a autoridade de regulamentação e vigilância deve desenvolver, a fim de determinar a dimensão do benefício que o segurador direto pode obter por meio da cessão de resseguro.

À luz do exposto, na ausência de um quadro regulamentar uniforme e de um mecanismo de cooperação internacional que permita que se possa confiar na verificação – por parte das autoridades do país de origem – dos requisitos de solvabilidade e competência técnica das empresas de resseguro estrangeiras, as autoridades locais podem ser induzidas a adotar uma postura por dizer “prudente” na admissão das tais empresas estrangeiras que buscam operar no mercado doméstico, fixando condições e limites, tais como a obrigação de constituir – no país de localização dos riscos – ativos vinculados à cobertura das provisões técnicas correspondentes aos riscos assumidos por meio de resseguro, ou mesmo de fornecer garantias bancárias correspondentes.

Outra razão que frequentemente induz os reguladores nacionais a fixar limites e condições identifica-se com a preocupação de que o mercado ressegurador nacional em fase de implantação não conte com um percurso gradual de desenvolvimento, por causa da massiva intervenção de concorrentes estrangeiros. Isso explica as regras, presentes inclusive no ordenamento brasileiro, que preveem o direito de preferência em favor das empresas locais, ou mesmo limitações à quota de riscos cedidos por meio de resseguro ou retrocedidos que pode ser assumida por empresas estrangeiras.

É necessário, no entanto, acrescentar que o ressegurador tem a possibilidade de fornecer capacidade financeira e, portanto, de assumir os riscos cedidos pelos seguradores diretos – quer por meio de contratos ou tratados proporcionais (*quota share*), quer por meio de tratados não proporcionais (do tipo *excess of loss* ou mesmo *stop loss*) – em condições que contribuam para a neutralização do risco, por efeito da pulverização dos riscos no plano internacional, ou seja, num âmbito geográfico que não se vê sujeito aos limites das fronteiras nacionais. Vale ressaltar que alguns tipos de riscos, tais como os de catástrofes naturais (terremotos, inundações etc.) só podem ser eficazmente subscritos no mercado de seguros graças à cessão de resseguro, a qual permite superar, ao menos em parte, o problema da concentração do risco e do assim chamado efeito cumulativo.

Em termos mais gerais, em algumas hipóteses, a homogeneidade e a independência dos riscos de uma carteira que constituem requisitos essenciais para a aplicação da lei dos grandes números, podem ser satisfeitas somente com a cessão dos riscos por meio do resseguro e da sua pulverização em escala global.

Nesta perspectiva, parece clara a vocação internacional do mercado ressecuritário e as dificuldades e os obstáculos que se verificam quando se busca, mesmo havendo justificativa amparada por motivações válidas, ambientá-lo no contexto de um determinado ordenamento nacional.

Obviamente, o resseguro, assim como qualquer outro instrumento jurídico, pode ser fraudulentamente empregado com fins menos nobres, da lavagem de dinheiro sujo até a remessa ilícita de capitais (a experiência de alguns países do leste europeu é um triste exemplo disso), mas esse risco de emprego por assim dizer “distorcido” do referido instituto está entre as razões que levam os legisladores nacionais à tentativa de regular o mercado com o objetivo de selecionar qualitativamente as operações e os operadores.

Na Europa, essas complexas questões foram recentemente enfrentadas, e em parte resolvidas, por meio da Diretiva Resseguro (Diretiva 2005/68/CE) de 16 de novembro de 2005.

Diante de demandas formuladas pela *International Association of Insurance Supervisors (IAIS)*, o legislador europeu fixou um quadro jurídico harmonizado no tocante aos requisitos de acesso ao mercado e ao exercício da atividade ressecuritária no âmbito comunitário. Após a harmonização, embora parcial, dos requisitos de capital, das margens de solvência e das regras de vigilância, além da introdução de protocolos de cooperação internacional entre as diversas autoridades e de troca de informações, a Diretiva – fundada no princípio do *home country control*, segundo o qual é a autoridade do país de origem que, após ter concedido autorização à resseguradora, exerce por sua vez os poderes de vigilância sobre a atividade em todo o mercado europeu – permite às empresas comunitárias, isto é, àquelas autorizadas em qualquer um dos Estados membros a desenvolver sua atividade no território de qualquer outro Estado membro, com base quer no princípio de liberdade de estabelecimento (ou seja, mediante a constituição *in loco* de uma filial ou sede secundária), quer no princípio de liberdade de prestação de serviços (sem qualquer presença estável no território).

Não há qualquer obrigação de constituir e destinar no país onde se localiza o risco (ou seja, no Estado-membro que não o de origem), ativos para a cobertura das provisões técnicas correspondentes aos riscos assumidos por meio de resseguro, nem a de fornecer qualquer garantia bancária pertinente.

Passando ao exame da problemática que concerne mais diretamente ao tema que me foi confiado – embora o que antes se colocou se mostre essencial para contextualizar de modo apropriado as questões que me compete enfrentar – cabe agora identificar e discutir criticamente uma série articulada de pontos-chave:

1. É necessário antes de tudo entender se é possível, para além do fornecimento de capacidade financeira, atribuir qualquer outra função à resseguradora;

2. Deve-se depois apurar qual a relação que se instaura a partir da relação contratual entre ressegurador e ressegurado, frente ao contrato de seguro subjacente que liga o segurador “direto” ao segurado;

3. É necessário compreender que grau de ingerência se pode atribuir ao ressegurador na regulação dos sinistros atinentes ao contrato de seguro subjacente.

Quanto ao primeiro ponto, limitar o papel do ressegurador ao mero fornecimento de capacidade financeira parece um tanto simplista. Na realidade, o ressegurador que opera no plano internacional é capaz de fornecer toda uma série de serviços complementares que vão desde a análise técnico-atuarial do risco e da elaboração de textos contratuais diferenciados até as mais sofisticadas técnicas de gestão de risco (*risk management*), contribuindo, assim, para o crescimento e desenvolvimento da capacidade profissional dos seguradores “diretos”, sobretudo nos mercados de seguro que ainda não atingiram a maturidade plena.

Não surpreende, portanto, o fato de o ressegurador – especialmente se ele opera no plano internacional – frequentemente desempenhar papéis e funções que vão além da mera garantia dos riscos cedidos.

Todavia, se é fácil intuir a possibilidade de que as relações contratuais e comerciais estabelecidas entre cedente e ressegurador prevejam a prestação de serviços ulteriores à mera garantia dos riscos cedidos, mais problemática ainda se mostra a possibilidade de ingerência do ressegurador nas relações correntes entre o segurador direto e o segurado, sobretudo porque na maior parte dos ordenamentos jurídicos o segurado não conta com nenhum direito em face do ressegurador, o qual se obriga exclusivamente perante o segurador cedente.

É evidente que as mencionadas relações contratuais mostram-se, entre si, intimamente conectadas, à medida que o pagamento de sinistros por parte do segurador direto pode determinar o desencadeamento das correspondentes obrigações de pagamento do ressegurador, o qual, quanto mais consistente for o risco a ele transferido em quota ou excesso, mais interesse terá em certificar-se de que as práticas de liquidação de danos adotadas pela cedente respondam a critérios de correção e razoabilidade. O risco de *moral hazard* é, na realidade, extremamente relevante, sobretudo quando o nível de retenção for relativamente baixo.

Isto explica a razão pela qual os resseguradores frequentemente insistem na inserção nos tratados de cláusulas que lhes permitam cooperar na regulação de sinistros (*claims cooperation clauses*), ou mesmo assumir completamente o seu controle (*claims control clauses*).

Em relação aos perfis operacionais e aos limites de aplicação de tais cláusulas, foi estabelecida uma série de precedentes na jurisprudência inglesa, cujo exame é oportuno para a plena compreensão do instituto. Esta questão já foi enfrentada e discutida na palestra feita por Maria Concepción Hill Prados neste V Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho.

Diversa, no entanto, é a hipótese em que o ressegurador assume diretamente o papel de regulação de sinistros por meio de uma estrutura e de um procedimento organizacional próprios, ou mesmo por meio de peritos por ele diretamente indicados.

Deve-se mencionar que, na realidade, a fase de regulação de sinistro – por ter natureza jurídica de uma prestação acessória e instrumental – assume caráter fundamental na dinâmica de execução do contrato de seguro e, assim, é para o segurado a oportunidade em que poderá experimentar a qualidade dos serviços pelos quais pagou o prêmio. Embora seja evidente que a correspectividade que há no contrato de seguro é entre prêmio e garantia, e não entre prêmio e indenização, de modo que a natureza sinalagmática das prestações permanece também na ausência de sinistros no curso de vigência da apólice, há de se reconhecer que a avaliação da qualidade dos serviços securitários por parte do cliente se baseia principalmente na qualidade dos serviços de regulação e liquidação do dano.

Sendo assim, a má regulação de sinistro, em violação dos deveres de boa-fé e correção que informam tanto o contrato de seguro, quanto o de resseguro, pode acarretar a responsabilidade do segurador frente ao segurado, por *mala gestio*, para além do seu limite máximo e, assim, abranger danos que não estão compreendidos no âmbito da garantia securitária prestada.

O tema da má-fé na execução do contrato de seguro foi abordado ao longo do III Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho e está nas atas desse belíssimo encontro que, em novembro de 2002, marcou o início da minha colaboração com o IBDS.

Pois bem, este tema assume relevo particular no contexto da presente análise à medida que a conduta de quem faz materialmente a regulação de sinistro, relacionando-se diretamente com o segurado, pode determinar não só a insatisfação do cliente, mas também uma responsabilidade que pode ir além do limite estabelecido para o segurador direto, o qual então tem – como agente racional – todo o interesse em que a regulação de sinistro observe todos os requisitos de correção e boa-fé de que se falava há pouco.

Não por acaso, portanto, no contexto jurídico europeu, a atividade de colaboração na regulação de sinistro, quando realizada por entes diversos da empresa de seguro ou resseguro devidamente autorizada a operar no mercado único, está sujeita à autorização prévia e à regulamentação que disciplina a intermediação no mercado de seguro. Na Itália, por exemplo, conforme o *Regolamento ISVAP n. 5/2006*, a definição da atividade de intermediação de seguros compreende expressamente a atividade de colaboração na regulação de sinistro, inclusive, portanto, em matéria de requisitos de acesso ao exercício.

É importante dizer, pois, que, no caso de insatisfação do cliente quanto à qualidade do serviço de regulação de sinistro, o sistema italiano – soluções análogas foram previstas em outros ordenamentos jurídicos europeus – prevê a possibilidade de endereçar primeiro uma

reclamação à empresa de seguro, que deve contar com um departamento interno dedicado à regulação conforme previsto na regulamentação do ISVAP e, depois, em caso de ausência ou de resposta insatisfatória, à autoridade de vigilância, que goza do poder de aplicar sanções.

Em particular as empresas de seguro na Itália recebem e regulam as reclamações que lhes dizem respeito – inclusive as que se referem a assuntos operacionais da empresa – devendo responder ao reclamante dentro de 45 dias do seu recebimento. Para a gestão das reclamações recebidas, inclusive das correspondentes respostas aos reclamantes, as seguradoras dotaram a empresa de uma função específica garantindo-lhe imparcialidade de julgamento mediante uma estrutura organizacional apropriada e procedimentos idôneos, para evitar conflitos de interesse com os órgãos e as pessoas cujo comportamento é alvo de reclamação. As empresas anunciam em seus próprios sites na internet todas as informações úteis para a apresentação de reclamações.

Algumas considerações devem ser feitas, enfim, acerca de questões problemáticas relativas às relações jurídicas correntes entre segurado, segurador e ressegurador.

É interessante registrar que, por força do artigo 1.929 do Código Civil italiano, o contrato de resseguro não cria relação entre o segurado e o ressegurador, ressalvadas as disposições das leis específicas sobre privilégio a favor da massa de segurados.

O artigo 1.930 dispõe que no caso de liquidação administrativa forçada do ressegurado, o ressegurador deve pagar integralmente a indenização devida ao ressegurado, salvo a compensação com os prêmios e os demais créditos.

Por força do artigo 1.931, no caso de liquidação administrativa forçada da resseguradora ou do ressegurado, os débitos e os créditos que, ao final da liquidação, resultam do fechamento das contas relativas aos diversos contratos de resseguro, se compensam de direito.

O artigo 65-bis (Registro dos ativos destinados à cobertura das provisões técnicas) do Código de Seguros italiano estabelece que a empresa de resseguro deve ter um registro dos ativos vinculados à cobertura das provisões técnicas dos ramos vida e dos ramos de seguro de danos. A qualquer momento o valor dos ativos lançados deve ser, tendo em vista os registros das movimentações, ao menos equivalente ao valor total das provisões técnicas. Os ativos destinados à cobertura das provisões técnicas e inscritos no registro são reservados exclusivamente ao adimplemento das obrigações assumidas pela empresa de resseguro nos contratos aos quais as provisões se referem. Os ativos em questão constituem patrimônio separado em relação aos demais ativos que a empresa de resseguro detém e que não estão lançados no registro. A resseguradora deve comunicar periodicamente ao ISVAP a situação dos ativos que aparecem no registro.

Além disso, o artigo 233 do Código de Seguros italiano prevê uma série de medidas de intervenção para a tutela da solvabilidade prospectiva da empresa de seguro. Em particu-

lar, sempre que os direitos dos segurados e dos demais titulares de direitos às prestações de seguro estejam em risco por conta da deterioração da situação financeira da empresa de resseguro, o ISVAP pode requerer, a fim de garantir que a empresa esteja em condições de satisfazer os requisitos de solvabilidade no curto prazo, a constituição de uma margem de solvência mais elevada, em relação àquela resultante do último balanço aprovado, tendo em conta o plano de recuperação financeira a ser apresentado pela empresa para os três exercícios sucessivos.

Avaliada a situação da empresa de seguro ou de resseguro, o ISVAP pode reduzir o valor de todos os ativos que servem à margem de solvência disponível, inclusive no caso de se verificar uma diminuição significativa no valor de mercado no período seguinte do encerramento do exercício anterior.

No caso de modificações relevantes no conteúdo ou na qualidade dos contratos de resseguro ou de retrocessão em relação ao exercício anterior, ou mesmo no caso de os contratos de resseguro ou retrocessão não preverem qualquer transferência de riscos ou preverem uma transferência limitada, o ISVAP pode diminuir o coeficiente de redução estabelecido para fins de cálculo da margem de solvência demandada.

De acordo com o exposto, conforme a praxe, os termos e as condições do contrato de seguro “direto” são influenciados pelos termos e pelas condições do contrato de resseguro, valendo indagar sobre a extensão que essa influência pode assumir, especialmente em relação à escolha da lei aplicável à relação securitária e da jurisdição, sobretudo quando o ressegurador exerce ingerência direta na fase de regulação e liquidação de sinistro.

Quanto ao primeiro aspecto, cabe notar que, conforme o artigo 180 do Código de Seguros italiano, os contratos de seguro de danos são regulados pela lei italiana, conforme as normas de direito internacional privado, quando o Estado-membro onde o risco se localiza é a República italiana. As partes podem convencionar em sujeitar o contrato à lei de outro Estado, dentro dos limites impostos pela aplicação de normas imperativas. As disposições específicas relativas ao seguro obrigatório, previstas pelo Estado que impõe a obrigação, prevalecem sobre aquelas da lei aplicável ao contrato. Quando este último comporta uma garantia destinada a vigor em vários Estados, prevalecem as disposições específicas do Estado interessado. Os contratos de seguro de danos relativos a riscos localizados em outro Estado membro são regulados pela legislação desse mesmo Estado.

Quanto aos contratos de seguro de vida, o artigo 181 estabelece que são regulados pela lei italiana, conforme as normas de direito internacional privado, quando o Estado-membro da obrigação (onde o segurado tem domicílio) é a República italiana. Todavia, as partes podem convencionar a submissão do contrato à legislação de outro Estado, dentro dos limites impostos pela aplicação das normas imperativas. Os contratos de seguro de vida em que o

Estado-membro da obrigação for diverso da República italiana, são regulados pela legislação do Estado-membro da obrigação.

Quando o risco estiver localizado em um terceiro Estado, aplicam-se as disposições da Convenção de Roma de 19 de junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, em vigor a partir da Lei n. 975 de 18 de dezembro de 1984.

No que se refere à jurisdição, por força do Regulamento (CE) n. 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, sobre competência jurisdicional, homologação e execução de decisões em matéria civil e comercial, a competência jurisdicional em matéria de seguros é regulada pelas normas dispostas na Seção 3, ressalvada a aplicação do artigo 4<sup>1</sup> e do artigo 5, item 5<sup>2</sup>.

Por força do artigo 9, a seguradora domiciliada no território de um Estado-membro pode ser demandada:

- no foro do Estado em que estiver domiciliado ou
- em outro Estado-membro, no foro do local, em que é domiciliado o autor, se a ação for proposta pelo contratante do seguro, pelo segurado ou por um beneficiário, ou
- caso se trate de um cossegurador, no foro do Estado-membro em que for proposta a ação contra o segurador ao qual se atribuiu a liderança do contrato de seguro.

Caso o segurador não seja domiciliado no território de um Estado-membro, mas possua uma sucursal, agência ou qualquer outro estabelecimento em um Estado-membro, este é considerado, para as disputas relativas ao exercício de suas atividades, como tendo domicílio no território desse Estado.

O artigo 10, por sua vez, dispõe que, quando se tratar de seguro de responsabilidade civil ou de seguro sobre bens imóveis, o segurador também pode ser demandado no foro do local em que se verificar o evento dano. A mesma regra vale para o caso do seguro que envolver ao mesmo tempo bens móveis e imóveis cobertos pela mesma apólice e atingidos pelo mesmo sinistro.

Em matéria de seguro de responsabilidade civil, segundo o artigo 11, quando a lei do foro permitir, o segurador também pode ser demandado no foro perante o qual for proposta a ação do terceiro prejudicado contra o segurado. As disposições mencionadas são aplicáveis

<sup>1</sup> Artigo 4: "Se o réu não for domiciliado no território de um Estado membro, a competência é determinada, em cada Estado membro, pela lei desse Estado membro, sem prejuízo da aplicação dos artigos 22 e 23. Qualquer pessoa, independentemente da sua nacionalidade, domiciliada no território de um Estado membro pode, tal como os nacionais desse Estado, invocar contra o réu as regras de competência em vigor nesse mesmo Estado membro, em particular as previstas no anexo I".

<sup>2</sup> Artigo 5: "A pessoa domiciliada no território de um Estado-membro pode ser demandada em outro Estado membro; sempre que se tratar de controvérsia relativa ao exercício de uma sucursal, de uma agência ou de qualquer outro estabelecimento, perante o tribunal do lugar em que ela estiver situada".

à ação proposta pelo terceiro prejudicado diretamente contra o segurador, sempre que o ajuizamento de tal ação for possível. Se a lei relativa à ação direta prever o chamamento do contratante do seguro ou do segurado, o mesmo foro será competente também em relação a eles.

Contrariamente, ressalvadas as disposições do artigo 11, § 3º, a ação do segurador só poderá ser proposta perante o foro do Estado-membro em cujo território tiver domicílio o réu, seja ele o contratante do seguro, o segurado ou o beneficiário.

As disposições em questão não prejudicam o direito de ajuizar uma reconvenção perante o juízo encarregado da ação principal. As disposições citadas podem ser derogadas somente num número limitado de hipóteses taxativamente previstas pelo legislador comunitário.

À luz de tudo o que foi dito, pode-se concluir que, se de um lado a ingerência do ressegurador na fase da regulação e da liquidação de sinistro pode ter caráter fisiológico, em função dos níveis de retenção de risco por parte do segurador direto, por outro lado tal ingerência indubitavelmente coloca em questão diversos problemas de ordem jurídica e econômica, os quais devem ser atentamente examinados e compreendidos a fim de identificar as previsões mais oportunas a serem postas nos planos legislativo e regulamentar. Neste sentido, a experiência europeia e internacional, aqui brevemente delineada e discutida oferece, a meu ver, pistas interessantes que podem contribuir para o desenvolvimento deste campo específico do direito do seguro brasileiro.

## O RESSEGURADOR NA LIDE SECURITÁRIA

*Gustavo de Medeiros Melo*

*Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)  
Membro do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS  
Advogado*

A questão que envolve a posição do ressegurador no processo judicial movido contra a companhia seguradora sempre representou um problema complexo do ponto de vista processual.

A proposta de nossa exposição de hoje é examinar as questões processuais que emergem dessa problemática.

Antes de qualquer consideração, o painel provoca um questionamento inicial que consiste no seguinte: o que significa a expressão *lide securitária*? Que espécie de demanda é essa em que se procura investigar o papel do ressegurador?

Nessa perspectiva, a nossa análise tem como ponto de partida o próprio enunciado textual do painel, ou seja, a chamada *lide securitária*.

Faz muitos anos que o fenômeno *lide* foi objeto de um polêmico e interessante debate na doutrina clássica. Aqui, vale lembrar o que aconteceu na Itália. Há mais de um século,

CARNELUTTI investigou esse problema e concluiu que a lide não é outra coisa se não o *conflito de interesses qualificado por pretensões antagonicamente resistidas*.<sup>1</sup>

A investigação de CARNELUTTI foi relevante para apimentar uma discussão que, a partir daí, iria auxiliar a compreensão de outros institutos da relação jurídica processual, então estudada como disciplina autônoma do ponto de vista científico desde a obra fundamental de OSCAR VON BÜLOW, de 1868.

Mas, o conceito de CARNELUTTI não passou ileso à erosão do tempo. PIERO CALAMANDREI criticou essa proposta doutrinária. Para ele, não adianta muita coisa estudar o conflito fora do processo, porque o que ficou fora do processo é irrelevante para o Estado. O importante é investigar o assunto a partir dos elementos objetivos que identificam a ação (pedido e causa de pedir).<sup>2</sup>

Um outro estudioso do Direito Processual Civil, de todos aqui conhecido no Brasil por sua presença marcante a partir da Segunda Guerra Mundial, também contribuiu para o debate.

ENRICO TULLIO LIEBMAN deu a público suas impressões sobre o assunto e entendeu que a lide é um fenômeno a ser estudado sob uma perspectiva *técnico-jurídica*, e não como evento *sociológico* externo ao processo. Para ele, a lide só pode representar algum interesse relevante se for compreendida como a porção do litígio que ingressou no processo pela petição inicial do demandante.<sup>3</sup>

Então, tecnicamente, a lide significa o pedido formulado pelo autor da ação, porque a porção do litígio que ficou fora do processo, por opção e conveniência sua, não tem importância processual para o Estado-juiz. Pode até apresentar algum interesse de caráter sociológico, mas não sob o aspecto técnico-processual.

A contribuição de LIEBMAN nesse ponto é tanto mais procedente quando se sabe que o sistema jurídico brasileiro, fundado no princípio *dispositivo*, do qual deriva o princípio da demanda ou da correlação (ou congruência), proíbe o órgão judicial de apreciar porções do bem da vida alheios ou estranhos à demanda apresentada pelo autor (CPC, art. 128 e 460).

O princípio dispositivo que governa o nosso sistema processual civil representa o poder de disponibilidade que a parte tem de submeter aquilo e tão somente aquilo que a ela interessa seja apreciado, ou deixe de sê-lo, pelo Poder Judiciário. É o poder de disposição sobre os seus interesses e seu patrimônio.

<sup>1</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Diritto*. terza edizione, Roma: Soc. Ed. del "Foro Italiano", 1951, pp. 20-21; *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires: Europa-America, 1973, v. I, p. 28.

<sup>2</sup> CALAMANDREI, Piero. "Il concetto di *lite* nel pensiero di Francesco Carnelutti". *Studi sul processo civile*. Padova: CEDAM, 1939, volume secondo, pp. 385-387.

<sup>3</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento do mérito. *Estudos Sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976, pp. 114-118.

Fizemos essa introdução com a finalidade de abrir o presente painel com a premissa metodológica de que a *lide* representa o *mérito* da ação, o *objeto litigioso* do processo, o conflito levado ao juiz pela petição inicial, ou seja, a postulação sobre a qual o órgão julgante é chamado a se pronunciar a respeito de sua procedência ou improcedência à luz do sistema jurídico.

De um modo geral, a doutrina brasileira foi bem receptiva à teoria de LIEBMAN, que no fundo traduzia para esse lado de cá do Atlântico uma proposta doutrinária muito prestigiada na Alemanha, de autoria de KARL HEINZ SCHWAB.<sup>4</sup> Há quem chame de *situação substancial*, lembrando aqui a figura de ELIO FAZZALARI.<sup>5</sup>

Nessa perspectiva, esse painel que envolve a lide securitária pode ser entendido como a demanda movida pelo segurado contra a companhia seguradora. Agora, vale também chamar a atenção para o seguinte detalhe. Não é só o segurado que litiga com o segurador.

Não vamos ingressar nesse terreno tradicionalmente inçado de controvérsia, mas o sistema jurídico brasileiro é atualmente adepto da chamada ação direta do terceiro prejudicado (vítima) contra a companhia seguradora do responsável pelo dano.<sup>6</sup>

De qualquer forma, passemos adiante, pulemos esse capítulo, porque o assunto comportaria outro seminário como esse.

O problema central está na figura do ressegurador, de modo que a pergunta que não quer calar é a seguinte: *existe alguma relação jurídica entre o segurado e a companhia resseguradora? Que posição pode ocupar o ressegurador nessa espécie de relação jurídica processual que discute o Direito Securitário entre segurado e seguradora?*

Sabemos que, via de regra, não há relação jurídica entre segurado e ressegurador, e a resposta está na disciplina que o legislador brasileiro deu ao assunto no âmbito do direito material.

O segurado tem vínculo contratual direto com a sua respectiva seguradora, mas não tem compromisso perante o ressegurador dela, e vice-versa. O tema reclama seja examinado pelo retrovisor da história do resseguro no Brasil sob a égide do velho Decreto-lei 73/66.

<sup>4</sup> SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968, p. 251.

<sup>5</sup> FAZZALARI, Elio. *Lezioni di diritto processuale civile – processo ordinario di cognizione*. Padova: CEDAM, 1995, v. I, p. 6.

<sup>6</sup> MELO, Gustavo de Medeiros. A ação direta do terceiro prejudicado no seguro de responsabilidade civil: uma análise do sistema jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil*. São Paulo: MP Editora, Ano 1, janeiro, 2009, p. 131; TZIRULNIK, Ernesto. O futuro do seguro de responsabilidade civil. *RT*, 782/73.

## O IRB NO REGIME DO DECRETO-LEI 73/66

O IRB-Brasil Re (antigo Instituto de Resseguros do Brasil) manteve o monopólio do resseguro no Brasil até a chegada da Lei Complementar 126/2007 e respectiva Resolução CNSP 168, de 17 de dezembro de 2007, que regulamentaram a abertura do mercado de resseguro operada pela Emenda Constitucional 13, de 21 de agosto de 1996.<sup>7-8</sup>

Até então, o velho Decreto-lei 73/66 estabelecia que o IRB deveria figurar como *litisconsorte necessário* quando tivesse responsabilidade no pedido. O texto da lei dizia que “O IRB será considerado litisconsorte necessário nas ações de seguro, sempre que tiver responsabilidade no pedido” (art. 68).

Como se vê, o decreto-lei posicionava o IRB como *litisconsorte passivo necessário* nas ações de seguro.

É verdade que esse art. 68 foi muito criticado, mas havia algumas situações bem peculiares em que era possível eventualmente se pensar numa relação jurídica direta entre ele e o segurado.

O IRB podia, ainda que de forma excepcional, figurar como uma espécie de garantidor de risco político no seguro de crédito à exportação.<sup>9</sup> Nesse caso, ele atuava não como ressegurador, mas sim como uma espécie anormal de “segurador”, sendo admissível, assim, que fosse considerado litisconsorte necessário nas ações de seguro, como dizia a lei.<sup>10</sup>

Uma outra situação que poderia justificar a atuação direta do IRB se deve ao fato de que ele era, no regime do Decreto-lei 73/66, o órgão monopolista e regulador do mercado de resseguro, a quem competia proceder à regulação de sinistros em determinados casos.<sup>11</sup>

O IRB tinha um poder hegemônico que, em contrapartida, lhe trazia implicações por eventual dano cometido ao segurado na fase de liquidação do sinistro.<sup>12</sup> Já aconteceu inclu-

<sup>7</sup> STF, Pleno, ADI 2.223-MC/DF, Min. Maurício Corrêa, j. de 10.10.2002, DJ 05.12.2003.

<sup>8</sup> Sobre o regime monopolista do IRB: COMPARATO, Fábio Konder. Monopólio público das operações de resseguro. *Direito Público – Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 154; TÁCITO, Caio. Resseguros – colocação no exterior – dispensa de licitação. *RDA*, 195/319.

<sup>9</sup> As Leis 4.678/65, 6.704/79 e 10.659/2003, que previam a concessão pelo IRB de garantia para cobertura de riscos comerciais, políticos e extraordinários, assumidos em virtude do Seguro de Crédito à Exportação, foram revogadas pela Lei 11.281/2006.

<sup>10</sup> PIZA, Paulo Luiz de Toledo. O risco no contrato de resseguro. *Seguros: uma questão atual*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 188.

<sup>11</sup> Decreto-lei 73/66, art. 44, I, “g”, atualmente revogado pela Lei Complementar 126/2007.

<sup>12</sup> O Professor e Ministro ATHOS GUSMÃO CARNEIRO manifestou em doutrina sua opinião de que quando “o IRB, mercê de avultada responsabilidade como ressegurador, houver assumido o poder/dever de efetuar a regulação do sinistro e fixação do valor indenizatório, a situação apresenta-se bem outra e o Instituto será, não um simples denunciado da lide, mas rigorosamente está obrigado, no plano do direito material, também perante o autor segurado. Portanto, deve ser citado como réu” (Instituto de Resseguros do Brasil – IRB. Posições que pode assumir no processo. Alegação de nulidade da sentença, por falta de citação do IRB. Resseguro e co-seguro. Posição processual das co-seguradoras. *Temas atuais de direito e de processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1997, p. 106).

sive de ser acionado pelo segurado para exibir os documentos do procedimento de regulação dos quais se julgava ser proprietário.

Observe-se que o IRB responderia não pela garantia securitária em si, mas por algum dano extracontratual a que tenha dado causa como interventor no procedimento de regulação e liquidação do sinistro.

Uma terceira hipótese de que se pode cogitar de relação direta seria o IRB se recusar injustificadamente, em pleno regime de monopólio, a prestar à seguradora do segurado a devida garantia ressecuritária a que está obrigado por lei (resseguro obrigatório). Nesse caso, o ressegurador monopolista poderia ser alvo de uma ação de obrigação de fazer movida pelo segurado. O objeto dessa ação seria a obrigação de formalizar a garantia ressecuritária como única forma de viabilizar, no regime de monopólio, a contratação do seguro pelo segurado.

Fora dessas hipóteses que justificariam a participação direta do IRB, a lógica do sistema era avessa à ideia do litisconsórcio. A condição de litisconsorte é dada somente a quem possui algum vínculo direto na relação jurídica de direito material. O ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, da 1ª Turma do STJ, que é um processualista de respeito, definiu muito bem quando diz que “Litisconsorte é parte, e não terceiro, na relação processual. Assim, para legitimar-se como litisconsorte é indispensável, antes de mais nada, legitimar-se como parte. Em nosso sistema, salvo nos casos em que a lei admite a legitimação extraordinária por substituição processual, só é parte legítima para a causa quem, em tese, figura como parte na relação de direito material nela deduzida”.<sup>13</sup>

Portanto, pensando aqui na sua atuação normal de ressegurador, o IRB, salvo alguns casos bem especiais, não tinha relação jurídica direta com o segurado.

É fundamental essa informação, porque o próprio Decreto-lei 73/66 estava de acordo nesse particular. O § 3º daquele mesmo art. 68 dizia textualmente que “*O IRB não responde diretamente perante os segurados pelo montante assumido em resseguro*”.

Ora, num primeiro momento a lei dizia que o IRB seria litisconsorte e, ainda por cima, litisconsorte necessário, só que, três parágrafos depois, já se vedava pudesse ele responder diretamente perante os segurados. Havia alguma antinomia, algum conflito de normas entre os dois dispositivos?

No nosso modo de ver, não havia antinomia. Basta ler com calma o texto da lei. A cabeça do art. 68 poderia eventualmente ter alguma aplicação quando o IRB atuava excepcionalmente como garantidor de risco político no seguro de crédito à exportação. Aqui, sim, ele deveria figurar no processo como litisconsorte.

<sup>13</sup> STJ, 1ª Turma, REsp 881.068/PB, j. 12.02.2008, DJ 03.03.2008.

No comum dos casos, o IRB não responde diretamente perante o segurado, era o que assinalava § 3º do art. 68, complementando a exegese do *caput*. A própria redação do texto era outra, quando mencionava não haver responsabilidade direta perante os segurados pelo montante *assumido em resseguro*.

O fato é que, regra geral, o Instituto de Resseguros não tinha, como continua sem ter, relação contratual ressecuritária com o segurado.<sup>14</sup>

Mas os tribunais não tiveram uma boa percepção desse fenômeno. O Superior Tribunal de Justiça<sup>15</sup> e Supremo Tribunal Federal<sup>16</sup> admitiram o ingresso do IRB como litisconsorte passivo necessário quando supunham que ele teria responsabilidade direta no pedido formulado pelo segurado.

A orientação era a de que o IRB participa da relação processual como litisconsorte passivo necessário, ao lado da seguradora, quando verificada a sua responsabilidade, ainda que parcial, pela cobertura do sinistro, por força do resseguro. A operação hermenêutica consistia em dar prevalência ao *caput* do art. 68, no lugar do § 3º.

Com todo respeito, a qualificação jurídica que chegou a ser feita nos tribunais não nos parece a mais adequada.

O mais lamentável é saber que esse enquadramento foi feito já sob a vigência do CPC de 1973. Aquele Decreto-lei era de 1966 e depois dele sobreveio todo um sistema processual novo que entrou em vigor no início dos anos 70. O CPC de 1973 trouxe um sistema de intervenção de terceiros muito mais completo do que o anterior que havia no Código de 1939.

Basta dizer que o CPC de 39, disciplinando o *chamamento à autoria* (art. 95), que corresponde hoje à nossa denunciação da lide, não continha a hipótese para exercício do direito de regresso previsto no inciso III do art. 70 do Código atual.

Lembro aqui as lições do mestre PAULO DE BARROS CARVALHO quando ensina que interpretar não é extrair o sentido e o alcance da norma, como se fosse algo que se retira pronto e acabado de dentro de um invólucro, à moda antiga, como ensinavam os clássicos da hermenêutica. Interpretar é construir a norma, atribuindo-lhe sentido e significado a partir de um texto, de uma plataforma linguística que deve ser lida num contexto de outros enunciados inseridos no sistema.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> PIZA, Paulo Luiz de Toledo. O risco no contrato de resseguro. *Seguros: uma questão atual*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 175.

<sup>15</sup> STJ, 3ª Turma, REsp 11.629/PR, Min. Dias Trindade, ac. de 23.08.1991, DJ 16.09.1991; 3ª Turma, REsp 556.201/PA, Min. Castro Filho, ac. de 29.03.2005, DJ 02.05.2005; REsp 98.392/RJ, Min. Castro Filho, ac. de 17.06.2004, DJ 13.12.2004; 3ª Turma, REsp 791.030/RS, Min. Castro Filho, ac. de 13.12.2005, DJ 22.05.2006.

<sup>16</sup> STF, 2ª Turma, RE 55.310/Guanabara, Min. Hermes Lima, j. 05.11.1965, DJ 08.12.1965; 1ª Turma, RE 90.342/MG, Min. Néri da Silveira, j. 30.08.1988, DJ 01.07.1992.

<sup>17</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário – Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2008, p. 179.

Mas a interpretação dos tribunais, ao que parece, foi literal, em vez de ser sistemática e contextual. Desprezou-se o sistema do Código de 73 que fornecia a disciplina geral para o funcionamento da jurisdição e do processo, traçando ali as formas de intervenção de terceiros.

Tempos depois, e para reforçar ainda mais o sistema, a Lei Complementar 126/2007 regulamentou a abertura do mercado de resseguros, disciplinando diretamente a matéria.

## O RESSEGURADOR NÃO TEM RELAÇÃO JURÍDICA COM O SEGURADO

Regra geral, não há relação entre segurado e ressegurador, porque o objeto do contrato de seguro é independente do contrato de resseguro. Numa linguagem mais didática, o resseguro é o *seguro da seguradora*, constituindo o que a doutrina nacional<sup>18</sup> e a estrangeira<sup>19</sup> comumente classificam de *res inter alios acta* em relação ao segurado.

O contrato de resseguro tem objeto próprio e elementos peculiares à sua formação que influenciam o prêmio e o interesse segurável. Seu risco é diferente do risco que ensejou a formação do seguro original. O resseguro constitui a garantia de solvabilidade da companhia seguradora, relação essa que não pode prejudicar a vida do segurado que nada tem a ver com os compromissos celebrados entre ela e seu respectivo ressegurador.

Hoje, o art. 14 da Lei Complementar 126/2007 é categórico ao dizer que “Os resseguradores e os seus retrocessionários não responderão diretamente perante o segurado, participante, beneficiário ou assistido pelo montante assumido em resseguro e em retrocessão, ficando as cedentes que emitiram o contrato integralmente responsáveis por indenizá-los”.

<sup>18</sup> TZIRULNIK, Ernesto & OCTAVIANI, Alessandro. *Regulação de Sinistro (ensaio jurídico)*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 127; TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B. & PIMENTEL, Ayrton. *O Contrato de Seguro: de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 42; ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 375; BRAGA, Francisco de Assis. *Contrato de Seguro: A Técnica do Risco ao Sinistro*. São Paulo: EMTS, 2005, p. 31; PIZA, Paulo Luiz de Toledo. O risco no contrato de resseguro. *Seguros: uma questão atual*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 175; MARTINS, João Marcos Brito & MARTINS, Lídia de Souza. *Resseguros: fundamentos técnicos e jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 97; FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de Direito Securitário – Seguros Terrestres e Privados*. São Paulo: Maltese, 1993, p. 129.

<sup>19</sup> Na Inglaterra: CARTER, R. L. *El Reaseguro*. Edição Espanhola, Madrid: MAPFRE S.A., 1979, p. 169 e 198. Na Espanha: CALERO, Fernando Sánchez. “El reaseguro en la ley española de contrato de seguro”. *Estudios sobre el contrato de reaseguro*. Madrid: Española de Seguros, 1997, p. 104 e 106; PONT, Manuel Broseta. *El contrato de reaseguro*. Madrid: Aguilar, 1961, p. 21; LÓPEZ, Álvaro Muñoz. “Desnaturalización del contrato de reaseguro”. *Estudios sobre el contrato de reaseguro*. Madrid: Española de Seguros, 1997, p. 178. Na França: HAGOPIAN, Mikaël & LAPARRA, Michel. *Aspectos teóricos y prácticos del reaseguro*. Madrid: MAPFRE, 1996, p. 87. Na Argentina: SAAVEDRA, Domingo M. López & PERUCCHI, Héctor A. *El Contrato de Reaseguro y Temas de Responsabilidad Civil y Seguros*. Buenos Aires: La Ley, 1999, p. 21; DIRUBE, Ariel Fernández. *Manual de Reaseguros*. 3ª ed., Buenos Aires: Biblioteca General Re, v. 2, 1993, p. 63; Na Colômbia: JARAMILHO J., Carlos Ignacio. *Distorsión funcional del contrato de reaseguro tradicional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1999, p. 93.

Nessa perspectiva, fica bem mais clara a razão pela qual o ressegurador não pode ser acionado diretamente pelo segurado, tampouco ocupar a posição de litisconsorte passivo na ação movida contra o segurador.<sup>20</sup>

O Projeto de Lei 3.555/2004 que tramita na Câmara dos Deputados, iniciativa do Dep. JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDÓZO, estabelece normas gerais em contratos de seguro privado, sendo sinal dessa evolução quando propõe que “A resseguradora não responde, com fundamento no negócio de resseguro, perante o segurado, o beneficiário do seguro ou o prejudicado” (art. 63).

Qual seria então a forma de intervenção reservada pelo sistema jurídico brasileiro para o ressegurador frente à lide securitária?

### FORMAS DE INTERVENÇÃO DO RESSEGURADOR NA LIDE SECURITÁRIA

Frente às modalidades de intervenção de terceiros catalogadas no Código de Processo Civil de 1973, não há dúvida de que o ressegurador pode tomar assento na discussão judicial como *assistente simples* da seguradora (CPC, art. 50).

Observe-se que essa forma de intervenção é voluntária e exige a presença do *interesse jurídico* por parte de quem se disponha a auxiliar uma das partes litigantes na disputa judicial. Como se sabe, tem interesse jurídico aquele que pode ser beneficiado indireta ou reflexivamente com a vitória da parte que pretende auxiliar (assistido).

Na lide securitária, o ressegurador tem interesse jurídico na vitória da companhia seguradora acionada pelo segurado. É lógico que a vitória dela na decisão final de mérito (sentença ou acórdão) pode tornar prejudicado eventual e posterior conflito em torno da responsabilidade do ressegurador perante sua cedente ressegurada.

Por outro lado, uma condenação da seguradora, num sinistro vultoso, pode ter implicação negativa para o ressegurador no âmbito do contrato de resseguro.

Diante dessa premissa, é adequada a proposta de que o ressegurador pode assumir a figura do *assistente simples*, intervindo voluntariamente na lide securitária a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição para receber o processo no estado em que se encontra, embora não podendo praticar atos de disposição de direitos.

<sup>20</sup> A não ser nos casos de insolvência, liquidação ou falência da seguradora cedente, desde que se trate de resseguro facultativo ou tenha sido celebrada a cláusula do pagamento direto (*cut through*) do ressegurador para o segurado (LC 126/2007, art. 14). Eis uma situação excepcional que caracteriza certa quebra da autonomia entre as duas espécies contratuais. Nesse sentido: PONT, Manuel Broseta. *El contrato de reaseguro*. Madrid: Aguilar, 1961, p. 21; LÓPEZ, Álvaro Muñoz. “Desnaturalización del contrato de reaseguro”. *Estudios sobre el contrato de reaseguro*. Madrid: Española de Seguros, 1997, p. 178.

Uma questão interessante que se pode levantar no momento é a seguinte: o que significa a expressão “*todos os graus de jurisdição*”? No plano vertical, essa intervenção a título de assistência simples pode ser feita na jurisdição extraordinária, ou seja, no âmbito dos recursos especial e extraordinário?

Os tribunais e a doutrina especializada têm entendido que sim.<sup>21</sup> O STJ tem precedentes do Ministro JOSÉ DELGADO nesse sentido de admitir a intervenção do assistente simples em sede de recurso especial, firme na doutrina autorizada do professor ARRUDA ALVIM.<sup>22</sup>

De fato, atendendo as características da jurisdição extraordinária exercida pelos tribunais de superposição, o ressegurador pode colaborar com a exposição das questões de direito envolvidas e que possam beneficiar a companhia seguradora por ele assistida.

E no plano horizontal da jurisdição? Aqui também. Parece razoável se pensar em todas as fases do processo, como a cognição, a fase dos provimentos de urgência (cautelares e antecipatórios) e a fase de execução.

Uma discussão relevante que pode envolver o ressegurador como assistente simples é a possibilidade de ele ser alvo de execução movida pelo segurado no âmbito da ação instaurada contra a seguradora.

Ora, é necessário ter em mente a real função ocupada pelo assistente como terceiro que intervém voluntariamente em processo alheio. Ele não é parte na relação jurídica de direito material controvertida, como também não é parte na relação processual derivada para a qual não foi chamado a se defender.

Dessa forma, o ressegurador, atuando como assistente simples no processo, mero coadjuvante da seguradora, não pode ser constrangido por medidas e atos executivos que só podem ser direcionados contra a parte ré assistida. Não podendo sequer figurar como parte no processo que o segurado move contra a seguradora, tampouco poderá ter sua esfera jurídica invadida por atos de execução (de quantia muitas vezes vultosa) nesse tipo de relação processual da qual não faz parte.

A garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa não admite qualquer espécie de invasão no patrimônio de quem – pessoa física ou jurídica – não foi chamado para se defender no processo (CF, art. 5º, LV). Não se perca de vista esse monitoramento permanente da cláusula constitucional do acesso adequado à Justiça que constitui o epicentro

<sup>21</sup> Vale a pena conferir a monografia já esgotada de UBIRATAN DE COUTO MAURÍCIO, *Assistência simples no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1983, p. 74.

<sup>22</sup> STJ, 1ª Turma, REsp 117.525/PE, Min. José Delgado, j. 17.11.1997, DJ 02.03.1998; 4ª Turma, AgRg no REsp 196.656/RJ, Min. Barros Monteiro, j. 18.05.2000, RSTJ, 145/416.

de todas as outras garantias fundamentais aplicáveis à jurisdição e ao processo (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII).<sup>23</sup>

Vale registrar que, à luz do velho Decreto-lei 73/66, parcela autorizada da doutrina sustentava que o IRB poderia figurar no processo como assistente simples, dada a ausência de relação jurídica entre ele e o segurado autor da ação, mas considerando o interesse jurídico ali coligado quanto ao desdobramento que essa demanda poderá ter sobre a solvabilidade da seguradora.<sup>24</sup>

Atualmente, o Projeto de Lei 3.555/2004, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (IBDS), reserva um dispositivo para dizer que “A resseguradora poderá intervir na causa como assistente simples” (art. 64, § 1º).

Uma outra forma de intervenção de terceiros, mais sofisticada e até parecida com a assistência simples, é a chamada *denúnciação da lide* (CPC, art. 70, inc. III).

A discussão é interessante porque entra em cena um possível conflito paralelo, com possibilidade de o ressegurador ser convocado para compor uma relação processual secundária, agora sim como réu, cujo desfecho pode ficar a depender do resultado a ser obtido na ação principal.

Não descartamos aí uma espécie de relação prejudicial entre uma e outra na medida em que o resultado desfavorável à seguradora pode eventualmente implicar (não necessariamente implica, mas pode implicar) a responsabilização do ressegurador no âmbito da lide secundária.

O resseguro é uma garantia de solvabilidade, uma garantia de estabilidade técnico-financeira da companhia seguradora, de sorte que o risco do segurador, objeto da garantia ressecuritária, é o possível surgimento de uma perda, de um débito, um abalo ou um desequilíbrio em seu patrimônio, vale dizer, o risco de o patrimônio da companhia ser insuficiente para o adequado desenvolvimento de sua atividade empresarial de segurador.<sup>25</sup>

Dependendo do vulto e das dimensões do sinistro, a empresa de seguros pode antever um possível desequilíbrio técnico-financeiro em sua operação que justifique a

<sup>23</sup> MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à Justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson & ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 684.

<sup>24</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contratos de Seguro e Resseguro. Legitimidade das Partes. Conflito de Ações de Cobrança e Consignação em Pagamento. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 13, 2004, p. 18; ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 386; PIZA, Paulo Luiz de Toledo. O risco no contrato de resseguro. *Seguros: uma questão atual*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 189; FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de Direito Securitário – Seguros Terrestres e Privados*. São Paulo: Maltese, 1993, p. 129.

<sup>25</sup> PIZA, Paulo Luiz de Toledo. O risco no contrato de resseguro. *Seguros: uma questão atual*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 181. Na literatura brasileira, o trabalho que se pode considerar um verdadeiro tratado científico é a obra de fôlego de PAULO LUIZ DE TOLEDO PIZA. *Contrato de resseguro: Tipologia, Formação e Direito Internacional*. São Paulo: IBDS, 2002, p. 187 e 196.

invocação da garantia ressecuritária, disso resultando um conflito paralelo entre ela e seu ressegurador.

Por outro lado, a vitória da seguradora com o julgamento de improcedência da lide principal pode *prejudicar* a discussão da lide objeto da denunciação que examina a cobertura ressecuritária.<sup>26</sup>

Ressalvados os casos em que o sistema veda expressamente esse canal de intervenção, o procedimento da denunciação parece o caminho mais adequado fundamentalmente pelo fato de o ressegurador possuir interesse jurídico na vitória da seguradora e, ao mesmo tempo, não ter vínculo direto com o segurado. Não tendo relação direta com o segurado, o ressegurador não pode figurar como parte ou litisconsorte na lide principal, mas pode compor o polo passivo de uma lide secundária.

A grande vantagem da denunciação da lide é poder resolver duas lides em um único processo, evitando contradição de julgados e economizando a máquina judiciária.

No passado, o STJ enquadrou o IRB como denunciado da seguradora para formar uma lide secundária perante ela, por interpretação sistemática do decreto-lei à luz das regras e princípios do CPC de 1973.<sup>27</sup> Mas já vimos que esse entendimento não prevaleceu diante da tese do litisconsórcio necessário.

Um impedimento que pode se apresentar ao cabimento da denunciação é a presença de relação de consumo na lide principal, por força do que dispõe o Código de Defesa do Consumidor em relação ao IRB. Mas não só pelo IRB. É óbvio que essa vedação pode ser estendida, pela mesma razão, a qualquer outro ressegurador habilitado a operar hoje no mercado aberto (CDC, arts. 88 e 101, inc. II).<sup>28</sup>

<sup>26</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 204. Mas existem variações na doutrina quanto à denunciação da lide ao IRB: MALACHINI, Edson Ribas. Seguro, resseguro, litisconsórcio e denunciação da lide. *RePro*, 81/115; CARNEIRO, Athos Gusmão. Seguro-garantia. Ação de execução. Posição processual do IRB. *RePro*, 114/223; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 118; CARNEIRO, Athos Gusmão. Instituto de Resseguros do Brasil – IRB. Posições que pode assumir no processo. Alegação de nulidade da sentença, por falta de citação do IRB. Resseguro e co-seguro. Posição processual das co-seguradoras. *Temas atuais de Direito e de Processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1997, p. 93.

<sup>27</sup> STJ, 4ª Turma, REsp 125.573/PR, j. 07.06.2001, Min. Barros Monteiro, *RSTJ*, 156/331; 4ª Turma, REsp 40.911/MG, Min. Barros Monteiro, j. 04.05.1994, *RSTJ*, 66/402; 4ª Turma, REsp 36.289/RS, Min. Aldir Passarinho, j. 05.04.2001, DJ 11.06.2001. Cf. voto do Min. Eduardo Ribeiro no REsp 25.519/SP, j. 14.12.1992, *RSTJ*, 48/292.

<sup>28</sup> STJ, 4ª Turma, REsp 782.919/SP, Min. Fernando Gonçalves, j. 12.12.2005, DJ 01.02.2006; 4ª Turma, REsp 660.113/RJ, Min. Jorge Scartezzini, j. 16.09.2004, DJ 06.12.2004. Há corrente jurisprudencial que restringe essa vedação à hipótese do art. 13 do CDC, liberando a denunciação em caso de defeito do serviço de que trata o art. 14 (STJ, 4ª Turma, REsp 439.233/SP, Min. Aldir Passarinho Junior, j. 04.10.2007, DJ 22.10.2007; 3ª Turma, REsp 741.898/RS, Min. Nancy Andrichi, j. 15.12.2005, DJ 20.11.2006). Com todo respeito, a distinção feita não tem razão de ser. A política processual adotada no CDC foi a de vedar a denunciação da lide para não atrapalhar a vida do consumidor, seja ele de produtos, seja de serviços.

Um outro obstáculo ao cabimento da denunciação é a existência de convenção de arbitragem no contrato de resseguro (CPC, art. 267, inc. VII, art. 301, inc. IX), o que parece constituir uma tendência no mercado internacional.

Fora daí, a denunciação se afigura possível. Mas é fundamental ter em mente essa questão que mora no coração do instituto. O denunciado que foi convocado pelo denunciante réu para compor uma relação processual secundária, a chamada lide secundária, *não possui relação direta de direito material com o autor da ação*.

Do ponto de vista do direito material, o denunciado não pode ser litisconsorte por ausência de relação jurídica. Como bem lembrado pelo professor CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, não é litisconsorte quem não tem legitimidade sequer para ser parte perante o adversário comum.<sup>29</sup>

Portanto, admite-se receba o denunciado apenas um tratamento processual de “litisconsorte”. A lei chama-o de “litisconsorte” do denunciante, mas essa qualificação deve ser entendida apenas para efeitos processuais, como o regime do prazo em dobro dado aos litisconsortes com diferentes procuradores (CPC, art. 191).

Pela denunciação, o ressegurador pode compor uma outra lide secundária como convocado da seguradora. Nesse esquema de intervenção, o denunciado é réu na lide secundária e, por esse motivo, não pode ser condenado perante o autor original da ação, muito menos ser executado diretamente por ele.<sup>30</sup>

Haveria aí uma condenação onde não houvesse pedido. O pedido do autor foi formulado somente contra o réu da lide principal. Além disso, o denunciado não foi citado para contestar a demanda principal. O denunciado é citado no âmbito da lide secundária formada tão somente com o seu denunciante. O cerceamento de defesa seria manifesto.

No nosso modo de ver, essa condição de terceiro em relação à lide principal impede vênha o ressegurador a ser condenado a pagar *diretamente* ao autor da ação, ou eventualmente ser executado por este.

Entretanto, a questão tem sido abordada de outra forma nos tribunais. Existe uma opinião de muito respeito na doutrina e que teve reflexos diferenciados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 205.

<sup>30</sup> ARRUDA ALVIM, J. M. *Manual de Direito Processual Civil – Processo de conhecimento*. 10ª ed., São Paulo: RT, 2006, v. 2, p. 202; JORGE, Flávio Cheim. *Chamamento ao processo*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1999, p. 124; BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 262; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 169; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 90; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 346.

<sup>31</sup> STJ, 3ª Turma, REsp 713.115/MG, Min. Castro Filho, j. 21.11.2006, DJ 14.12.2006; REsp 275.453/RS, Min. Humberto Gomes de Barros, j. 22.02.2005, RSTJ, 198/278.

O Ministro ATHOS GUSMÃO CARNEIRO entende que o denunciado na lide secundária se torna *litisconsorte* do denunciante e, por essa razão, fica sujeito à eficácia da coisa julgada nas duas ações cumuladas, podendo ser compelido a pagar diretamente ao autor originário da demanda.<sup>32</sup>

Temos certa reserva quanto a esse entendimento, pelos fundamentos já expostos, mas é inegável que se trata de uma orientação predominante hoje nos tribunais em matéria de denunciação da lide.<sup>33</sup>

Como dissemos, a tese do litisconsórcio teve influência no STJ, de modo que não será surpresa alguma ver, num futuro próximo, entendimento favorável à incidência da multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC contra o ressegurador no âmbito da execução movida pelo segurado.

Aliás, só a título de informação, é bom lembrar que o STJ recentemente teve um pronunciamento importante nessa matéria. Afastou a aplicação da multa de 10% em sede de *execução provisória*. O fundamento que prevaleceu no precedente foi no sentido de que a execução provisória não visa diretamente ao pagamento do débito, mas à garantia de que será devidamente efetuado no momento oportuno, assegurando o resultado útil da execução.<sup>34</sup>

Por outro lado, é válida também a seguinte ponderação.

O fato de os tribunais autorizarem a execução direta do autor da ação contra o ressegurador não significa possa este opor obstáculos de toda ordem à execução da sentença condenatória contrária à seguradora.

Por exemplo, a recusa do ressegurador em pagar à sua seguradora não pode obstruir a satisfação do crédito eventualmente reconhecido ao segurado, o que seria esdrúxulo para quem nada tem a ver com o ressegurador, quando sequer ajuizou ação contra ele. Nem seria suficiente argumentar com a chamada cláusula de pagamento simultâneo (*simultaneous payment clause*) que condiciona a indenização do segurado ao recebimento da recuperação ressecutória devida à seguradora. No nosso sistema, tal cláusula seria abusiva.<sup>35</sup>

Nesse contexto, é provável que os tribunais venham a admitir a concessão de providimentos de urgência (medidas cautelares e antecipatórias) não só contra a seguradora, mas também em desfavor do ressegurador.

<sup>32</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 136.

<sup>33</sup> A tese da execução direta vem angariando adeptos: THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 48ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, n. 120-b, p. 153.

<sup>34</sup> STJ, 2ª Turma, REsp 1.100.658/SP, Min. Humberto Martins, j. 07.05.2009, DJ 21.05.2009.

<sup>35</sup> Na Espanha, há quem considere lícita essa cláusula como condição suspensiva do direito do segurado de cobrar sua indenização: LÓPEZ, Álvaro Muñoz. "Desnaturalización del contrato de reaseguro". *Estudios sobre el contrato de reaseguro*. Madrid: Española de Seguros, 1997, p. 200.

No capítulo dos provimentos de urgência, é importante ter presente que, embora não tendo relação jurídica com o ressegurador, o segurado pode eventualmente acionar a seguradora e seu respectivo ressegurador para a *exibição dos documentos comuns* que integram o procedimento de regulação do sinistro.

Ora, os documentos da regulação são documentos *comuns* e que dizem respeito diretamente à relação jurídica de que é titular o segurado, motivo pelo qual não podem ficar escondidos. Com tal característica é finalidade, com propósito estritamente probatório e havendo obrigação legal de franco acesso ao seu conteúdo, o Código de Processo Civil proíbe a recusa de sua exibição, seja por parte da seguradora, seja pelo ressegurador (CPC, art. 358, inc. III).<sup>36</sup>

Estando esse material em poder da seguradora ou do ressegurador, ou de quem quer que seja, a sua exibição ao segurado é obrigatória por força de lei federal, independente de haver previsão no contrato.

Recentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo nos deu razão nesse particular, ao qualificar de comuns os documentos de um sinistro bastante complexo, determinando sua exibição em juízo, em acórdão de que foi relator o ilustre Desembargador CARLOS AUGUSTO DE SANTI RIBEIRO.<sup>37</sup> O Superior Tribunal de Justiça também tem um precedente interessante da Ministra FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, em caso que discute ação cautelar de exibição de documentos.<sup>38</sup>

Para completar ainda mais o sistema, o Projeto de Lei 3.555/2004 é claro ao consignar que “O relatório de regulação e liquidação do sinistro, assim como todos os elementos que tenham sido utilizados para sua elaboração, são documentos comuns às partes” (art. 84). Quando negada a indenização no todo ou em parte, “a seguradora deverá entregar ao segurado, ou ao beneficiário, cópia de todos os documentos produzidos ou obtidos durante a regulação e liquidação do sinistro” (art. 86).

Por fim, um último ponto que gostaria de trazer ao debate é uma questão vez por outra levantada pelas seguradoras em matéria de prescrição. Sustenta-se contra o segurado a ocorrência de prescrição a partir da negativa de cobertura dada pelo ressegurador.

É ilegítima tal postura. O prazo de prescrição para exercício da pretensão do segurado começa a contar da negativa apresentada pela seguradora que ele contratou. O STJ vem

<sup>36</sup> TZIRULNIK, Ernesto & OCTAVIANI, Alessandro. *Regulação de Sinistro (ensaio jurídico)*. 3ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 123-125; THEODORO JR., Humberto. A regulação do sinistro no direito atual e no projeto de lei n.º 3.555, de 2004. *IV Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: IBDS, 2006, p. 210; PIZA, Paulo Luiz de Toledo. O risco no contrato de resseguro. *Seguros: uma questão atual*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 185.

<sup>37</sup> TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, AI 596.788-4/2-00, Des. De Santi Ribeiro, j. 07.04.2009.

<sup>38</sup> STJ, 3ª Turma, REsp 292.046/MG, Ministra Nancy Andrichi, j. 14.12.2004, DJ 25.04.2005.

entendendo nesse sentido, inclusive porque hoje a Súmula 229 assinala claramente que “*O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão*”.

Por decisão leia-se “*resposta definitiva da seguradora*”, como proclamou o Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR,<sup>39</sup> e não resposta do ressegurador.

## CONCLUSÃO

Finalmente, é hora de encerrar nossa exposição dizendo que o assunto ainda não tem um horizonte definido quanto à posição dos resseguradores que enfrentarão essas questões processuais nos órgãos do Poder Judiciário brasileiro.

Entendemos que a forma mais adequada de inseri-los na discussão judicial da lide securitária pode ser feita pelo canal da assistência simples ou pela denúncia da lide.

Esperamos que a revogação do antigo Decreto-lei 73/66 pela Lei Complementar 126/207 ajude os tribunais a varrer as confusões do passado e que a garantia constitucional do acesso adequado à Justiça ilumine a condução desse assunto para um processo rápido e eficiente, mas, sobretudo, um processo justo no que toca à disciplina do direito material que constitui sua razão de ser.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- ARRUDA ALVIM, J. M. *Manual de Direito Processual Civil – Processo de conhecimento*. 10ª ed., São Paulo: RT, 2006, v. 2.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRAGA, Francisco de Assis. *Contrato de Seguro: A Técnica do Risco ao Sinistro*. São Paulo: EMTS, 2005.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>39</sup> STJ, 4ª Turma, REsp 200.734/SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 23.03.99, RSTJ, 131/118.

- CALAMANDREI, Piero. "Il concetto di *lite* nel pensiero di Francesco Carnelutti". *Studi sul processo civile*. Padova: CEDAM, 1939, volume secondo.
- CALERO, Fernando Sánchez. "El reaseguro en la ley española de contrato de seguro". *Estudios sobre el contrato de reaseguro*. Madrid: Española de Seguros, 1997.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. Instituto de Resseguros do Brasil – IRB. Posições que pode assumir no processo. Alegação de nulidade da sentença, por falta de citação do IRB. Resseguro e co-seguro. Posição processual das co-seguradoras. *Temas atuais de Direito e de Processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.
- \_\_\_\_\_. Seguro-garantia. Ação de execução. Posição processual do IRB. *RePro*, 114.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires: Europa-America, 1973, v. I.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Generale del Diritto*. terza edizione, Roma: Soc. Ed. del "Foro Italiano", 1951.
- CARTER, R. L. *El Reaseguro*. Madrid: MAPFRE S.A., 1979.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário – Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2008.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. Monopólio público das operações de resseguro. *Direito Público – Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Intervenção de terceiros*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.
- DIRUBE, Ariel Fernández. *Manual de Reaseguros*. 3ª ed., Buenos Aires: Biblioteca General Re, v. 2, 1993.
- FAZZALARI, Elio. *Lezioni di diritto processuale civile – processo ordinario di cognizione*. Padova: CEDAM, 1995, v. I.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de Direito Securitário – Seguros Terrestres e Privados*. São Paulo: Maltese, 1993.
- HAGOPIAN, Mikaël & LAPARRA, Michel. *Aspectos teóricos y prácticos del reaseguro*. Madrid: MAPFRE, 1996.
- JARAMILHO J., Carlos Ignácio. *Distorsión funcional del contrato de reaseguro tradicional*. Bogotá: Pontificia Universidade Javeriana, 1999.
- JORGE, Flávio Cheim. *Chamamento ao processo*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1999.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento do mérito. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

LÓPEZ, Álvaro Muñoz. “Desnaturalización del contrato de reaseguro”. *Estudios sobre el contrato de reaseguro*. Madrid: Española de Seguros, 1997.

MALACHINI, Edson Ribas. Seguro, resseguro, litisconsórcio e denunciação da lide. *RePro*, 81.

MARTINS, João Marcos Brito & MARTINS, Lídia de Souza. *Resseguros: fundamentos técnicos e jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. *Assistência simples no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1983.

MELO, Gustavo de Medeiros. A ação direta do terceiro prejudicado no seguro de responsabilidade civil: uma análise do sistema jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil*. São Paulo: MP Editora, Ano 1, janeiro, 2009.

\_\_\_\_\_. O acesso adequado à Justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson & ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

PIZA, Paulo Luiz de Toledo. *Contrato de resseguro: Tipologia, Formação e Direito Internacional*. São Paulo: IBDS, 2002.

\_\_\_\_\_. O risco no contrato de resseguro. *Seguros: uma questão atual*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

PONT, Manuel Broseta. *El contrato de reaseguro*. Madrid: Aguilar, 1961.

SAAVEDRA, Domingo M. López & PERUCCHI, Héctor A. *El Contrato de Reaseguro y Temas de Responsabilidad Civil y Seguros*. Buenos Aires: La Ley, 1999.

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1968.

TÁCITO, Caio. Resseguros – colocação no exterior – dispensa de licitação. *RDA*, 195.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 48ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I.

\_\_\_\_\_. Contratos de Seguro e Resseguro. Legitimidade das Partes. Conflito de Ações de Cobrança e Consignação em Pagamento. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 13, 2004.

\_\_\_\_\_. A regulação do sinistro no direito atual e no projeto de lei nº 3.555, de 2004. *IV Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: IBDS, 2006.

TZIRULNIK, Ernesto & OCTAVIANI, Alessandro. *Regulação de Sinistro (ensaio jurídico)*. 3ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2001.

\_\_\_\_\_. *O Contrato de Seguro: de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. O futuro do seguro de responsabilidade civil. *RT*, 782.

SEGURO, DESENVOLVIMENTO E  
POLÍTICAS PÚBLICAS

## SEGURO, DESENVOLVIMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS

*Alessandro Octaviani*

*Doutor em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP)*

*Mestre em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP)*

*Professor da Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (EESP/FGV)*

*Diretor do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS*

“En cualquier caso, es imprescindible percibir claramente las debilidades epistemológicas de las ciencias sociales actuales para aprender a diferenciar los pasos dados por el camino del conocimiento científico de las aseveraciones propagandísticas de los servidores ideológicos de los poderes establecidos.”

(Juan Ramón CAPELLA. *Elementos de análisis jurídico*, p. 15.)

“A tarefa primordial e inadiável do jurista, nessa matéria, consiste, portanto, em procurar corrigir o descompasso entre o sistema jurídico e a realidade social, em função dos valores da justiça econômica.”

(Fábio Konder COMPARATO. *O poder de controle na sociedade anônima*, 5 ed., p. XVII.)

## I. RESUMO

O presente artigo é resultado de apresentação preparada para o Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS –, em suas jornadas de 2009. Postulo que a aproximação adequada aos institutos de direito do seguro deve se dar pela *economia política da forma jurídica*, instrumental apto a nos informar que (i) o direito não é neutro e (ii) ao decidir os conflitos, organiza as relações sociais em um sentido ou outro, cristalizando situações assimétricas ou permitindo a diminuição das hierarquias. Nessa chave, a Constituição Federal assume explicitamente um tipo de economia política, a de superação do subdesenvolvimento, inspirando-se notadamente nas reflexões do estruturalismo latino-americano e em um de seus maiores expoentes, o economista brasileiro Celso Furtado, que delimita como programa mínimo de superação do subdesenvolvimento a capacidade de endogeneização dos centros decisórios e a homogeneização social. A Constituição determina que a organização jurídica de nossa economia obedeça a esses critérios, dentre outros, a partir dos artigos 3º e 219. Tais mandamentos devem informar e reformar toda a regulação sobre seguros, previdência e resseguros, e no presente trabalho afirmo que essa racionalidade pode ser encontrada, com diferentes graus de coesão dogmática ou eficácia social, em pelo menos quatro exemplos: o sistema de resseguro vigente, as possibilidades de as entidades de previdência complementar fechada investirem em empresas emergentes de tecnologia, o financiamento do seguro habitação proposto no aparato legal do programa “Minha Casa Minha Vida” e o regime de regulação de sinistro previsto no PL 3.555, de propositura do Deputado José Eduardo Martins Cardozo e autoria material do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS.

## II. A ECONOMIA POLÍTICA DA FORMA JURÍDICA: INEXISTÊNCIA DE NEUTRALIDADE E MÉTODO

### II.a. O Direito não é neutro

O direito não é neutro. O campo jurídico (espaço no qual os operadores manipulam a forma jurídica para a implementação concreta de uma dada divisão do excedente social) estrutura a resolução de conflitos que encaminham as relações entre os diferentes atores para um lado ou outro.

Visitando apenas alguns exemplos de duas vertentes da tradição da sociologia clássica surgida com a industrialização nos séculos XIX e XX – a weberiana e a marxista – pode-se vincar a presente postulação: para a matriz weberiana, o direito implementa um *determi-*

*nado sentido para a ação social* para um dado tipo de ator social, e não outro sentido para outro ator; para a matriz marxista, o direito é um dos elementos da luta de classes, podendo ser tomado como o aspecto formal da mercadoria ou a imposição das variadas formas ideológicas repressivas e comprometidas com o modo de produção capitalista a partir do aparato estatal.<sup>1</sup>

## II.b. Método: a economia política da forma jurídica

Para apreender e manipular com o maior grau possível de consciência política o instrumental disponível no campo jurídico, postulo que seja desenvolvida uma *economia política da forma jurídica*, que dê cabo das seguintes dimensões: a história, a dogmática, a efetividade social e a imaginação institucional. A articulação desses diferentes saberes sobre o direito permite pensar o campo jurídico não só no *espaço* do conflito político, mas também no *tempo* do conflito político, conectando o passado, o presente e o futuro, apostando que a luta social pelo direito (e, fundamentalmente, pela distribuição do excedente dos recursos advindos com a definição – ainda que provisória – dessa luta) poderá ser mais bem informada e clareada.<sup>2</sup>

## III. DIREITO E DESENVOLVIMENTO: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL É FURTADIANA

### III.a. Celso Furtado e o desenvolvimento: autonomia dos centros decisórios e homogeneização social

Tomadas as premissas de que (i) o direito não é neutro e (ii) implementa uma específica economia política, dividindo desigualmente o excedente, pode-se rumar para a investigação sobre o projeto de desenvolvimento econômico e social em disputa dentro do campo jurídico brasileiro. A menção obrigatória (muito mais do que a qualquer variante do institucionalismo ou das teorias econômicas ortodoxas) é a teoria do desenvolvimento pensada pelo Estruturalismo latino-americano, da CEPAL em diante. Para esse conjunto sistemático de pesquisas econômicas que já possui mais de cinquenta anos de acúmulo, críticas e autocríticas, a América Latina não pode ser pensada a partir das mesmas premissas

<sup>1</sup> Para a indicação de referência bibliográfica sobre esse ponto, Alessandro OCTAVIANI. *Recursos genéticos e desenvolvimento: o desafio furtadiano*, p. 52-3. Tese de doutorado, Faculdade de Direito da USP, 2008.

<sup>2</sup> O espaço institucional no qual esse conjunto de premissas e hipóteses tem sido desenvolvido é o Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da USP, linha Estado e Desenvolvimento, grupo *Direito e subdesenvolvimento: o desafio furtadiano*, coordenado pelo Professor Associado Gilberto Bercovici. Cf. *Relatório do Primeiro Semestre de 2009*. Fadusp – DEF, mimeo.

sas e instrumentos do que outras partes do mundo, prioritariamente o núcleo orgânico do sistema mundial, por constituirmos a periferia do sistema. *Ter sido colônia e não ter sido metrópole importa para pensarmos o nosso atual momento.* Se instituições importam, elas estão embebidas da história que lhes permite uma dada forma de existência. Essa história é a especificidade de possibilidades e impossibilidades da América Latina.

Nesse panorama de disputa com o colonialismo mental exercido pelas teorias ortodoxas e seus súcubos jurídicos, Celso Furtado apresenta uma importante contribuição ao longo das quase quatro dezenas de livros e inúmeros textos publicados em sua vida. Para Furtado, a condição periférica permite algumas possibilidades de agenda, e eventualmente não permite outras, sendo esta uma condição estrutural, mas não imutável, do sistema mundial.

Subdesenvolvimento é passível de superação, e para tal a tarefa é árdua, predicando-se a articulação de, ao menos, dois elementos. O primeiro é a autonomia dos centros decisórios, para que a economia periférica não seja mero apêndice autômato nas mãos de outros centros decisórios. A partir da definição de Max Weber, de que “poder é a capacidade de impor a outrem a sua vontade, independentemente da resistência oferecida por este outrem”, pode-se afirmar que, para Furtado, no sistema mundial, existem centros decisórios que têm capacidade de impor as suas decisões, compondo o núcleo orgânico do sistema, e periferias que não conseguem construir tal autonomia, seguindo as decisões do centro a reboque. O segundo ponto para esse programa de superação do subdesenvolvimento diz que não basta ter a capacidade de tomar decisões próprias, planejar e executar o próprio futuro a partir das necessidades compreendidas no presente. Furtado postula também uma pauta normativa de justiça social, ao afirmar que é necessário internamente homogeneizar a sociedade, democratizar a renda, o poder e o conhecimento. A premissa para tal postulação não é somente ética, mas também de eficiência, pois a industrialização inglesa só foi possível pela articulação desses dois elementos: a endogeneização da capacidade técnica e de crédito somada à capacidade de demanda por parte dos trabalhadores a partir de longos séculos de lutas por direitos.

### III.b. A Constituição Federal é furtadiana

A Constituição Federal assume o diagnóstico do estruturalismo latino-americano e a contribuição de Celso Furtado. O artigo terceiro determina que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional. O artigo 219 coagula a teoria estruturalista latino-americana e o pensamento de Celso Furtado afirmando que “o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo

a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país nos termos de lei federal”, postulando simultaneamente (i) a autonomia dos centros decisórios e (ii) a homogeneização social.

#### IV. DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS: A QUESTÃO INSTRUMENTAL

O objetivo da superação do subdesenvolvimento será instrumentalizado por meio de políticas públicas e sua relação com o direito. Políticas públicas são aqui tomadas como ação racional do Estado com respeito a fins por meios democraticamente legitimados, relacionando-se com o direito de duas maneiras: o direito é instrumento para a aplicação e efetivação de políticas públicas e o direito é ele próprio uma política pública.

#### V. SEGURO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO: SEGUIMOS O MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DE SUPERAÇÃO DO SUBDESENVOLVIMENTO?

Tarei quatro exemplos concretos sobre como raciocinar a economia política da superação do subdesenvolvimento ordenada pela Constituição Federal para as relações securitárias: (i) resseguro, (ii) previdência, (iii) seguro habitação e (iv) regulação de sinistro.

Aos quatro tópicos de investigação lançarei a mesma pergunta: a regulação sobre o seguro, a previdência e o resseguro impõe dogmática que implementa uma economia política do desenvolvimento, nos termos furtadianos, preocupada com a criação e fortalecimento dos centros decisórios e com a homogeneização social?

##### V.a. Resseguro e desenvolvimento: autonomia dos centros decisórios

Quando se investiga a subordinação da organização ressecuritária ao mandamento de superação do subdesenvolvimento, a primeira questão diz com a autonomia dos centros decisórios, notadamente em função (i) da necessidade histórica de criação de órgão ressegurador estatal quando os grupos estrangeiros detinham a decisão em última instância sobre as indenizações capazes de irrigar o setor produtivo nacional no momento da industrialização pesada capitaneada por Getúlio Vargas e (ii) dos positivos resultados concretos obtidos por tal institucionalidade.

O primeiro texto normativo a ser analisado é o artigo 192 da Constituição Federal: “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o *desenvolvimento* equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares

que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram”.

O núcleo, como não poderia deixar de ser em uma ordem econômica subordinada aos objetivos da República, é a subordinação do sistema financeiro nacional ao objetivo de *promoção do desenvolvimento*. Seguindo a reflexão de Bercovici, o resseguro importa porque, dentre outras funções, garante a possibilidade de o setor produtor de bens de capital ter garantia em última instância. A internalização nacional de decisões ressecutárias avulta em relevância principalmente em momentos de crise internacional, como a que o mundo atravessou desde setembro de 2008, quando soçobraram os últimos resquícios de legitimidade intelectual do arranjo advindo do Consenso de Washington. A aplicação racionalidade individual microeconômica por parte da diversidade de atores empresariais tende a ocasionar posições de autodefesa, levando à subtração global da oferta de garantias ressecutárias e rarefação das reservas técnicas, ponto limite no qual somente um ente politicamente controlado, subordinado ao projeto de superação do subdesenvolvimento, é capaz de responder à complexidade da situação. De uma tacada vislumbram-se a incapacidade (i) do individualismo metodológico como método para pensar a condição periférica e (ii) das políticas de privatização para dar cabo da tarefa econômica do desenvolvimento, devendo-se atentar para a existência, validade e eficácia jurídica e social do setor público financeiro, dentro do qual merecem destaque os bancos submetidos a controle estatal, como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico-Social – BNDES – e o Banco do Brasil.

Essa pauta contrária ao individualismo metodológico e à subordinação aos meros agentes privados para a confecção das garantias ressecutárias nacionais está sistemicamente articulada a partir da Lei Complementar nº 126/2007, em seus artigos 11 e 22, e do Decreto-lei 73/66, em seus artigos 8º e 41, que determinam a preferência por resseguradores locais em detrimento aos admitidos ou eventuais, estipulando aos locais 60% da cessão do resseguro até 2010 e 40% após 2010. A essas obrigações cujo epicentro é a internalização da capacidade de prover garantias e indenizações, estabilizando a empresa seguradora, somam-se os mandamentos que ordenam a inexistência de qualquer solução de continuidade das atividades do IRB, sociedade de economia mista afeta a implementação de política econômica pública.

## V.b. Previdência e desenvolvimento: autonomia dos centros decisórios

Para inquirir sobre a adequação da regulação da previdência complementar privada às pautas constitucionais de superação do subdesenvolvimento, prioritariamente a autonomia

dos centros decisórios, trago uma reflexão sobre como as economias administradas pelas entidades de previdência podem financiar o desenvolvimento tecnológico nacional.

### V.b.i. Inovação tecnológica

A postulação de que a inovação tecnológica é central para a organização da hierarquia no sistema mundial vem sendo realizada com grande grau de sistematização pelos neo-schumpeterianos e suas convergências com os estruturalistas latino-americanos. Essa literatura demonstra que os Estados Nacionais atuam decisivamente – ao contrário do que a pregação neoliberal da década de 1990 afirmava –, como dão prova os dados sobre o mais agressivo deles, o Estado Nacional norte-americano, que investe 2.6% de todo o PIB em pesquisa e desenvolvimento tecnológico. Toda a União Europeia, com seus 27 países, reverte para a inovação tecnológica 1.7% do seu PIB; o Japão investe 3.3%, superando os EUA em porcentagem, mas sendo superado em gastos totais (EUA: 324 bilhões de dólares/ano; Japão: 130 bilhões de dólares/ano). O Brasil tem um investimento em pesquisa e desenvolvimento de 0.9% do PIB, que corresponde à modesta cifra de 13 bilhões de dólares/ano. Quando os dados são depurados, indo-se ao gasto de origem exclusivamente pública, pode-se constatar o mesmo padrão intervencionista nos países centrais, como demonstra o caso da Islândia, em que o Estado investe aproximadamente 1.5% do seu PIB em inovação tecnológica, e o dos Estados Unidos, cujo Estado aporta aproximadamente 1.2% do PIB (o que corresponde a aproximadamente 120 bilhões de dólares/ano internalizados na economia privada norte-americana via setor público).

O *ranking* da produção científica mostra que esse gigantesco nível de investimento concretiza-se em produção: os Estados Unidos têm 32.7% da produção científica mundial, a França 5.9% e o Brasil 1.8%. Quando se constata que o Brasil só detém 0.2% das patentes mundiais, avulta em importância a tessitura de um sistema endógeno de tecnologia, objeto da regulação recentemente expedida, objetivando dar maior organicidade aos comandos do artigo 218 da Constituição Federal. Essa regulação, o “ordenamento da inovação tecnológica”, é composto basicamente da Lei da Inovação (Lei 10.973/2004, que “dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências”), da Lei do Bem (Lei 11.196/2005, que “dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica”) e da Lei Haddad (Lei 11.487/2007, que “altera a Lei 11.196 [...] para incluir novo incentivo à inovação tecnológica e modificar as regras relativas à amortização acelerada para investimentos vinculados à pesquisa e ao desenvolvimento”), bem como a estruturação de amplas linhas de financiamento da inovação tecnológica, ancoradas no BNDES e na FINEP.

## **Vb.ii. Financiamento da inovação tecnológica pelas entidades de previdência complementar fechadas**

O BNDES e a FINEP são considerados os principais financiadores da inovação tecnológica no Brasil, principalmente pelo fato de o país contar com um mercado de capitais muito pouco desenvolvido, apesar de todos os esforços envidados desde as décadas de 1960 e de 1970. Entretanto, esse papel de financiador do Estado, essencial em todo o centro do sistema, como visto acima, pode vir a ser complementado pelas entidades de previdência, dando capilaridade aos mandamentos constitucionais já mencionados.

A Lei Complementar nº 109 de 2001 determina em seu artigo 3º que “a ação do Estado será exercida com o objetivo de: (...) II – disciplinar, coordenar e supervisionar as atividades reguladas por esta Lei Complementar, compatibilizando-as com as políticas previdenciária e de *desenvolvimento social e econômico-financeiro*”. Para compor o quadro de desenvolvimento social e econômico-financeiro, a construção do sistema nacional de inovação é crucial, e seu financiamento por parte das entidades de previdência complementar fechada pode alterar o quadro acima relatado, de notada inferioridade do Brasil nessa competição intrasistêmica, principalmente se tivermos em mente que o total dos recursos por elas geridos é 314.103 bilhões de reais (enquanto o total de recursos geridos pelas entidades abertas de previdência complementar é de 168.724 bilhões de reais, para o ano de 2008).

A resolução do Conselho Monetário Nacional nº 3.456, que dispõe sobre as diretrizes de aplicação dos recursos garantidores dos planos de benefícios administrados pelas entidades de previdência complementar, determina o que é permitido, proibido e obrigatório fazer com estes montantes. No anexo da resolução, o artigo 3º aponta que os recursos garantidores dos planos de benefícios da entidade fechada de previdência complementar devem ser alocados em quaisquer dos seguintes segmentos de aplicação: “I – segmento de renda fixa; II – segmento de renda variável; III – segmento de imóveis; ou IV – segmento de empréstimos e financiamentos.” No seu artigo 17, determina-se que “no segmento de renda variável, os investimentos da espécie, segundo a correspondente natureza, devem ser classificados nas seguintes carteiras: I – carteira de ações em mercado; II – carteira de participações; ou III – carteira de renda variável – outros ativos.” O artigo 19 determina que se incluem na carteira de participações as cotas de fundos de investimentos em empresas emergentes, que são as empresas de base tecnológica, permitindo-se que os fundos geridos pelas entidades de previdência complementar fechadas sejam vertidos ao esforço de autonomização tecnológica do país.

Os limites para tal ação são delineados a partir do artigo 21: “Os recursos garantidores do plano de benefícios da entidade fechada de previdência complementar aplicados nas diversas carteiras que compõem o segmento de renda variável subordinam-se aos

seguintes limites: I – até 50% (cinquenta por cento), no conjunto dos investimentos; (...) III – até 20% (vinte por cento), relativamente aos investimentos incluídos na carteira de participações (...).” Além destes limites, no seu artigo 22, especifica-se a atuação dos fundos de investimentos em empresas emergentes da seguinte maneira: adicionalmente aos limites estabelecidos no artigo 21, no caso de investimentos incluídos na carteira de participações, o total da participação da entidade fechada de previdência complementar em um mesmo fundo de investimento em empresas emergentes não poderá exceder a 25% do patrimônio líquido do fundo em se tratando dos investimentos da própria entidade de previdência e a 40% do patrimônio líquido do fundo em se tratando dos investimentos que ela faça em conjunto com outros investidores.

Para contrastar essas possibilidades de decisões ancoradas no ordenamento (a dimensão dogmática, apontada no item sobre o método da economia política da forma jurídica) com os investimentos de fato realizados (a dimensão da eficácia social, do mesmo item), devem ser conhecidas as ações levadas a cabo no âmbito da FINEP, empresa pública financiadora de projetos de inovação tecnológica, organizadora de fundos de capital de risco para incentivar empresas de base tecnológica. Basicamente a partir de dois programas (Incubadora de Fundos INOVAR e o programa INOVAR Semente), a FINEP conseguiu trazer como parceiros, dentre outros, as seguintes entidades de previdência complementar fechadas (Incubadora de Fundos INOVAR): PETRUS, PREVI, FUNCEF, ELETRUS, FACHESP, e uma série de outras entidades de previdência complementar fechadas, totalizando 13 fundos já em operação. O patrimônio comprometido destes fundos de investimentos em empresas de base tecnológica corresponde a 2.4 bilhões com participação média da FINEP de aproximadamente 10%, o que significa que, de aproximadamente 368 bilhões de reais que os fundos de previdência complementar fechados estão gerindo, somente 2 bilhões de reais estão investidos em empresas de base tecnológica, permitindo a conclusão de que é baixa a participação das entidades de previdência complementar fechada na política de desenvolvimento tecnológico, obrigando a um esforço metodológico que lança mão de outra dimensão da economia política da forma jurídica, a imaginação institucional, para que este quadro se altere e que se revertam mais bilhões de reais no esforço tecnológico nacional.

### V.c. Seguro habitação: homogeneização social

O terceiro exemplo que vale a pena mencionar, nessa tentativa de subordinar os institutos de direito do seguro à economia política da superação do subdesenvolvimento con-

sagrada constitucionalmente, diz respeito ao seguro habitação, investigando não mais a autonomia dos centros decisórios, mas sim a homogeneização social.

A Medida Provisória 459 de 2009, que dispõe sobre o programa “Minha casa, minha vida”, a regularização fundiária de acentos localizados em áreas urbanas, e dá outras providências, tomada em sua dimensão dogmática (de interpretação textual para decisões), traz uma utilização funcional ao seguro habitação que o coloca a serviço da superação do subdesenvolvimento.

O programa “minha casa, minha vida” visa a investir 34 bilhões de reais na construção de 1 milhão de moradias destinadas à população com renda de até dez salários mínimos. Em verdade, pretende-se algo bastante modesto: diminuir em 14% o déficit habitacional dos brasileiros. É uma homogeneização social bastante acanhada, mas certamente mais do que os abstencionistas governos neoliberais propuseram ou executaram. O déficit habitacional total dos brasileiros é estimado em 7.2 milhões de moradias e é concentrado na faixa de renda entre 0 e 3 salários mínimos.

A MP 459/2009, segundo declarações de dois dos principais ministros envolvidos em sua confecção, não viria à luz por conta dos custos do seguro habitação cobrado no mercado privado de seguros. Nesse momento, exercitou-se a imaginação institucional, de modo a que fosse criada uma forma jurídica para a economia política da homogeneização social, produzindo-se o artigo 18 da referida Medida Provisória, a partir do qual fica a União autorizada a (i) participar, até o limite de 2 bilhões de reais, de fundo garantidor da habitação popular, que terá por finalidades garantir o pagamento, aos agentes financeiros, de prestação mensal de financiamento habitacional, no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, devida por mutuário final em caso de desemprego e redução temporária da capacidade de pagamento para famílias com renda de até dez salários mínimos, e (ii) assumir o saldo devedor do financiamento imobiliário, em caso de morte ou invalidez permanente, e as despesas de recuperação relativas a danos físicos ao imóvel para mutuários com renda familiar de até dez salários mínimos.

#### V.d. Regulação de sinistro no PL 3.555/2004: homogeneização social

O quarto exemplo são os artigos que determinam como será a regulação de sinistro no Projeto de Lei nº 3.555 de 2004, de propositura do Deputado Professor José Eduardo Cardozo e autoria material dos integrantes do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS.

O artigo 94 do projeto de lei dispõe que “o relatório de regulação e liquidação do sinistro, assim como todos os elementos que tenham sido utilizados para sua elaboração, são documentos comuns às partes”. Há aqui, notadamente, preocupação com a homoge-

neização social, a partir da diminuição das hierarquias das posições jurídicas e suas consequências informacionais e negociais, uma vez que é imposto que o relatório de regulação e liquidação do sinistro, assim como todos os elementos que tenham sido utilizados para sua elaboração, são documentos comuns às partes, resolvendo casos clássicos na regulação de sinistros (que, se não costumam acontecer em todas as seguradoras, é prática de muitas delas, bem como dos reguladores de sinistros estrangeiros contratados por resseguradores) nos quais a disparidade de poder é tão grande que a seguradora se permite afirmar que os documentos da regulação de propriedade do segurado são de propriedade dela, confundindo uma situação de mera posse condicionada ao dever de colaboração do segurado, fundado na máxima boa-fé, com a de propriedade.

O artigo visa à diminuição dessa hierarquia, trazendo para dentro do procedimento de regulação de sinistro uma maior horizontalidade das relações entre atores econômicos de distintos tamanhos, sendo esse microsistema completado com o artigo 96: “Negada a garantia, no todo ou em parte, a seguradora deverá entregar ao segurado, ou ao beneficiário, cópia de todos os documentos produzidos ou obtidos durante a regulação e liquidação de sinistro”.

ARBITRAGEM E SEGURO

## FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS: DEMANDAS JUDICIAIS X PROCEDIMENTOS ARBITRAIS

*Maurício Luís Pinheiro Silveira*

*Membro do Conselho Diretor do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS  
Advogado*

### CRISE DA MODERNIDADE

Vivemos na era *fast*. Via de regra, pouco importa a qualidade do que se consome, desde que se sorva o mais rápida e economicamente possível.

Partindo dos alimentos, dotados de sabores artificiais e padronizados, ingeridos em balcões em meio ao atendimento de ligações telefônicas em sua maioria *urgentes*, passando pelos cuidados com a saúde, tratada de forma impessoal por profissionais cada vez mais *especializados* e menos *conhecedores* do funcionamento do conjunto do organismo humano, até a arquitetura, a arte, o entretenimento etc., vivemos na era dos resultados rápidos e econômicos, ainda que em sacrifício da qualidade.

Tudo feito, por mais paradoxal que possa parecer, em nome do *progresso* que, segundo Gilberto de Mello Kujawski<sup>1</sup>, “resume em si todo o sentido dos tempos modernos... é o *fiat*

<sup>1</sup> KUJAWSKI, Gilberto de Mello. *A Crise do Século XX*. São Paulo: Ática, 1988.

da modernidade, sua causa eficiente, digerindo minuto a minuto o presente, em nome de um futuro melhor”.

Não há, por exemplo, termo de comparação entre a realidade de um trabalhador urbano de hoje e daquele que porventura exercia atividade similar há poucas décadas.

Nesse exato sentido, acentua o Professor do Instituto de Artes da Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP –, João-Francisco Duarte Jr.<sup>2</sup> que: “Desde sempre, o artesão se mostrara senhor de seu trabalho, levando, ao longo dos dias, uma vida regida organicamente pelo próprio corpo e em concordância com as alterações sazonais do mundo. Quer dizer: concorde com a estação do ano, trabalhava segundo a sua necessidade, comia ao ser solicitado pelo estômago, dormia sob o imperativo do sono etc. Seus horários e seu regime de atividades se davam em conseqüência de um ritmo vital, orgânico, corporal. Entretanto, ao se empregar numa daquelas nascentes indústrias, ao se tornar funcionário de uma organização, sua atividade diária passou a ser regida por uma lógica que lhe era exterior, qual seja, a da nova produção industrial. Ocorrência que o obrigou a dormir, a acordar, a comer e a trabalhar em conformidade com os horários estabelecidos por uma racionalidade produtiva a ele externa e totalmente alheia às suas demandas...”

## A CRISE DA MODERNIDADE E O PODER JUDICIÁRIO

A administração da justiça não ficou alheia a esse fenômeno. Abarrotados de processos que se desenrolam teoricamente sob sua presidência, os magistrados transformam-se, cada vez mais, no modelo de *funcionário* tão bem descrito por Duarte Jr., cumpridores de metas e horários jamais suficientes para fazer frente à demanda que se lhes é apresentada.

O volume de demandas que chegam ao Poder Judiciário é cada vez maior. O homem médio tem hoje não só uma gama muito maior de direitos assegurados, como a consciência desses como jamais o teve em toda a história. Aquilo que no passado era tratado como acontecimento natural no âmbito das relações sociais, hoje toma ares de *infração* e, com enorme frequência, torna-se *litígio*, desaguando no sistema judiciário.

Ocorre que, excepcionada a implementação da informática, os Juízes contam hoje com uma estrutura muito similar, quando não idêntica, àquela de que dispunham seus pares nos primórdios do século passado. O Juiz de hoje promove o desenvolvimento dos processos exatamente como faziam seus antecessores, analisando pilhas e pilhas de papel, realizando audiências, inspeções, coordenando o desenvolvimento de perícias etc.

<sup>2</sup> DUARTE JR., João-Francisco. *O Sentido dos Sentidos – A Educação do Sensível*, 4ª ed. Curitiba: Criar, 2006.

Esse fenômeno nos coloca ante um importantíssimo e complexo desafio, que é o da identificação do ponto de equilíbrio entre Justiça e celeridade.

Nesse contexto, há aqueles que – não sem razão – vociferam contra os plurais mecanismos inerentes ao exercício do direito de defesa, dentre os quais, em especial, os recursos que, aos milhões, invadem os tribunais estaduais e até mesmo os mais que solicitados tribunais superiores.

No Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, cada Ministro recebe, em média, mil novos recursos por mês.

Esse cenário, como é natural, tem gerado a necessidade do desenvolvimento de mecanismos de contenção do exercício recursal, alguns dotados de certa legitimidade, outros absolutamente arbitrários, todavia, todos festejados pelos exaustos membros do Poder Judiciário.

Há pouco foi publicado no caderno *Direito & Justiça* do periódico carioca *Diário do Commercio*, matéria jornalística tratando do funcionamento do Superior Tribunal de Justiça intitulada “*Mais de 15 mil Agravos Rejeitados*”, na qual é informado, com constrangedor entusiasmo, que “Em sete meses de atividade... cerca de 15.500 agravos de instrumento foram reprovados no exame prévio de admissibilidade e deixaram de ser distribuídos aos ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Estatisticamente, isso significa que cada gabinete deixou de receber mais de 500 agravos no período”. Mais à frente, conclui a matéria, no mesmo tom festivo, acentuando que: “A iniciativa é mais um passo na direção de um Judiciário mais ágil e efetivo na prestação jurisdicional.”

Tal afirmação nos remete a perspicaz comentário realizado por um notório radialista paulistano quando da implantação do rodízio de veículos em São Paulo. Disse o jornalista: “medidas como essa equivalem a submeter um paciente com diagnóstico de espessamento das veias e artérias por gordura, a uma constante retirada de parte do sangue do organismo, de sorte que, com menos sangue, estará solucionado seu problema circulatório”.

O fato é que o Poder Judiciário não suporta mais as demandas que lhe chegam diariamente para apreciação. O valor “justiça” deixou de ser um fator primordial de preocupação nas decisões judiciais, dando lugar à busca, em alguns casos inconsequente, por uma celeridade que não só tarda a chegar como representa, por vezes, o atropelo de direitos elementares das partes.

Há aqueles, então, que se posicionam contrariamente à imposição de limites ao exercício do direito de ação ou à interposição de recursos, clamando pela observância dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito. Esquecem-se, todavia, que a tutela tardia muitas vezes equivale à não tutela. Com efeito, o reconhecimento da existência de um direito uma ou duas décadas após o ajuizamento da ação pode importar em prejuízos tão

significativos às partes (tanto a vencida, quanto a vencedora) que equivalha, na prática, à não solução do litígio. Nesse período economias podem ter sido aniquiladas, um número incontável de trabalhadores pode ter sido levado a engrossar a gigantesca fila dos desempregados, famílias podem ter se dissolvido, enfim, difícil seria a tarefa de eleger, entre a tutela tardia e aquela conferida com a supressão de direitos, qual a mais danosa.

As denominadas *formas alternativas de solução de conflitos* se apresentam, portanto, como uma necessidade inquestionável e emergencial.

Há, todavia, que se tomar alguns importantes cuidados, sob pena de transferir para o âmbito desses novos mecanismos os intoleráveis vícios de que se encontra contaminada a velha máquina judiciária.

Paralelamente, devemos estar atentos para que a *privatização* dos mecanismos de solução de conflitos não contribua para agravar ainda mais os já agigantados problemas pelos quais atravessa o Poder Judiciário, transformando-o, num paralelo com o sistema de saúde, no SUS Jurisdicional, destinado àqueles que, por falta de recursos, sejam constrangidos a suportar – agora de forma concentrada e agravada pela redução crescente de verbas – as mazelas de um sistema inoperante e ineficaz.

Observe-se, nesse sentido, o quanto acentua o magistrado catarinense Joel Dias Figueira Júnior em seu *Arbitragem, Jurisdição e Execução*: “enquanto a denominada *litigiosidade contida*, de menor expressão econômica, menos complexa e de reduzido potencial ofensivo, está sendo gradativamente liberada e satisfeita de forma mais ou menos adequada por intermédio da ampliação do acesso à justiça especializada, na procura cada vez maior pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, aquelas questões conflituosas envolvendo valores econômicos de maior expressão, exigindo intrincada prova pericial e, não raras vezes, de caráter internacional, poderão, a critério das partes (facultatividade), quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, utilizar-se da *justiça privada*, por intermédio da instituição do *juízo arbitral* previsto na Lei 9.307/96”<sup>3</sup>.

## CRISE DE CONFIABILIDADE

Não temos qualquer receio de afirmar que o Poder Judiciário vive hoje, acima e além do quanto até aqui exposto, uma importante crise de confiabilidade.

Ao assim afirmarmos não estamos nos referindo unicamente às graves denúncias havidas, cada vez em maior número, acerca da prática de atos de improbidade (muitas vezes previstos em tipos penais), por parte de magistrados, alguns integrantes das mais altas cortes do país.

<sup>3</sup> FIGUEIRA JR., Joel Dias, *Arbitragem, Jurisdição e Execução*. 2ª ed. São Paulo. RT. 1998.

Referimo-nos ao fato de que a função jurisdicional em si vem, paulatinamente, perdendo um de seus principais atributos que é o da pacificação dos conflitos sociais.

Para que isso ocorra é necessário que aquele a quem é dado solucionar os litígios detenha efetiva legitimidade perante as partes, de sorte que sua decisão seja por elas recepcionada com a serenidade oriunda de sua autoridade natural.

Do contrário, aquele que termina vencido, em vez de ver pacificado o conflito no qual se encontrava envolvido, agrega à insatisfação inaugural outra proveniente de uma decisão à qual em absoluto confere legitimidade.

É, portanto, absolutamente natural que nesse cenário as partes busquem o esgotamento de todos os meios que estiverem ao seu alcance, no afã de fazer prevalecer o que reputam ser seu direito.

Em nossa atividade profissional, na lida há mais de década e meia no contencioso judicial, raramente temos observado a preocupação dos magistrados em pacificar conflitos. Antes, é absolutamente comum o intuito de silenciar as insatisfações por meio de posicionamentos totalitários que, por certo, somente contribuem para o acirramento dos ânimos e a formação de um insustentável cenário de não confiabilidade no órgão julgador.

Não ignoramos o fato de que as partes, muitas vezes, buscam o Poder Judiciário não para solucionar conflitos através da aplicação do Direito ou da Justiça, mas para fazer prevalecer seus interesses. Tal questão, no entanto, dada sua relevância, será tratada em tópico específico.

Referimo-nos ao fato de se ter abandonado, no curso do tempo, as razões que conduziram à idealização de um sistema voltado à prestação jurisdicional, qual seja, a harmonização das relações sociais pela autoridade estatal.

Em verdade, o que se observa em uma parcela significativa dos julgamentos, especialmente aqueles realizados por órgãos colegiados, é a total abstração acerca da existência de vidas, histórias pessoais, economias de uma existência inteira, em jogo naquele momento. Julgam-se números, extensos aliás. Julga-se em massa, em bloco, no atacado e, por conseguinte, salvo raríssimas exceções, com fundamento em precedentes de questionável aplicabilidade, dadas as particularidades da causa em julgamento. Numa única sessão de julgamento do Tribunal de nosso Estado chega-se a julgar mais de duas centenas de recursos, a maioria por unanimidade, já que raramente a opinião manifestada pelo relator é objeto de qualquer questionamento.

Repita-se: estamos, também no tocante aos mecanismos de distribuição da Justiça, na era *fast*. Compromete-se a qualidade das decisões em nome de uma celeridade que, ainda assim, não se realiza.

O resultado desse complexo cenário é a já referida perda da confiabilidade em relação às decisões judiciais, não sendo de se estranhar que a quase totalidade das partes termine por somente engolir, mesmo assim de má vontade, a decisão proferida nos embargos declaratórios do agravo interno do agravo por instrumento da decisão que negou seguimento ao recurso especial/extraordinário. E isso pelo único e exclusivo fato de inexistir qualquer outro recurso que, se houvesse, seria certamente utilizado.

E que não se creia ser a supressão dos recursos a solução desse gravíssimo problema, sob pena de se adotar o comportamento do avestruz que, ante determinado cenário desafiador, afunda a cabeça no solo deixando seu corpanzil à mostra.

Finalmente, cumpre analisar com destacada atenção o problema atinente aos procedimentos de instrução probatória nos processos judiciais, em especial no que toca à realização de prova pericial.

No mesmo sentido do que até aqui se expôs, a nomeação de técnicos, via de regra, objetiva tanto mais a desoneração de uma obrigação do magistrado, que a busca de um resultado que inspire efetiva confiança nas partes por força da qualificação, probidade e imparcialidade do técnico nomeado.

Os peritos que servem ao Poder Judiciário raramente são especialistas nas matérias versadas nas provas técnicas que realizam. Tratam-se, em regra, de generalistas que servem ao magistrado em toda sorte de demandas, circunstância que muitas vezes se torna evidente por força da superficialidade de seus laudos e do não enfrentamento das questões de maior complexidade que lhes são submetidas.

Por óbvio, tal cenário em nada contribui para a formação de uma imagem confiável do Poder Judiciário perante os jurisdicionados, o que, como vimos, seria indispensável à consecução de seu objetivo primordial de pacificação de conflitos.

Apenas para propiciar maior reflexão a respeito do quanto aqui tratado, cumpre destacar que ainda hoje existe, no âmbito das relações estabelecidas pelos seguidores da doutrina judaica, o hábito de se submeter determinadas controvérsias à análise do denominado *Beit Din* que, em síntese, consiste em um grupo de três juízes leigos, todos rabinos, que recebe reclamações da mais variada ordem, toma depoimentos, analisa os argumentos apresentados por uma e outra parte e profere sentença, normalmente de conteúdo o mais possível conciliatório. Quando há desacordo entre os juízes, prevalece a decisão da maioria.

Referidas decisões não estão sujeitas a embargos, agravos, apelações, recursos especiais, extraordinários ou qualquer outro meio de questionamento. Todavia, são admitidas como a expressão do direito aplicável à espécie e apaziguam os demandantes pelo fato de ser conferida ao órgão julgador, por ambas as partes, a necessária legitimidade.

Assim, é fundamental que se enfrente, com a necessária atenção, o problema da crise de confiabilidade a que está submetido há muito tempo o Poder Judiciário.

Isso não significa, no entanto, que tenhamos a ingenuidade de acreditar que todo o problema da distribuição de justiça possa ser creditado às deficiências do órgão julgador.

Há uma série de outros fatores que influenciam na conformação desse complexo cenário e talvez a principal delas resida no espírito com o qual as partes se apresentam em juízo. É o que trataremos a seguir.

## CRISE DE MORALIDADE

Como anteriormente destacado, ao aforar determinada demanda, as partes muitas vezes buscam menos a identificação da solução que melhor atenda ao Direito, que a manipulação dos meios necessários à obtenção de um veredicto que atenda aos seus interesses imediatos, ainda que contrários à lei ou até mesmo à moral.

Curioso observar, no entanto, que ao assim agir, o indivíduo não crê estar contribuindo para o desvirtuamento do sistema jurisdicional. Trata-se, na sua nublada visão, de um fato isolado e inofensivo sob o ponto de vista das relações sociais.

Aliás, não é incomum que deixemos de identificar nas mazelas da sociedade o reflexo de nossos próprios comportamentos.

O indivíduo se enfurece ao chegar em casa e ser comunicado pela esposa que seu espelho retrovisor foi danificado por um motoboy que corria de forma irresponsável por entre os carros. Não se dá conta, todavia, da quantidade de vezes que, no âmbito de sua atividade profissional, exigiu ou ofereceu vantagem a determinada empresa de entrega de documentos para que fizesse chegar seus papéis a um cliente do outro lado da cidade em tempo recorde.

Doam-se aos filhos objetos adquiridos de vendedores ambulantes, ingressos comprados de cambistas e não se entende por qual razão eles adotam, no futuro, comportamentos incivilizados.

Oferece-se ao policial de trânsito determinado valor para que deixe de lavrar uma multa e se critica, durante o jornal televisivo noturno, o crescimento da corrupção no serviço público.

Enfim, colaboramos diariamente para a criação de uma sociedade viciada da qual somos, concomitantemente, as principais vítimas.

A intolerância e o comportamento contrário à pacificação de conflitos adotados pelas partes nos processos judiciais torna mais complexo, caro e ineficaz o sistema jurisdicional e isso, em regra, sequer é objeto de reflexão por parte dos operadores do direito.

Necessitamos menos de novos meios de solução de litígios e mais de comportamento cidadão.

No dizer do inigualável J. J. Calmon de Passos:

a tutela excelente das liberdades, pelo grau ótimo de eficácia, é a resultante da auto-limitação que os indivíduos se impõem. Esta coerção está presente sempre e é sempre plenamente eficaz quando operacionalizada, dispensando qualquer agente inibidor externo. É o que poderíamos chamar de ‘institucionalização do dever’. Falhando, sua falta é suprida pela sanção difusa da heterolimitação social. Diante do fracasso desses meios, lança-se mão do recurso extremo e menos desejável da sanção política institucionalizada de que se ocupa o Direito. (...) Daí este mundo de conflituosidade progressiva que estamos institucionalizando. Enfatizando o direito, ressalto minha superioridade em detrimento do outro; acentuando o dever, conscientizo-me de minha responsabilidade em relação ao outro. Valorizo-o e enalteço-o. Pacífico.

(...)

É a impotência dos homens, mediante suas instituições não-estatais, para prevenir e solucionar os conflitos oriundos de sua convivência que impõe a utilização dos mecanismos jurídicos de que a tutela jurisdicional é a última e mais representativa expressão. A presença do jurista – doutrinador, postulador ou julgador – denuncia a vitória da doença no corpo social, como a do médico comunica a vitória da doença no corpo biológico. Feliz a sociedade que precisa pouco de médicos. Feliz a sociedade que precisa pouco de juristas. O que ocorreu em nossos dias, entretanto, foi o oposto. A nossa perda de perspectiva nos levou à apologia da doença e do doutor, ao invés de cuidarmos da sua profilaxia e prevenção<sup>4</sup>.

Não restam dúvidas de que no atual cenário, com o sistema jurisdicional evidenciando sua insuficiência para a solução dos litígios, é mais que bem-vinda a elaboração de meios alternativos de pacificação de conflitos, como o é, por excelência, a arbitragem.

Todavia, se não refletirmos acerca dessas complexas questões atinentes, de um lado, ao despreparo daqueles a quem é conferido o poder de julgar (juiz de direito, árbitro, mediador etc.), e de outro, a ausência de interesse efetivo das partes litigantes na obtenção de uma solução justa e não que simplesmente lhe atenda os interesses mais imediatos, estaremos expostos ao seriíssimo risco de transferir para esses meios outros, os vícios que hoje atingem o sistema de distribuição jurisdicional.

<sup>4</sup> <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3199>

## HERANÇA PERNICIOSA

Ao prever tal contaminação não estamos realizando mero exercício amargo de futurologia. Pelo contrário. Essa herança já se faz presente em boa parte dos procedimentos arbitrais em curso em nosso país.

É notória, por exemplo, a dificuldade enfrentada pelas partes na escolha do(s) árbitro(s). Tal medida, não raras vezes consome mais tempo que o do seu próprio desenvolvimento.

Há, sem dúvida, diversas razões para isso. No entanto, a mais expressiva delas é que cada parte procura fazer prevalecer a escolha daqueles árbitros em relação aos quais tenham prévia ciência, ou ao menos a forte crença, de que tenderão a beneficiá-la.

Raramente se busca um procedimento arbitral presidido por profissionais equidistantes dos interesses das partes, ou das teses por elas defendidas, num propósito efetivo de pacificação do conflito.

A função de árbitro, por sua vez, ao invés de ser desenvolvida por indivíduos efetivamente vocacionados ao exame de determinados assuntos e solução dos conflitos a ele atinentes, tornou-se, em muitos casos, uma simples alternativa de trabalho, sendo não raras vezes realizada por técnicos e operadores do direito sabidamente tendenciosos.

Assim, especialmente após uma ou mais experiências malsucedidas, a parte “*aprende*” que, ao constituir um tribunal arbitral deve, de um lado, proteger-se contra as investidas da parte contrária no sentido da nomeação de técnico sabidamente favorável ao ponto de vista por ela defendido e, do outro, fazer gestões silenciosas para a identificação de árbitros que atendam aos seus interesses.

Outro fenômeno que infelizmente tem maculado os procedimentos arbitrais é o distanciamento, por parte do árbitro, a exemplo do que ocorre com os juízes de direito, da atribuição de buscar, por todos os meios de que dispõe, o conhecimento da verdade possível, visando à prolação de decisão dotada da mais efetiva legitimidade.

Com efeito, não raras vezes nos deparamos com árbitros formalistas e até mesmo burocráticos, os quais, à toda evidência, estão com suas preocupações voltadas ao desfrute da “privilegiada condição” de *juiz por um dia*.

Enfim, muitos são os exemplos que evidenciam uma tendência de contaminação dos meios alternativos de solução de conflito, com especial ênfase na arbitragem, circunstância que nos exige redobrada cautela.

## UMA PROPOSTA

Entendemos que o enfrentamento das complexas questões até aqui referidas passa, necessariamente, pela constituição de organismos vocacionados (i) à constituição de câmaras de mediação e arbitragem dotadas de inquestionável excelência em áreas específicas do conhecimento, tendo em seus quadros, exclusivamente, árbitros com diferenciada formação e experiência, bem como consciência da importância da função que exercem, (ii) ao compromisso com o apuro técnico na realização de exames e perícias, valendo-se, para isso, de profissionais e centros técnicos de excelência, reconhecidamente capazes e idôneos para tal atividade e, finalmente (iii) à realização de cursos de formação e qualificação de árbitros e mediadores.

Considerando-se não somente as particularidades que singularizam o direito do seguro, mas principalmente o fato notório de que a maior parte dos operadores do direito não possui conhecimentos elementares acerca dos princípios básicos que o regem, bem como dos elementos de ordem técnica que estruturam a operação de seguro, difícil será identificar uma área do conhecimento na qual se fizesse mais urgente a constituição de entes como aqueles aqui analisados.

Essa relevantíssima área do direito não dispõe hoje de entes efetivamente capacitados ao enfrentamento das complexas questões técnico-jurídicas havidas no âmbito das relações entre segurados, seguradores, corretores, resseguradores e retrocessionários.

Possui o Instituto Brasileiro de Direito do Seguro como finalidade, prevista em seus estatutos (art. 2º), “o fomento ao estudo do direito do seguro, sua divulgação e aprimoramento”.

Visando à consecução de tal finalidade tem, desde sua constituição, realizado muitos atos no sentido do incentivo e patrocínio do estudo aprofundado dessa especialíssima área do direito, como sejam a promoção de cursos, seminários e palestras, a edição de livros e produção de filmes, dentre muitas outras iniciativas.

No exercício de tal atribuição, não somente se firmou o IBDS como uma referência ética e acadêmica no âmbito do direito do seguro, como estabeleceu relações profundas com entes nacionais e estrangeiros, como sejam o Instituto de Seguros de Lion – entidade vinculada à Universidade Lion III –, a Fundação Científica Jean Bastin, a Fundação Getúlio Vargas etc., além de técnicos e juristas da mais destacada qualificação, como sejam, por mero exemplo, os Profs. Ruben Stiglitz, José Maria e Maria Luíza Muñoz Paredes, Luc Mayaux, Hubert Groutel, Alberto Monti, Luigi Farenga, Judith Martins-Costa, dentre tantos outros.

Paralelamente, sempre houve a preocupação daquele Instituto em lançar luzes no debate das mais intrincadas questões securitárias por meio do convite sistemático a juristas afeitos a outras áreas do direito, além de técnicos das mais diversas áreas do conhecimento.

Assim, é simples observar que se encontra o IBDS naturalmente vocacionado à adoção das providências aqui sugeridas.

Em seu instrumento de constituição, há expressa previsão (art. 4º, VII) de que para a obtenção de sua finalidade deverá “promover a arbitragem e outros meios especiais de jurisdição contenciosa e voluntária de qualquer modo concernentes a relações securitárias”, bem assim que um dos meios para o alcance de seus objetivos (art. 5º, IX) é a “instituição ou colaboração para a instituição de órgão, painel ou câmara de arbitragem ou mediação voltada à solução de controvérsias concernentes a relações securitárias.”

Parece-nos, pois, não somente oportuno como urgente que se adotem as providências necessárias à constituição de câmara de mediação e arbitragem no âmbito do IBDS, contando, para tanto, com o suporte dos diversos profissionais e entes técnicos de singular destaque, nacional e internacional, que desde a sua constituição vêm colaborando para o fomento do direito do seguro, possibilitando, com isso, que as múltiplas partes envolvidas nas relações securitárias possam ali encontrar um centro de excelência habilitado à solução de seus conflitos.

## ARBITRAJE

*Pablo Medina Magallanes*

Membro do Conselho Diretor do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS  
Advogado

### I. CONCEPTO

Es el acuerdo privado mediante el cual se muda la facultad de *juris dicere* originaria de los órganos judiciales, a personas ya físicas ya jurídicas públicas o privadas, para que sean ellas quiénes resuelvan una controversia, sin que la resolución que se dicte sea ejecutiva.

### II. DIFERENCIA ENTRE EL ARBITRAJE Y FIGURAS AFINES

#### II.1. Arbitraje y transacción

La transacción “es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan provocar un pleito o ponen término al que había comenzado”<sup>1</sup> y se configura como un medio de autocomposición de conflictos, el arbitraje, por la inter-

<sup>1</sup> Código Civil, Artículo 1809, Madrid España, 1995.

vención de un tercero que dirime la controversia, se define como un método de heterocomposición de matiz jurisdiccional.

## II.2. Arbitraje y conciliación

La conciliación es la actividad previa al inicio de un proceso, desplegada por las partes con el fin de lograr la solución ante un conflicto de intereses<sup>2</sup>. Así la función del conciliador es la de intentar avenir a las partes, su actuación está limitada a intentar lograr un acuerdo entre las partes, mientras que el árbitro decide el fondo de la controversia jurídica surgida entre las partes.

Una de las diferencias más importantes es la que refiere a que el conciliador no se pronuncia sobre la cuestión controvertida sino que su gestión se limita a realizar gestiones tendientes a que las partes lleguen a un acuerdo, no así el árbitro que conforme a principios de derecho dicta un laudo en la cual plasma su decisión.

## II.3. Arbitraje y mediación

La mediación es un contrato por virtud del cual se ofrece una recompensa a una persona, si ésta logra que se lleve al cabo un negocio jurídico. Se dice que es un contrato de resultado.

## II.4. Arbitraje y peritaje

El peritaje se constituye como un medio probatorio “cuando para conocer o apreciar algún hecho de influencia en el pleito, sean necesarios o convenientes los conocimientos científicos, artísticos o prácticos”.<sup>3</sup>

Por lo anterior, la actuación del perito se constriñe a informar, según su leal saber y entender y de acuerdo a sus conocimientos técnicos o científicos a diferencia del árbitro, quién decide sobre una cuestión controvertida.

Otra diferencia importante es que la opinión del perito no es vinculante para las partes, toda vez que el órgano decisorio debe apreciar la prueba cuya finalidad es servir a la convicción del juez, o a las partes, acerca de algún extremo, pero que en sí misma no resuelve diferencia alguna.

<sup>2</sup> Tapia Fernández, Enciclopedia jurídica básica, dirigida por Alfredo Montoya Melgar, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

<sup>3</sup> Albanés Membrillo, Antonio, El arbitraje y el contrato de seguro, Revista Española de seguros, Número 55, julio – septiembre, España, 1988.

### III. CAUSAS POR LAS CUALES EXISTE EL ARBITRAJE

Es un tema recurrente al menos en Latinoamérica, el que ante la crisis que afecta a los poderes judiciales, ya sea por su:

- i. Lentitud,
- ii. Inexperiencia,
- iii. Desconocimiento de las materias a resolver,
- iv. Corrupción, etc.

Se busque una alternativa que permita resolver las controversias que se susciten.

En un artículo publicado por la revista *Harvard Business Review*, se analizan algunos aspectos que muestran cuando los mecanismos alternos para la resolución de conflictos, como el arbitraje, se traducen en menores costos, rápida resolución de disputas y arreglos que preservan y mejoran las relaciones, y por el contrario, cuando estos mecanismos se pueden constituir en prácticas que recrean en un sistema judicial privado serias similitudes con los litigios que se busca evitar la jurisdicción ordinaria, lo cual se traduce en grandes ahorros de tiempo, dinero y relaciones.

A nivel internacional se ha establecido el arbitraje como un método de solución de conflictos debido al incremento de acuerdos y al número de transacciones de negocios entre las naciones, por lo cual se incrementan a la vez el número de conflictos, por lo cual se han establecido colegios arbitrales o paneles de arbitraje dentro de los mismos acuerdos los cuales evitan la prolongación de litigios en las cortes que pueden ser “largos y costosos y perjudican las relaciones de negocios y ponen en peligro el trato para futuras negociaciones”.<sup>4</sup>

### IV. CARACTERISTICAS DEL ARBITRAJE

#### IV.1. Solución eficaz para prevenir y resolver conflictos

En un mundo cada vez más interrelacionado con economías más abiertas y con una mayor integración de los mercados, las transacciones comerciales se incrementan y debido a la gran variedad de productos y servicios que se ofrecen, se incrementan también, en número y complejidad.

<sup>4</sup> Centro de Resolución de Controversias México - Estados Unidos (CRC)

El arbitraje se impone como un instrumento útil y eficaz no sólo para resolver, sino para prevenir los conflictos y controversias mercantiles que se puedan plantear sin distinción de cultura jurídica, nacionalidad o sector económico<sup>5</sup>.

En la materia internacional, es eficaz porque los laudos son ejecutados más fácil y rápidamente que las decisiones jurisdiccionales de los países, ya que no hay conflicto de soberanía ni de orden público, al ser principalmente mercantiles y las partes al desear, muchas veces, mantener la credibilidad comercial los acatan de buena fe, característica especialmente relevante en el seguro.

Entre particulares, el arbitraje es un mecanismo eficaz porque la decisión del árbitro es vinculatoria para las partes, a grado tal que su ejecución es forzosa una vez que se ha emitido el laudo.

## IV.2. Confidencialidad

Cuando una controversia es sometida a los tribunales de cualquier país, la información respecto a las resoluciones y el sentido de las mismas es público, no así el arbitraje en el cual puede pactarse dentro del convenio arbitral que tanto las actuaciones de ambas partes como la resolución final sólo sean conocidas por las partes, solicitando al administrador del arbitraje que se lleve a feliz término la determinación de las partes.

## IV.3. Rapidez y flexibilidad en el procedimiento

Dentro del pacto arbitral las partes pueden establecer los plazos y las reglas procesales por las cuales se regirá el procedimiento<sup>6</sup> con la finalidad de dar oportunidad al árbitro de conocer a fondo la controversia que se le plantea y que éste pueda emitir su laudo en un período perentorio.

## IV.4. Economía

Al acortarse el proceso, los costos son menores. Con dos grandes ventajas, puede conocerse de antemano los honorarios del árbitro ya que es posible pactar el monto según la complejidad del asunto y por otro lado, se conoce desde un inicio los costos de adminis-

<sup>5</sup> Promocional del Tribunal de Arbitraje, Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Almería España.

<sup>6</sup> Código de Comercio de México.

tración en función ya sea al monto de lo controvertido, al grado de dificultad para llegar a tener todos los elementos de juicio o simplemente por asunto.

#### IV.5. Garantía Jurídica

Tras el dictamen existe la certeza jurídica de que el laudo se cumplirá, ya sea de manera voluntaria u obligatoria si se da el caso. Una vez firme, el laudo tiene la misma eficacia y es ejecutable en los mismos términos que una sentencia judicial.

#### IV.6. Especialización

Los organismos encargados de la administración de arbitrajes, en sus países, cuentan con listas de árbitros especialistas que pueden dirimir en un momento determinado, un asunto específico con un alto grado de especialización en la materia que les sea sometida.

#### IV.7. Lugar de celebración

Con independencia del fuero jurisdiccional precedente, las partes cuentan con absoluta libertad para elegir a un árbitro no establecido inclusive en el país o que el arbitraje se lleve a cabo en lugar distinto al que a las partes corresponde por razón de su domicilio o de donde se llevó a cabo el acto e comercio.

#### IV.8. Adopción de medidas cautelares

Las legislaciones que establecen el procedimiento del arbitraje, tal es el caso de España, también establecen medidas cautelares para que en caso de incumplimiento, exista una garantía suficiente para poder cumplimentar el laudo.

### V. REQUISITOS PARA ACUDIR AL ARBITRAJE

#### V.1. Pueden ser parte en un arbitraje

Según lo establecido en el Código de Comercio vigente en el Estado Mexicano podrán someterse al arbitraje “solamente las personas capaces...” lo cual se explica como toda aquella persona física que cuente con capacidad de goce y de ejercicio conforme a la legislación civil o persona moral con plena capacidad para someter sus diferencias.

## V.2. Materias que pueden someterse al arbitraje

Toda diferencia comercial puede ser sometida a arbitraje y de las otras materias, excepto:

- a) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme.
- b) Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitiva firme.
- c) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio, o de personas de entes de derecho público.
- d) Que versan sobre el estado o capacidad civil de las partes.
- e) Las relativas a bienes o derecho de incapaces, sin previa autorización judicial.

## VI. TIPOS DE ARBITRAJE

### VI.1. Arbitraje institucional

En este tipo de arbitraje “las partes convienen en someter determinada controversia a un centro de arbitraje de alguno de los órganos institucionales tales como las cámaras de comercio y cualesquiera otras asociaciones nacionales o internacionales existentes, las organizaciones vinculadas a actividades económicas e industriales; las organizaciones cuyo objeto esté relacionado con la promoción de la resolución alternativa de conflictos, y las demás asociaciones y organizaciones especializadas en la solución de controversias”.<sup>7</sup>

Cada una de esas organizaciones tiene la obligación de regular todo lo concerniente al procedimiento arbitral en sus reglamentos internos o estatutos sociales.

### VI.2. Arbitraje Independiente

En este tipo de arbitraje, “la controversia se resuelve mediante los árbitros designados por las partes, de conformidad con el convenio respectivo y a través del procedimiento establecido por las partes”<sup>8</sup>. En este caso, corresponde a las partes designar el número de árbitros que deseen llevar a cabo el procedimiento.

<sup>7</sup> Reglero Campos, Fernando, *El arbitraje*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

Asimismo el Código de Comercio mexicano establece una segunda división en cuanto a los tipos de arbitraje según su alcance y territorialidad:

### **VI.2.1. Nacional**

En el cual se aplica la ley del Estado Mexicano y a falta de procedimiento expreso se aplicarán las disposiciones del Código o en su defecto, las del Código de Procedimientos Civiles de la entidad federativa en la cual se realice el arbitraje.

### **VI.2.2. Internacional**

En el cual se aplica lo establecido en los convenios y tratados internacionales que México haya signado con otros países y se someterán las controversias a las instancias que dentro del mismo tratado o convenio se haya establecido.

## **VII. DEL ÁRBITRO**

Las partes, en el convenio arbitral deberán establecer el número y la identidad del o los árbitros.

Idealmente y según lo que establece la revista *Publicaciones - Publications*<sup>9</sup> el número de árbitros debe ser impar, preferentemente un órgano colegiado que conste de tres árbitros, uno designado por cada parte y un tercero designado de común acuerdo por los dos árbitros, con la única finalidad de que los acuerdos se tomen al menos por mayoría, siendo el ideal que se tomen por unanimidad.

También existe el caso de que se elija por las dos partes un solo árbitro, en aquéllos asuntos en los cuales las partes consideren que el litigio puede ser resuelto por un árbitro singular.

Para el caso de que alguna de las partes no designara a su árbitro, la legislación mexicana establece la obligación al juez, de nombrarlo en rebeldía de la parte que no lo designó. En este caso el árbitro puede ser recusable, pero si no existe oposición quedará firme en su encargo. Una vez recusado y que no exista nuevo nombramiento, el juez podrá volver a nombrar árbitro, con la capacidad de que pueda ser el mismo árbitro recusado sin que esta vez la parte rebelde pueda hacer uso de su derecho de recusación.

<sup>9</sup> Lynch, Horacio M., *Revista Publicaciones - Publications*, artículo Arbitraje en Argentina, Pag. 42, Buenos Aires, 1997.

## VII.1. Árbitro de estricto derecho

Es aquél que requiere forzosamente de apearse y observar las disposiciones de derecho en la fundamentación de laudos a este árbitro.

## VII.2. De Equidad (A verdad sabida y buena fe guardada)

Es el que procede con entera libertad, según sea más conveniente al interés de las partes sin guardar estrictamente el procedimiento establecido en las leyes y normando su criterio conforme a su apreciación personal.

## VIII. PERFIL DEL ÁRBITRO

Se ha discutido verdaderamente sobre la calidad del árbitro y se ha concluido, según una encuesta realizada por la revista *Publicaciones – Publications* mencionada, que el árbitro debe ser una persona de gran calidad, especialista en la materia que se someta a su consideración y un punto que se destaca lo es la importancia tanto del prestigio del árbitro como el de la institución que administra el arbitraje, desde el punto de vista académico, sin que sea requisito indispensable que sean abogados, ya que para entrar al fondo del asunto es necesaria su amplia capacidad técnica e inclusive científica y con el apoyo de un ente administrador dar las formalidades que requiera el desarrollo del procedimiento y el laudo.

## IX. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

Esta cláusula también es denominada acuerdo de arbitraje ya que en ella se deja constancia de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje.

Es “la estipulación o pacto por virtud del cual las partes que celebran un contrato se obligan expresamente y por escrito a someter las diferencias que por razón del contrato puedan surgir, a la decisión de árbitros y no a la justicia ordinaria”<sup>10</sup>.

Requisitos del compromiso:

1. Nombre de las partes.
2. Acreditación de la personalidad jurídica de las partes.
3. Identificación de las diferencias o conflictos, objeto del arbitraje.

<sup>10</sup> Promocional del Centro de Conciliación y Arbitraje, *Métodos alternativos de solución de controversias*, Cámara de Comercio de Manizales, México, 1999.

4. Nombre del árbitro o árbitros designados o forma precisa de hacer la designación.
5. Indicación del proceso en curso, cuando a ello hubiere lugar.

## X. LEY APLICABLE

Las partes de común acuerdo podrán elegir la Ley que deba regir respecto al fondo del litigio, a menos que esta elección no fuere válida por disposición de orden público.

En caso de que las partes no elijan la ley aplicable, el árbitro o colegio arbitral lo determinará tomando en cuenta las características y conexiones del caso.

## XI. EL LAUDO

Es la determinación o resolución que ha tomado el árbitro y forzosamente deberá ser dictado por escrito y firmado por los miembros del tribunal<sup>11</sup>, se dice que si el arbitraje es colegiado bastará con la firma de la mayoría, siempre que se establezca constancia de la falta de las demás firmas y de los votos salvados consignados.

Un requisito formal para la eficiencia del laudo lo es la notificación, la cual deberá ser personal, y acompañar una copia firmada por los árbitros.

## XII. FUERZA LEGAL PARA LA EJECUCIÓN DEL LAUDO

El Código de Comercio de México, específicamente establece que el laudo dictado por los árbitros y una vez que se hayan cumplido con las formalidades del caso, incluyendo la notificación a las partes, éstas contarán con el período de tiempo que el árbitro les haya concedido para su cumplimiento, quedando como cosa juzgada vinculante y con la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial firme.

Por lo tanto y si alguna de las partes no cumple con el laudo, su ejecución se realizará por medio del juez de primera instancia conforme a los trámites establecidos para la ejecución de sentencias, por lo que se considera que relativamente es rápido su cumplimiento.

## XIII. EL ARBITRAJE EN MATERIA DE SEGUROS

En México durante muchos años se contempló en la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros el que era indispensable so pena de ser una excepción

<sup>11</sup> Ibidem.

dilatatoria en el juicio en caso de no realizarse una etapa conciliatoria ante la Comisión Nacional de Defensa a los Usuarios de los Servicios Financieros<sup>12</sup> (antes se agotaba ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas) cuya función es la de conminar a las partes a que lleguen a algún acuerdo, si no se lograba la Comisión procede a ofrecer el arbitraje que ésta Comisión está obligada a otorgar en caso de que las partes así la elijan. Este arbitraje podrá ser de estricto derecho o en amigable composición.

Cuando alguna de las partes no esté de acuerdo en someter sus diferencias al arbitraje, lo hará del conocimiento de la Comisión en la audiencia respectiva dejando a salvo sus derechos y pudiendo presentar su demanda ante la autoridad judicial.

La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas tuvo un excelente desempeño en el desarrollo de los arbitrajes, sin embargo una figura poco explorada es la de la amigable composición ya que hasta ahora las partes, en la gran mayoría de los casos, cuando se sometían al arbitraje de la Comisión lo han hecho mediante el de estricto derecho.

Cabe agregar que la CONDUSEF, ha sido realmente poco usada como árbitro, ya que el que ser el protector y defensor de una las partes, impide que la otra lo vea con buenos ojos.

Por otro lado, conviene mencionar que el arbitraje privado es una figura poco usual en el derecho mexicano y ello debido, en nuestra consideración, a las causas expuestas en el estudio realizado por la revista Publicaciones - Publications<sup>13</sup> en la que se establecen como posibles causas de la poca utilización:

- Falta de confianza:

De alguna de las partes y su abogado. Se aduce que siempre hay una parte que no quiere someterse al arbitraje. En ocasiones le ha sido impuesto y se siente en inferioridad de condiciones, ya que cada una de las partes se considera la parte "débil" para someter su decisión al arbitraje y considera que tiene mayor oportunidad para probar su acción, excepción o derechos ante las autoridades judiciales.

- Difusión:

Se insiste mucho en la falta de difusión del arbitraje privado como método alternativo, por lo cual se da como una opción no explorada y en especial cuando ni siquiera se conocen los organismos administradores de los mismos.

El público en general no conoce qué es el arbitraje, cuáles son las ventajas de su uso y los beneficios que trae consigo para las partes.

<sup>12</sup> Comisión Creada por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 17 de diciembre de 1998 y que entró en vigor el 18 de marzo de 1999.

<sup>13</sup> Lynch, Horacio M., Revista Publicaciones - Publications, artículo Arbitraje en Argentina, Pag. 42, Buenos Aires, 1997.

- Animosidad de la Justicia

Se menciona una mala disposición por parte de la justicia ya que no adoptó una actitud que haya favorecido y respaldado el arbitraje, sino por el contrario, se ha buscado restringir al mínimo su campo. Se le ha visto como una indeseada “competencia”. Sin embargo, los especialistas señalan un cambio en esta tendencia durante los últimos años, circunstancia que, empero, aún no ha determinado una mayor utilización del arbitraje.

- Inadecuada regulación

Se menciona también la ausencia de una adecuada regulación legal – en Argentina si existe una ley que lo regula -, ya que en el caso argentino su legislación no prevé medidas precautorias para garantizar el cumplimiento, por lo cual el árbitro no puede dar fuerza ejecutoria a su decisión. Por otro lado no puede tampoco allegarse de pruebas directamente, sino que tiene que accionar el mecanismo judicial para lograr alguna de ellas, lo cual entorpece su función.

- Cláusula compromisoria y compromiso posterior

Dentro del procedimiento argentino se ha establecido la existencia de una cláusula compromisoria inicial (antes de que surja la controversia) que prevea la posibilidad de su uso, sin embargo existen tribunales, especialmente los norteamericanos que cuando exista una disputa, la cláusula compromisoria sea perfeccionada con un nuevo acuerdo en el que se definan los puntos del litigio, se determinen árbitros y se acuerden los aspectos particulares del caso.

## ARBITRAGEM E SEGURO

*Selma Maria Ferreira Lemes*

*Doutora em Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo (USP)*  
*Mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP)*  
*Professora e Coordenadora do curso de arbitragem do GVLaw da*  
*Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (EDES/FGV)*  
*Advogada*

Agradeço o convite para participar deste Congresso e congratulo-me com os organizadores pela excelência do evento. É um grande prazer estar aqui para tratar da arbitragem em seguros, área na qual há ampla possibilidade de aplicação da arbitragem, por suas especificidades, por suas características técnicas, sendo oportuno que no tribunal arbitral (arbitragem com vários árbitros, sempre em número ímpar) ou na arbitragem singular (árbitro único) haja um profissional da área.

Participamos de alguns painéis de arbitragem na área de seguro, às vezes atuando como presidente ou como coárbitra e com profissionais extremamente habilitados, competentes, inclusive alguns aqui desta plateia. A arbitragem se mostra adequada para esta área técnica e complexa que é a de seguros, bem como propicia a resolução rápida do conflito, que, se levado aos tribunais, certamente demandaria muitos anos para que a sentença de primeira instância fosse expedida.

Ademais, como salientou o Dr. Maurício na palestra precedente, verifica-se um maior comprometimento das partes, da legitimidade do tribunal arbitral. As partes têm a possibilidade de nomear árbitros, pessoas independentes, imparciais, com habilidade profissional. Por ser um *expert* na matéria técnica, há o que se denomina de simetria de informações, ou seja, uma maior facilidade para o tribunal arbitral entender a matéria, mas também um comprometimento muito grande da parte, porque foi ela que teve a liberdade de indicar aquele árbitro. Ela (a parte) está diretamente compromissada com o resultado. Confia que o árbitro decidirá a questão corretamente. A parte teve a liberdade de indicar o árbitro, mas o árbitro indicado está investido para julgar em nome das partes; não está vinculado à parte que o indicou. Seu compromisso é com sua consciência e decidir de acordo com seu livre convencimento e a lei. Nestas bases, por haver um comprometimento das partes na indicação do árbitro, nota-se uma aceitação maior da decisão e as estatísticas demonstram que são poucas as sentenças arbitrais anuladas, inclusive na área de seguros.

Após esta breve introdução, propomos percorrer o tema “Arbitragem e Seguro” sob duas óticas. A primeira, da (i) arbitragem em contrato de adesão e as relações de consumo. A segunda, que nos parece interessante abordar é (ii) a questão da intervenção de uma seguradora em um processo arbitral sem ter firmado a convenção de arbitragem, isto é, a possibilidade da participação de um terceiro na arbitragem, mesmo sem ter firmado a cláusula compromissória, que, na linguagem do direito arbitral, denomina-se “extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias”.

Saliento que não vamos tratar das particularidades do instituto jurídico da arbitragem. Iniciaremos com a definição de arbitragem: “*Arbitragem é uma forma extrajudicial de solução de conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis em que as partes, maiores e capazes, elegem um terceiro independente e imparcial para dirimir a controvérsia*”. Portanto, advêm duas premissas básicas do conceito de arbitragem. A primeira, diz respeito à arbitrabilidade subjetiva: quem pode se submeter à arbitragem? Pessoas capazes de contratar. A segunda, a arbitrabilidade objetiva: o que pode ser submetido à arbitragem? Questões patrimoniais de direitos disponíveis. Portanto, na área cível, comercial, empresarial, financeira, praticamente tudo pode ser submetido ao procedimento arbitral. O que não pode ser submetido à arbitragem? Não podem ser submetidas à arbitragem matérias de Estado, Direito Tributário, Direito Penal, por não serem de direitos disponíveis.

Vale salientar que a arbitragem não vem concorrer com o Poder Judiciário, mas auxiliar na administração da Justiça, assim como todos os métodos extrajudiciais de solução de conflitos, tais como a mediação, a negociação, os *dispute boards* etc. Estes

últimos são comitês criados para tratar de questões complexas em contratos de longa duração, como, por exemplo, contratos de concessão de obras públicas, no qual se institui um comitê técnico de *experts*, os quais, surgindo um conflito durante a obra, são chamados a dar uma opinião sobre aquela questão. A opinião emitida não é vinculante, mas tem a função de ser um sinalizador e auxiliar as partes sobre a possível solução para o conflito.

Na legislação brasileira, a arbitragem está regulada na Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Isto não quer dizer que antes desta Lei não tivéssemos o instituto regulado no nosso ordenamento jurídico. Sempre foi tradição do direito brasileiro prever a arbitragem. Encontramo-la nas Ordenações Filipinas, na Constituição Imperial de 1824, em leis esparsas, nos Códigos Civis e Códigos de Processo Civil. Os textos em vigor antes da Lei de Arbitragem, Código Civil e Código de Processo Civil eram obsoletos, pois não previram, não regulamentaram um dos principais dispositivos para se dar início à arbitragem. A lei anterior não previa a figura da cláusula compromissória como instrumento vinculante à instituição da arbitragem. A legislação anterior regulava apenas o compromisso arbitral, ou seja, havia a necessidade de se firmar, após o conflito surgido, o compromisso arbitral. A lei nova veio e tratou da matéria na acepção de convenção de arbitragem, ou seja, um gênero que prevê as espécies cláusula compromissória e compromisso arbitral. A cláusula compromissória é a cláusula inserida no contrato ou em documento apartado, no qual as partes estabelecem que todos os conflitos e dúvidas surgidos na interpretação e execução daquele contrato serão dirimidos por arbitragem. Conforme previsto na Lei de Arbitragem, ambos são instituidores da arbitragem e não há a necessidade, diante de cláusula compromissória cheia, de se firmar o compromisso arbitral posterior.

Uma das características mais importantes da legislação brasileira de arbitragem é que ela é sempre voluntária. Toda a essência da lei está pautada no princípio da autonomia da vontade, desde o momento da opção por solucionar o conflito por arbitragem, como também competirá às partes decidir sobre uma série de questões referentes ao procedimento arbitral: a lei aplicável, o número de árbitros, se a arbitragem será administrada ou *ad hoc* etc. Enfim, é o princípio da autonomia da vontade que regula a base na qual a arbitragem se desenvolverá.

### (i) Arbitragem e os contratos de adesão

Na área de seguros, por suas peculiaridades contratuais, impõe-se atentar para o disposto no artigo 4, § 2º, que regula a arbitragem em contratos de adesão. Os contratos de seguro, geralmente, são contratos de adesão, os quais, por sua vez, têm reflexos nas

relações de consumo. O que fez a Lei de Arbitragem para tratar desta questão? Ela deu um tratamento especial para cláusulas de arbitragem em contratos de adesão. E aqui fazemos um esclarecimento histórico do texto da lei. Quando o anteprojeto da Lei de Arbitragem foi apresentado, o referido artigo tinha a seguinte redação: “*Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem*”. Este enunciado pautou-se no direito comparado, que, ao regular a matéria em relação de consumo, em contratos de adesão, atenta que a arbitragem só terá eficácia se o aderente desejar.

O Anteprojeto de Lei de Arbitragem recebeu essa redação ao ser apresentado ao Congresso. Todavia, quando tramitava na Câmara dos Deputados foi complementado: “*Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, [e aqui vem a segunda proposição] ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo em negrito, com assinatura ou visto especial para essa cláusula*”. Desta forma, na redação que prosperou, há duas maneiras de utilizar a arbitragem em contratos de adesão: a primeira é quando a cláusula compromissória não esteja em negrito ou em documento apartado ou com visto especial, isto é, uma cláusula compromissória comum. Esta cláusula só terá eficácia se o aderente desejar.

A segunda, desde que verificadas as condições previstas na Lei (em negrito, com visto especial para a cláusula ou em documento apartado) terá efeito vinculante. Todavia, nota-se que matérias referentes às relações de consumo são matérias extremamente sensíveis, tratadas com cautela, nas quais a informação e a transparência são prioritárias para a ciência do consumidor, do aderente, impondo-se a perfeita ciência do que está assumindo e o que a cláusula compromissória representa.

Infelizmente verifica-se, às vezes, abusos nesta área. Por exemplo, a cláusula está em negrito, mas o consumidor não lê; o aderente não lê e não sabe o que significa a cláusula compromissória ou cláusula arbitral. Quando surge o conflito é que percebe o que a cláusula compromissória representa. Assim, o que se tem feito para evitar este problema da arbitragem em relações de consumo, em contratos de adesão? Tem-se elaborado um sistema chamado “oferta de arbitragem”. O contrato possui uma cláusula compromissória, mas também se permite que, se o aderente desejar, dirija-se ao judiciário. Ou seja, se preserva o primeiro enunciado, a primeira proposição do texto do artigo 4º, § 2º da lei. Se o aderente desejar, pode ser resolvido por arbitragem. Se não, pode ser resolvido pela forma usual, por meio da propositura de demanda no foro.

É importante notar que iniciativa como a relatada (oferta de arbitragem) tem por objetivo incentivar o uso da arbitragem. Esta pode ser praticada, desde que se adotem as cautelas apropriadas.

Qual seria a sugestão de redação de uma cláusula arbitral em contratos de adesão? Que seja simples, clara e transparente, isto é, que seja inteligível para o cidadão comum e de operacionalização acessível. Não se pode dispor da arbitragem num contrato de adesão prevendo a arbitragem administrada por uma câmara de arbitragem localizada em Vitória, no estado do Espírito Santo, por exemplo, se o consumidor reside em São Paulo. Referida disposição poderia representar denegação de justiça. Portanto, a maneira de operacionalizar a arbitragem em contratos de adesão requer um tratamento especial para poder ser exequível.

Existem práticas internacionais na área de relação de consumo, por meio das quais as empresas fazem convênios com instituições de arbitragem, que têm quadros de árbitros independentes e imparciais. Quando as empresas aderem a este sistema colocam um selo nos seus produtos informando que se submetem ao sistema de arbitragem. Este selo traz uma mais-valia para a empresa, pois demonstra um comprometimento com o consumidor, com a sociedade e melhoria de imagem para a empresa frente ao público. Contribui para o reconhecimento de sua responsabilidade social.

Retornando ao direito brasileiro, verificamos que existe um outro complicador para a arbitragem em contratos de adesão, haja vista o disposto no Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078, de 1990. O artigo 51, VII do CDC regula as cláusulas abusivas: “*são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que determinem a utilização compulsória da arbitragem*”. Portanto, a um primeiro plano, poder-se-ia pensar que há uma vedação peremptória do uso da arbitragem.

Todavia, ao se aprofundar no tema verifica-se que o CDC tem o nome de Código, mas é Lei Ordinária e, como tal, submeteu-se ao processo legislativo no Congresso Nacional. O CDC é de 1990; a Lei de Arbitragem de 1996 é uma lei especial. Portanto, o que se entende em termos de interpretação legal? Que o CDC, no que tange a este dispositivo, está revogado. Evidentemente há opiniões que discordam deste entendimento. Observo que estudamos a questão com profundidade no nosso livro *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem* (Rio de Janeiro: Forense, 1999) em coautoria com Pedro Batista Martins e Carlos Alberto Carmona. O inciso VII do artigo 51 está, ao nosso sentir, revogado. Saliente-se que na redação original do Anteprojeto de Lei essa revogação era textual. Todavia, na oportunidade em que o Projeto de Lei de Arbitragem estava em votação no Congresso (ingressou em 1992), houve resistência em alterar e revogar

este dispositivo do CDC, porque estava este em vigor há pouco tempo e, em respeito à estrutura do sistema consumerista recém-implantado, não era conveniente alterá-lo. Enfim, entendemos que referida disposição do CPC está revogada. Primeiro, porque a Lei de Arbitragem é posterior. Segundo, porque o CDC trata da arbitragem compulsória, algo que não se coaduna com a lei nova. No sistema arbitral brasileiro não existe arbitragem compulsória. Quando a matéria foi disposta no CDC, a lei em vigor só regulava o compromisso arbitral. A Lei nº 9.307/96 regula a arbitragem de modo absolutamente diferente. Temos a convenção de arbitragem, que inclui a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (art. 3º).

Todavia, não obstante entendermos que aludida disposição está revogada, os objetivos do CDC estão preservados na Lei de Arbitragem, pois, conforme mencionado, o artigo 4º, § 2º da lei acoberta e protege o consumidor à luz das cláusulas arbitrais em contratos de adesão.

Cumprir notar, nesta oportunidade, que nos encontramos num Congresso referente ao Direito de Seguro, que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.555/2004 de autoria do Deputado Federal José Eduardo Cardozo. O artigo 61 trata da arbitragem, na versão apresentada pelo Relator Deputado Leandro Sampaio, abaixo transcrito. Efetuaremos, com a devida vênia, análise técnica quanto à arbitragem e as críticas exaradas são construtivas, no sentido de louvar a iniciativa pedagógica de prever o uso dos meios alternativos de solução de conflitos nesse texto legal, mas pensando também em torná-lo factível, prático, e para que ele se coadune corretamente com o instituto da arbitragem, tal como disposto na Lei nº 9.307/96.

A arbitragem no Brasil, conforme mencionado no início desta preleção, tem sua raiz no princípio da autonomia privada, autonomia da vontade. Não é condizente com o sistema jurídico democrático, ao se regular a arbitragem, coibir o direito do cidadão de ter acesso a esta via extrajudicial de solução de conflitos, desde que diante de direitos patrimoniais disponíveis. O cidadão, o jurisdicionado, tem todo o direito de optar e de opinar. Qualquer forma de redação de uma disposição legal prevendo a arbitragem que ampute este direito não se coaduna com os princípios do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, permitimo-nos uma breve digressão histórica, para recordar fato relacionado à arbitragem na época após a Revolução Francesa, em que foram expedidas leis fomentando a utilização da arbitragem e em muitos países, inclusive no Brasil (Constituição Imperial de 1824, art. 161), passou a estar regulada na Constituição, pois era proibido vedar o cidadão de dirimir seus conflitos por meio da arbitragem. Com o objetivo

de coibir a eventual proibição de o cidadão utilizar a arbitragem, foi ela referendada nas Constituições europeias naquela época.

Retornando ao texto do projeto, o artigo 61 estabelece: “A resolução de litígios por meios alternativos não será pactuada por adesão a cláusulas e condições predispostas, exigindo instrumento assinado pelas partes e será feito no Brasil submetido ao procedimento e às regras do direito brasileiro”. Com o devido respeito, observo que a redação não está adequada. Parece-nos que poderia ser aprimorada. Visualizamos uma série de problemas nessa redação.

Primeiramente salientamos a forma elíptica da redação “meios alternativos”. Sugeriríamos que mencionasse expressamente, por exemplo, “a mediação e a arbitragem”. Segundo, ela não permite a utilização da arbitragem nos moldes da Lei nº 9.307/96. A Lei de Arbitragem é uma lei especial, tem um sistema; valendo-se de uma metáfora, é uma estrutura com cabeça, tronco e membros; enfim, é um corpo legislativo sistemático. Suas disposições se conectam entre si e devem ser interpretadas de forma sistêmica. Todos os seus dispositivos estão fundados em princípios.<sup>1</sup> Portanto, ao pretender regular em lei específica a arbitragem (p. ex. seguros), o ideal seria reportar-se à Lei que regula o instituto, tal como fez, aliás, o Código Civil de 2002 (CC). O CC possui três dispositivos tratando da arbitragem e, adequadamente, reporta-se à lei especial (Lei de Arbitragem). A Lei das Parcerias Público-Privadas (PPP) Federal adotou idêntico proceder. A Lei Geral das Concessões Públicas (Lei nº 8.987/1995 com a redação da Lei nº 11.196/2005) no mesmo sentido, porque a Lei de Arbitragem é uma lei especial; é uma lei que tem um sistema a ser preservado, sob pena de se instaurar o caos na área e se prestar um desserviço à sociedade, gerando insegurança na utilização do instituto da arbitragem.

Outro problema que verificamos no PL 3.555 é que ele não permite a escolha da lei aplicável. O texto automaticamente estabelece que serão aplicadas as regras de direito brasileiro. Isto quer dizer que as partes não têm o direito de escolher outro direito aplicável? A lei de arbitragem no artigo 2º, § 1º prevê que a arbitragem poderá ser de direito ou por equidade. Vamos impedir o cidadão de autorizar os árbitros a solucionar o conflito por equidade numa área como a de seguros, em que muito está regulado pelos usos e costumes?

E aqui fazemos uma advertência: não vamos confundir preceitos e dispositivos de ordem pública, normas imperativas, com direitos considerados indisponíveis. Um ár-

<sup>1</sup> A propósito, conferir nossos artigos “Princípios e Origens da Lei de Arbitragem”, *Revista da Associação dos Advogados de São Paulo - AASP*, nº 51, p. 33/35, 1997. Também disponível em: [www.selmalemes.com.br](http://www.selmalemes.com.br) (artigos) e “Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado”, *RT* v. 686: 73/89, dezembro 1992. Também disponível em [www.selmalemes.com.br](http://www.selmalemes.com.br) (artigos).

bitro poderá perfeitamente decidir matérias que são de aplicação obrigatória, de ordem pública no sentido de não facultativo, no sentido de norma cogente; não há nenhum problema em um árbitro resolver estas questões. Na dicção do art. 18 da Lei de Arbitragem “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação do Poder Judiciário”. Por ser uma norma cogente, não significa que é indisponível o direito. Neste sentido, já temos o posicionamento dos tribunais brasileiros. Por exemplo, matérias que dizem respeito à representação comercial e franquias, em que o texto legal também se reporta às leis brasileiras. O sistema arbitral permite que as partes elejam, se for o caso e for conveniente para elas, um outro direito para o árbitro julgar a matéria de fundo submetida à arbitragem. Todavia, deve observar o que está na Lei de Arbitragem, pois não pode violar preceito de ordem pública e nem os bons costumes (art. 2º, § 1º). Ou seja, o árbitro atentará para as normas de aplicação obrigatória ao decidir, sendo que o direito estrangeiro não pode conflitar com uma norma cogente brasileira.

A Lei de Arbitragem prevê a possibilidade de os árbitros decidirem de acordo com os princípios gerais de direito, os usos e costumes, e por equidade. O texto do projeto de lei diz que se aplicarão as regras de direito brasileiro. Indagamos: estaria restringindo o disposto na Lei de Arbitragem? Não sabemos dizer.

“Será feita no Brasil”, quer dizer que a sede da arbitragem tem que ser no Brasil? A arbitragem não pode ter sede em outra localidade? Por que colocar no texto uma rigidez dessa? Castrar a liberdade do cidadão de poder decidir o local que entender mais conveniente para ser sede da arbitragem, especialmente levando em consideração que isso influi também na qualificação da arbitragem como nacional ou estrangeira e seus reflexos na eventual execução judicial da sentença arbitral.

É importante notar que a Lei de Arbitragem prevê a equidade na sua função substitutiva. A palavra “equidade” é uma palavra polissêmica. Ela tem muitos significados e quando a lei menciona a decisão por equidade significa que os árbitros podem resolver a contenda por equidade substitutiva, aquela que o árbitro pode afastar a lei e resolver a questão de acordo com seu critério de justiça, conforme o que entende correto, balizando e justificando sua decisão na justiça e no equilíbrio (bom senso jurídico). Por que, então, não permitir que as partes autorizem o árbitro a resolver por equidade. Note-se que apesar da lei mencionar a equidade na função substitutiva, ela é usualmente utilizada na função corretiva ou branda, ou seja, o árbitro poderá mitigar os efeitos da lei e não a substituir. Ademais, mesmo estando autorizado a decidir por equidade, o árbitro pode entender que no caso a disposição legal é perfeita e aplicá-la na sua integridade. O

árbitro ao decidir por equidade, molda a justiça ao caso concreto e sempre deve justificar a sua decisão.<sup>2</sup>

Assim sendo, a nossa sugestão seria prever a aplicação da arbitragem no Projeto de Lei de Seguro e se reportar à Lei nº 9.307/96, notando que há a especificação (de proteção) da arbitragem em contratos de adesão.

## (ii) A extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias

Passemos para a segunda parte da palestra que seria tratar da extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias. Num caso prático, imaginemos um procedimento arbitral em que duas partes: uma empresa A (adquirente) e uma empresa B (vendedora) questionam um problema ocorrido (sinistro), por exemplo, num maquinário industrial, que está segurado. Surge a controvérsia: a empresa A institui uma arbitragem contra a empresa B, pois no contrato de venda e compra do equipamento há cláusula compromissória. Surge, por consequência, a indagação: pode a seguradora ingressar no procedimento arbitral, mesmo não sendo parte no contrato e não tendo firmado a cláusula compromissória?

Consoante mencionado, a arbitragem é regulada pelo princípio da autonomia da vontade, de forma que só se submete à arbitragem quem desejar, quem estabeleceu num contrato ou em documento apartado uma cláusula compromissória (ou num compromisso arbitral quando não existir cláusula compromissória, surgido o conflito as partes decidem que o submeterão à arbitragem). Portanto, vincularia terceiros? A participação da seguradora é obrigatória ou facultativa? Podemos convidá-la a integrar o procedimento arbitral? Como será efetuada a indicação de árbitros, considerando que cada parte tem o direito de indicar um árbitro? Como trabalharemos esta questão, uma vez que estamos diante de uma arbitragem com partes múltiplas?

Esta é uma questão que surgiu no direito aplicado da arbitragem. Notamos que a tendência é, geralmente e por segurança, efetuar uma interpretação restritiva. Nas situações acima expostas, o que se mostraria adequado efetuar seria o tribunal arbitral aferir e indagar às partes se concordariam com a participação da seguradora. Não nos parece que poderia ser imposto, salvo se diante da existência de elementos importantes, que justificasse a adoção pelo tribunal arbitral, mesmo diante da manifestação contrária de uma das partes. A princípio, se a seguradora não firmou a cláusula compromissória, ela não

<sup>2</sup> Cf. nosso artigo "A Decisão por Equidade no Direito Brasileiro e Comparado", *Arbitragem. Estudos em Homenagem ao Professor Guido Fernando da Silva Soares, 'In Memoriam'*, Selma Ferreira Lemes; Carlos Alberto Carmona; Pedro Batista Martins (coords.), São Paulo: Atlas, 2007, p. 189/229.

está vinculada, não obstante a existência dos reflexos da eventual decisão arbitral, haja vista o contrato de seguro do bem sinistrado. Entendemos, portanto, que a participação da seguradora em casos como este deveria ser consensual, salvo se existirem elementos convincentes e que propendam para a efetividade da decisão a ser proferida e que levariam os árbitros a decidir pela admissão da seguradora no processo arbitral.

Na jurisprudência paulista a questão de extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias foi objeto de rumoroso precedente na área da arbitragem. Trata-se do caso “Trelleborg”.<sup>3</sup> O Judiciário paulista estendeu a cláusula compulsória a grupos societários. Tratava-se de cláusula compromissória prevista em contrato de alienação de participação societária de uma empresa brasileira para uma empresa sueca com sede no Brasil, sendo que a matriz na Suécia participou de toda a negociação. Havia cláusula compromissória no contrato, mas a empresa matriz na Suécia não assinou o contrato. Todavia, quando surgiu um conflito decorrente do contrato de alienação da participação societária da empresa brasileira, a empresa matriz foi colocada no polo passivo, juntamente com a Trelleborg no Brasil. A empresa matriz da Suécia alegou que não havia firmado cláusula compromissória e que, portanto, não era parte. A cláusula compromissória não era considerada cheia (não possuía todos os elementos para se instaurar a arbitragem) e foi proposta a demanda judicial prevista nos arts. 6º e 7º da Lei nº 9.307/96. O juiz de primeira instância entendeu que pela prova coligida aos autos a empresa matriz na Suécia participou de todas as negociações e estava diretamente envolvida no negócio e, portanto, seria mantida no polo passivo, determinando que fosse instituída a arbitragem. A sentença proferida foi confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em decorrência da apelação interposta, estendendo-se, portanto, a cláusula compromissória a uma parte não signatária.

A possibilidade do ingresso de um terceiro (que não firmou a convenção de arbitragem) no procedimento arbitral, geralmente, não é tratada nos textos legais estrangeiros. A propósito, efetuamos pesquisa no direito comparado e localizamos, por exemplo, a lei holandesa de arbitragem, extensa e bem elaborada, que no artigo 1.045 do Código Civil (holandês) expressamente prevê a possibilidade de um terceiro solicitar o ingresso na arbitragem e ser mantido, desde que ouvidas as partes.

No âmbito dos regulamentos das instituições que administram procedimentos arbitrais verificamos que o da *London Court of International Arbitration* prevê que, salvo estipulação em contrário das partes, o tribunal arbitral pode autorizar, mediante solicitação de uma das partes, o ingresso de terceiros na arbitragem. O regulamento de

<sup>3</sup> TJSP 7º CC D. Privado, AC nº 2674504/6-00, Desembargadora Relatora Constança Gonzaga, J. 24.05.2006.

arbitragem da Câmara de Comércio da Rússia estabelece a possibilidade do ingresso de terceiros, igualmente mediante anuência das partes. Desta forma, o que se verifica como uma regra é geralmente a necessidade de consentimento, na linha do que abordamos anteriormente.

Na Suíça, com a unificação dos regulamentos das Câmaras de Arbitragem em 2004, há a previsão de admissão ampla de terceiros. O regulamento sobre arbitragem prevê que, considerando as circunstâncias, mesmo que não haja consenso das partes, a parte ingressante admitida não poderá intervir na fase prévia do Tribunal Arbitral. Isto é, admite-se a presença de um terceiro não signatário da cláusula de arbitragem, todavia este terceiro não poderá indicar árbitros, pois este é um direito reservado às partes, bem como no sentido de que passará a fazer parte do processo no estágio em que estiver. Note-se, inclusive, que a Suíça é um local muito designado para sede de arbitragens comerciais internacionais, haja vista a existência de uma lei de arbitragem internacional adequada e que vigora desde 1987.

Em pesquisa na jurisprudência francesa encontramos dois acórdãos. Um inclusive trata da teoria da aparência, permitindo o ingresso da parte não signatária ao procedimento de arbitragem num caso de afretamento marítimo.<sup>4</sup> O outro caso comentado na *Revue de L'Arbitrage* envolveu uma seguradora e a aceitação do tribunal arbitral que ingressasse na arbitragem, mesmo diante da não aceitação da parte contrária. Referia-se a um contrato que tinha como objeto a construção de dois navios pela *Chantiers de L'Atlantique – Alsthom*. Houve problemas nas bombas instaladas nos navios e que foram fornecidas por uma empresa americana denominada Carter. Após quatro anos da entrega dos navios, as bombas sofreram avarias e a empresa proprietária dos navios propôs uma demanda arbitral com sede em Genebra contra a Alsthom. A Alsthom, por sua vez, propôs uma demanda arbitral com sede em Paris contra a fornecedora das bombas, a empresa americana Carter (esta arbitragem ficou suspensa até a conclusão da arbitragem em Genebra). A sentença arbitral proferida na Suíça havia condenado a Alsthom. Na arbitragem que houve em Paris a seguradora AGF, responsável por parte do seguro efetuado pela Alsthom solicitou seu ingresso na arbitragem juntamente com a Alsthom. Foi consultada a demandada Carter, que não aceitou a participação da seguradora. Todavia, o Tribunal Arbitral adotando uma postura praticamente inédita nesta área, entendeu que a seguradora deveria permanecer, mantendo assim a AGF na arbitragem. A Carter, condenada na sentença arbitral, ingressou com ação de anulação da sentença arbitral no Judiciário francês, sendo que um dos motivos alegados foi a participação da AGF na arbi-

<sup>4</sup> Cour D'Appel de Paris, 1CC Societé Russanglia/Societé Delom, j. 07.10.1999.

tragem. Menciona que o tribunal arbitral violou a Ata de Missão (Termo de Arbitragem) ao aceitar a participação da seguradora que não era parte na arbitragem. A *Cour d'Appel de Paris* referendou integralmente a decisão dos árbitros.<sup>5</sup>

Nota-se que há áreas em que a participação de terceiros não signatários poderá ser frequente, tais como nos contratos vinculados a garantias, cessões, grupos de contratos (contratos relacionais), grupos societários etc.

Como conclusão quanto à participação de terceiros não signatários da cláusula compromissória e das seguradoras, verifica-se: a) o ingresso de terceiros na arbitragem recebe interpretação restritiva; b) de certa forma é incompatível com a natureza consensual da arbitragem; c) depende das circunstâncias envolvidas no caso, sendo aceita em situações excepcionais; d) o terceiro passa a fazer parte da arbitragem (arbitragem múltipla); e) apesar da solução encontrada no regulamento suíço de Câmaras de Arbitragem, no sentido de que o terceiro não poderá interferir na fase prévia da arbitragem (instituição do tribunal arbitral), esta postura poderá ensejar a violação de um direito deste terceiro que passa a ser parte na arbitragem e também merece tratamento igualitário às outras partes.<sup>6</sup>

Para finalizar, gostaria de tecer alguns comentários sobre as vantagens e as desvantagens da utilização da arbitragem na área de seguros. Na palestra anterior foi tratado aqui a respeito da demora nos resultados dos procedimentos judiciais e, efetivamente, a arbitragem contribui muito para a celeridade das decisões. Um procedimento arbitral dura, em média, de 7 meses a 1 ano e dois meses, ou até menos, dependendo da agilidade ou habilidade dos profissionais envolvidos, dos advogados principalmente, e também do comprometimento do próprio tribunal arbitral no sentido de tempo disponível para decidir. A especialidade do árbitro, como já dito anteriormente, cria uma simetria de informações, um especialista em seguros que compoñha o tribunal arbitral, auxiliará os demais árbitros e poder-se-á até dispensar eventual perícia. No que concerne às questões processuais, deve ser notado que as regras do processo arbitral são diferentes do judicial. A arbitragem tem na sua natureza uma simplicidade maior e uma informalidade que não se coaduna com o processo civil. Não se aplica à arbitragem o Código de Processo Civil, mas a Lei de Arbitragem e o regulamento adotado pelas partes. Outra característica importante da arbitragem é a imutabilidade do mérito da sentença. O julgamento do mérito pelo árbitro é definitivo, ou seja, em ação de anulação de sentença arbitral o juiz de direito

<sup>5</sup> *Revue de L'Arbitrage*, 1997, nº 4, p. 556/568.

<sup>6</sup> A propósito, cf. nossos comentários ao precedente francês denominado caso Dutco, que referendou o princípio da igualdade de tratamento das partes na indicação de árbitros. Selma M. Ferreira Lemes, *Árbitro, Princípios da Independência e da Imparcialidade*, São Paulo: LTr, 2001, p. 184.

estará impedido de analisar o mérito novamente. Poderá anular totalmente a sentença arbitral por um dos motivos do art. 32 da Lei de Arbitragem, determinar que os árbitros complementem a sentença arbitral, mas não poderá alterar o decidido.

Agradeço a atenção de todos e, para finalizar, reproduzo uma frase de um grande jurista francês que muito se dedicou à arbitragem, René David: *“A arbitragem, mais do que uma instituição jurídica, é uma instituição da paz, a arbitragem está a serviço da paz, e o contencioso estatal está a serviço do conflito”*.

O NOVO REGIME JURÍDICO DO CONTRATO DE  
SEGURO EM PORTUGAL E NA UNIÃO EUROPEIA

## O REGIME GERAL DO CONTRATO DE SEGURO E A PROTECÇÃO DO CONSUMIDOR EM PORTUGAL

*João Calvão da Silva*

*Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal  
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal*

### 1. O DECRETO-LEI Nº 72/2008: CODIFICAÇÃO E REFORMA DO REGIME GERAL DO CONTRATO DE SEGURO

O regime jurídico do contrato de seguro em Portugal foi aprovado pelo Decreto-lei nº 72/2008, de 16 de Abril, com entrada em vigor no dia 1 de Janeiro de 2009.

Trata-se essencialmente da codificação oficial (constitutiva) de normas dispersas pelo Código Comercial de 1888 (arts. 425º a 462º) e por legislação avulsa vária, que revoga (art.6º), motivada por razões da *lógica e racionalidade, clareza e transparência*, a fim de tornar o regime geral do contrato de seguro assim fixado em texto único mais *acessível e compreensível ao cidadão*, como *mais* possibilidade e *cognoscibilidade* dos direitos específicos de que possa prevalecer-se, e *proporcionar segurança jurídica acrescida* acerca do Direito aplicável em dado momento a certo problema — desta sorte se contraria o *ocaso da codificação* que caracterizou os últimos anos do Século XX, com a (re)codificação como um dos veículos de concretização do acesso ao direito.

Não se trata, todavia, de codificação pura e simples das normas existentes, porquanto o legislador aproveitou o ensejo para fazer algumas *reformas*, quer esclarecendo dúvidas existentes na doutrina e na jurisprudência, quer regulando casos omissos, quer introduzindo soluções inovadoras.

## 2. SISTEMATIZAÇÃO

2.1. O Decreto-lei nº 72/2008 arruma o regime jurídico do contrato de seguro em três títulos:

Título I (Regime Comum); Título II (Seguro de Danos); Título III (Seguro de Pessoas).

O Título I (arts. 1º a 122º) disciplina o regime comum aos contratos de seguro contra danos e aos contratos de seguro de pessoas, no tocante à formação, execução e cessação do vínculo negocial.

O Título II (arts. 123º a 174º) contém uma Parte Geral relativa a todos os seguros de danos (arts. 123º a 136º) e uma Parte Especial (arts. 137º a 174º) referente a: seguro de responsabilidade civil (arts. 137º a 148º); seguro de incêndio (arts. 149º a 151º); seguro de colheitas e pecuária (arts. 152º a 154º); seguro de transporte de coisas (arts. 155º a 160º); seguro financeiro, nas modalidades de seguro de crédito e de seguro-caução (arts. 161º a 166º); seguro de protecção jurídica (arts. 167º a 172º); seguro de assistência em viagem (arts. 173º e 174º).

O Título III (arts. 175º a 217º) regula seguros de pessoas em geral, compreendendo a cobertura de riscos relativos à vida, à integridade física e à saúde de uma pessoa ou de um grupo de pessoas (Capítulo I – Disposições Comuns – arts. 175º a 182º), e os seguros de pessoas em especial: seguro de vida (arts. 183º a 209º), seguro de acidentes pessoais (arts. 210º a 212º) e seguro de saúde (arts. 213º a 217º).

2.2. Assente no binómio *pessoa-património*, por forma a permitir a cobertura por segurador de riscos para a pessoa e o seu património decorrente de eventos aleatórios contra o pagamento de um prémio, a classificação “Seguro de Pessoas” e “Seguro de Danos” pode dizer-se clássica. Não é, todavia, a classificação adoptada pela legislação da União Europeia e pelo legislador português na Lei-Quadro da actividade seguradora — o Decreto-lei nº 94º-B/98, de 17 de Abril, vezes várias alterado —: “Seguro de Vida” e “Seguro Não Vida”.

Com a consequência de haver uma *dessintonia no próprio ordenamento jurídico português*. Assim, de acordo com o art. 123º do Decreto-lei nº 94º-B/98, que transpõe o Anexo à Directiva 73/239/CEE, os seguros Não Vida incluem os seguintes ramos: 1) *Acidentes*, compreendendo as modalidades de acidentes de trabalho, acidentes pessoais nas modalidades de prestações convencionadas, prestações indemnizatórias ou combinação de ambas, e pessoas transportadas; 2) *Doença*, nas modalidades de prestações convencionadas, prestações indemnizatórias

e combinação de ambas, sendo admitida a sua exploração sob a denominação “*Seguro de Acidentes e Doença*” (art. 128º. al. a), do Decreto-Lei nº 94º-B/98); por sua vez, de acordo com o art. 124º do Decreto-lei nº 94º-B/98, que transpõe o Anexo I à Directiva 2002/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, o *ramo Vida inclui seguros complementares dos seguros de Vida, nomeadamente os seguros relativos a danos corporais. Já pelo Decreto-lei nº 72/2008, os mesmos seguros de “Acidentes e Doença” são tratados como modalidades especiais de Seguros de Pessoas, sob a denominação “Seguros de Acidente e de Saúde”* (arts. 210º a 217º).

Reconheça-se, todavia, que a assinalada dessintonia se circunscreve ao “sistema externo” (F. Heck), sem reflexo negativo no plano interno de sistematização, na medida em que os seguros de riscos relativos à vida, à integridade física e à saúde são seguros de pessoas e a prestação do segurador é sempre *forfaitaire*, típica do seguro sobre a vida.

De resto, pelas acomodações feitas no regime legal, *ambos os sistemas (Seguro de Vida/ Seguro Não Vida; Seguros de Pessoas/Seguros de Danos) se aproximam no resultado*: pelo art. 123º do Decreto-lei nº 94º-B/98, o Seguro Não Vida inclui acidentes e doença e pelo art. 124º do mesmo Decreto-lei o Ramo Vida inclui seguro de vida, renda, seguros complementares dos seguros de vida, nomeadamente os relativos a danos corporais, incluindo-se nestes a incapacidade para o trabalho profissional, a morte por acidente ou a invalidez em consequência de acidente ou doença, e seguro de nupcialidade e seguro de natalidade e seguros ligados a fundos de investimentos (*unit linked*); pelo art. 184º do Decreto-lei nº 72/2008, o regime do Seguro de Vida aplica-se aos seguros nele indicados, precisamente os do art. 124º do Decreto-lei nº 94º-B/98.

*Mas porque os consumados riscos das pessoas se traduzem também em prejuízos pessoais (danos corporais e danos não patrimoniais), melhor sistema externo de arrumação do regime do contrato de seguro seria o binómio pessoa e património, dividido em três partes:*

Parte I – Do Contrato de Seguro em Geral;

Parte II – Dos Contratos de Seguro da Pessoa em Especial;

Parte III – Dos Contratos de Seguro do Património em Especial.

### 3. NOÇÃO DE CONTRATO DE SEGURO

#### 3.1. Dispõe assim o art. 1º do Decreto-lei nº 72/2008:

Por efeito do contrato de seguro, o segurador cobre um risco determinado do tomador do seguro ou de outrem, obrigando-se a realizar a prestação convencionada em caso de ocorrência do evento aleatório previsto no contrato, e o tomador do seguro obriga -se a pagar o prémio correspondente.

Ao descrever o conteúdo típico (direitos e deveres) do contrato de seguro sem dar propriamente uma definição, o legislador renunciou a noção unitária de contrato de seguro, tributo à sobrevista dicotomia “seguros de pessoas” e “seguros de danos”.

De facto, não se afirma realista reconduzir à unidade a função do contrato de seguro, que é estruturalmente dicotómica: à prestação unitária do tomador do seguro (*prémio*) corresponde uma contraprestação alternativa do segurador, seja a contraprestação do ressarcimento de um dano seja a contraprestação do pagamento de um capital ou de uma renda, de acordo com o princípio indemnizatório e o valor *forfaitaire* característicos do “Ramo Não Vida” e do “Ramo Vida”, respectivamente.

Não se vê, com efeito, como possa alargar-se, sem desnaturar, a noção de dano a eventos cobertos nos seguros sobre a vida em caso de vida (sobrevivência a certa data) ou nos seguros de nupcialidade e natalidade.

3.2. Mas não é só a tradicional teoria da indemnização a não lograr definição unitária de contrato de seguro.

Também a *teoria da previdência*, que vê na *satisfação de uma necessidade eventual* o fim ou causa (*hoc sensu*) comum de todos os contratos de seguro, não recolhe consenso, dado o pouco préstimo jurídico de um conceito económico tão genérico e indeterminado.

3.3. (Mais) prestável à tentativa de definição unitária de contrato de seguro é a teoria da transferência de um risco, (desde que) entendido o risco como *álea* e não só como evento danoso.

De facto, a noção de *risco-álea* adequa-se a seguros de vida em caso de vida e a seguros de renda vitalícia: nos primeiros, cobre-se a *álea* de uma menor duração da vida do segurado do que a fixada como termo do contrato (*álea* de premoriência); nos segundos, cobre-se a *álea* de uma vida mais longa do segurado do que a duração prevista no contrato conformemente à média resultante da tábua de mortalidade.

Onde não se adopte a noção de *risco-álea* — *risco coberto* pelo segurador, obrigação principal e indefectível para ele resultante do contrato —, dificilmente se poderá reconduzir à unidade a dicotomia “seguros de danos” e “seguros de pessoas”, sem dilatar as noções de dano e de indemnização para além dos seus próprios limites naturais.

#### 4. CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE SEGURO

##### 4.1. *Contrato típico*: o silêncio do segurador como declaração de aceitação

Em primeiro lugar, o seguro é um negócio jurídico bilateral ou *contrato típico*: contrato, porque constituído por duas declarações de vontade de conteúdo oposto mas convergente: a proposta ou oferta do tomador do seguro, pessoa singular ou pessoa colectiva, e a aceita-

ção do segurador, que formam um consenso; *contrato típico ou nominado*, porque previsto e regulado na lei.

*Registe-se o silêncio do segurador como meio declarativo no art. 27º*: a proposta de contrato de seguro individual apresentada por pessoa singular tem-se por aceite em caso de silêncio do segurador durante 14 dias contados da sua recepção, se feitos em impresso do próprio segurador devidamente preenchido e acompanhado dos documentos por este indicados (nº 1), ou se feita de outro modo *autorizado* pelo segurador e com as informações e documentos necessários por ele indicados (nº 2). Nestes casos, o seguro rege-se pelas condições contratuais e pela tarifa do segurador em vigor na data da celebração do contrato (art. 27º, nº 3). Só assim não será se o segurador provar que em caso algum celebra contratos com as características da proposta do tomador — nesta hipótese, o silêncio não valerá como meio declarativo de aceitação, sem prejuízo, porém, da eventual responsabilidade pré-contratual do segurador nos termos gerais do art. 227º do Código Civil.

Recorde-se que, pelo regime geral do Código Civil (art. 218º), o silêncio (só) vale como declaração negocial quando esse valor lhe seja atribuído por lei, uso ou convenção, afastando-se, pois, o brocardo “*quem cala consente*” (*qui tacet consentire videtur; qui tacet consentire videtur ubi loqui potuit ac debui*). *Em regra o silêncio não é eloquente.*

#### 4.2. *Contrato consensual*: a apólice como documento probatório

Em segundo lugar, *o seguro é um contrato consensual ou não solene*: basta o consentimento das duas partes, segurador e tomador, para a sua validade, sem necessidade de observância de forma especial (art. 32º, nº 1), em conformidade com o princípio geral da liberdade declarativa ou liberdade de forma consagrado no art. 219º do Código Civil.

A apólice de seguro, que obrigatoriamente formaliza o contrato (art. 32º, nº 2), constitui documento probatório (de negócio jurídico válido desde o acordo das partes) cuja não entrega tempestiva pelo segurador dá ao tomador o direito de resolução do contrato com devolução da totalidade do prêmio pago (arts. 32º, nº 2, e 34º, nº 6).

Assim, pelo novo regime legal, *a apólice*, que deve ser datada e assinada pelo segurador, *deixou de ser documento constitutivo (formalidade ad substantiam) do contrato de seguro*, como era entendido na jurisprudência e na grande doutrina em face do ora revogado art. 426º do Código Comercial, sob pena de nulidade por vício de forma (art. 220º do Código Civil). Em compensação, no regime anterior já se entendia que a minuta do contrato de seguro equivalia para todos os efeitos à apólice (Assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de Janeiro de 1929).

#### 4.3. *Contrato oneroso e sinalagmático*

Em terceiro lugar, o seguro é um contrato oneroso e sinalagmático, em que o prêmio pago pelo tomador e o risco coberto pelo segurador são prestações corresponsivas, contra-

partida uma da outra — não há, portanto, uma intenção liberal na relação segurador e segurado, mesmo quando ela exista na relação do tomador com o terceiro beneficiário.

*Correspectividade existente mesmo quando a obrigação (de indemnizar o dano ou pagar um capital ou uma renda) assumida pelo segurador não venha a concretizar-se* (em virtude da não verificação do evento aleatório, por exemplo, incêndio ou morte do segurado no termo fixado no contrato), dada a *assunção pelo segurador da cobertura do risco-álea previsto desde a celebração do contrato*. Ou seja: conquanto a obrigação assumida pelo segurador seja condicional, no sentido de devida só *se e quando* ocorrer o evento ou sinistro a que está subordinado o pagamento da prestação prometida pelo segurador (*prestação condicionada*), negócio condicional não é o contrato de seguro em si, já que válido e eficaz na segurança ou cobertura do risco assumido desde a sua conclusão, não subordinado, portanto, a um acontecimento futuro e incerto (art. 270º do Código Civil). Este facto – segurador *garante* de um risco que o pode levar a pagar uma indemnização ou um capital – evidencia, sob o prisma funcional, que o interesse do tomador ou credor na prestação é não só o interesse na prestação como conduta ou acção de prestar (*Leistungshandlung*) mas também o interesse no resultado da prestação ou na prestação como resultado (*Leitungserfolg*). Ou seja, o cumprimento pelo segurador do “programa de prestação” a que está adstrito para satisfação do interesse do tomador/segurado/beneficiário do contrato abrange não apenas a prestação condicionada (*Leitungserfolg*) mas também toda a complexa conduta ou comportamento técnico securativo da massa dos riscos dos segurados (*Leistungshandlung*).

#### 4.4. Contrato aleatório

Em quarto lugar, o seguro é um contrato aleatório, pois só uma álea ou um risco aleatório pode ser risco garantido, objecto do contrato. E só no fim do contrato se saberá qual das partes sairá a ganhar: por exemplo, se o segurador que recebeu o prémio do seguro de incêndio que não chegou a ocorrer, ou se o segurado cuja casa ardeu na totalidade dentro do prazo do contrato; se o segurador ou o segurado em caso de risco certo mas *incertus quando*, como sucede no seguro em caso de morte.

*Para este efeito, conta a álea de cada contrato de seguro em concreto*, na sua efectiva concretização ou consumação, e não a massa de riscos homogéneos ou o risco global das operações feitas pelo segurador e que o mesmo procura eliminar da empresa através da lei das compensações ou neutralizações dos riscos, por forma a apresentar lucros e evitar o risco da insolvência.

*A aleatoriedade é mesmo a essência do contrato de seguro (pas d'álea, pas d'assurance); no risk, no insurance*, com a neutralização do risco coberto mediante uma soma (*prémio*) inferior à que seria necessário despende com as consequências decorrentes da eventual verificação do risco segurado.

Nesta medida, *o seguro é contrato sinalagmático aleatório*, equilibrado no momento da sua conclusão tendo em conta os riscos e as chances de cada uma das partes justamente porque é a *álea* a endireitar a balança entre obrigações por vocação desproporcionadas, vale dizer, porque a *álea* (chance de ganhar) justifica a contrapartida e o risco de não ser devida (a prestação condicionada: indemnização, capital ou renda). *O que é aleatório ou incerto é a realização ou consumação do risco, não a existência do risco*: daí a obrigação de cobertura do risco existir desde a formação do contrato — dever principal ou típico da prestação —, ao passo que a obrigação de pagamento (indemnização, capital ou renda) só existe se o risco se realizar — *obrigação de pagamento aleatória e condicional*, dever secundário de prestação porque e na medida em que dever complementar da prestação principal. Mas se neste retrato completo e fiel o seguro assume a característica de contrato aleatório — a incerteza da existência, montante e data da prestação pecuniária do segurador gera uma chance de ganhar ou um risco de perder para uma *ou* outra das partes, chance ou riscos não conhecidos, portanto, logo no momento da celebração do contrato e não comuns às partes —, uma certa e relativa natureza comutativa não deixa de lhe ser conferida pela cobertura do risco *ab initio*, prestação típica, certa e incondicional.

#### 4.5. Contrato duradouro

Em quinto lugar, o seguro é um contrato duradouro, que se prolonga no tempo.

A assunção do risco-álea pelo segurador corre desde a conclusão do contrato ou termo *a quo* nele fixado, não existindo, portanto, apenas no momento do sinistro ou verificação do evento aleatório — logo, *contrato de execução continuada*.

Já no tocante ao prémio, a obrigação pode ser de execução instantânea ou periódica.

#### 4.6. Contrato de adesão: os riscos de massa e a protecção dos consumidores

Em sexto lugar, o seguro é um contrato de adesão:

O tomador *adere* a um conjunto de condições gerais pré-estabelecidas pelo segurador, sem que o primeiro possa influenciar o conteúdo dessas cláusulas elaboradas, redigidas e impressas pelo segurador em apólices-tipo.

*É sobretudo no campo dos chamados riscos de massa* — todos os riscos não abrangidos nos chamados *grandes riscos*, elencados na 2ª Directiva 88/357/CE do Conselho relativa ao Seguro Directo Não Vida e no art. 2º, nº 3 e 4, do Decreto-lei nº 94-B/98 português: riscos de transportes ferroviários, aéreos e marítimos; riscos de crédito e caução, sempre que o tomador exerça a título profissional uma actividade industrial, comercial ou liberal, e o risco respeita a essa actividade; riscos de incêndio e elementos naturais, outros danos em coisas, responsabilidade civil geral e perdas pecuniárias diversas, desde que o tomador exceda certos valores —, *riscos simples, menos importantes pela natureza da sua álea do que os ditos grandes riscos, que os tomadores dos seguros carecem de protecção* adequada das regras do Estado da

prestação do serviço em que o risco se situa, *por forma a contrabalançar a debilidade ou fraqueza dos consumidores que os subscrevem por adesão.*

Não surpreende, por isso, que *a protecção do consumidor, expressão moderna do clássico princípio da protecção da parte mais fraca – enforme legislação abundante* desde o célebre discurso de John Kennedy no início da década de sessenta do século XX, tanto no direito da Comunidade Europeia como nos direitos dos Estados-membros.

Desse espírito consumista dá exemplo vivo o novo regime legal do contrato de seguro em Portugal – o Decreto-lei nº 72/2008: depois de consagrar o princípio geral da liberdade contratual (art. 11º), enumera no art. 12º um conjunto de *normas absolutamente imperativas* e logo de seguida no art. 13º elenca um outro conjunto de *normas relativamente imperativas, admitindo estas, portanto, derrogação em sentido (mais) favorável ao tomador do seguro – a significativa ordem pública social ou ordem pública de protecção do consumidor e só do consumidor de seguros de riscos de massa* (art. 13º, nº 2).

Normas protectoras do consumidor que, na economia deste Congresso, aqui e agora apenas são apontadas, mas não dissecadas.

## BREVES OBSERVAÇÕES EM TORNO DE UM PROJETO DE UNIFORMIZAÇÃO DE UM REGIME JURÍDICO EUROPEU PARA O CONTRATO DE SEGURO

*Luc Mayaux*

*Professor de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade Jean Moulin Lyon 3 – França  
Diretor do Instituto de Seguros de Lyon*

Senhoras, senhores, meus caros amigos,

Este é o terceiro fórum de direito de seguros do qual eu participo, o que é sempre um prazer para mim. Que Ernesto Tzirulnik e todos os membros do IBDS recebam as homenagens pela recepção, pela qualidade da organização e pelo alto nível dos trabalhos deste evento.

Quando eu venho a São Paulo, eu reencontro colegas com quem tenho o prazer de trocar ideias sobre o direito do seguro, mas também, e, sobretudo, encontro amigos.

Hoje, conforme o pedido dos organizadores, tratarei do “novo regime jurídico do contrato de seguro na União Europeia” ou, mais precisamente, tendo em vista que ainda não há um regime jurídico único, do projeto de uniformização em curso.

Sem querer me mostrar excessivamente crítico, eu gostaria de citar Montesquieu a este respeito. O autor de *O espírito das leis* escreveu: “a uniformidade é um gênero de perfeição que talvez aproveite aos grandes espíritos e que maltrata infalivelmente os pequenos”<sup>1</sup>.

Quais são os espíritos (grandes ou pequenos) que aparecem na origem deste projeto? Estará ele à altura das esperanças suscitadas? Que uso farão dele as instituições europeias?

Estas são as três questões que eu abordarei diante dos senhores de acordo com um plano que se pretende cronológico. Eu tratarei, assim, sucessivamente, do passado, do presente e do futuro.

## I. O PASSADO: AS ORIGENS DO PROJETO

Para sintetizar, poder-se-ia dizer que o projeto é decorrente de uma iniciativa privada, oficializada em seguida pelas instâncias europeias.

### Uma iniciativa privada

O projeto intitulado *Restatement of European Insurance Contract Law* pode ser consultado no site da Universidade de Innsbruck, na Áustria<sup>2</sup>, o que nos revela a sua origem. Ele decorre, de fato, de uma iniciativa do professor Fritz Reichert-Facilides, desta Universidade que, em 1999, criou um grupo de trabalho composto por universitários de treze países europeus diferentes. Depois da morte do seu presidente-fundador, o grupo, que continua conhecido como *grupo de Innsbruck* é doravante presidido pelo professor Helmut Heiss da Universidade de Zurique. A França é representada pelo meu colega Jérôme Kullmann, professor da Universidade de Paris I e diretor do Instituto de Seguros de Paris; e Portugal pelo professor Pedro Pais de Vasconcelos, da Universidade de Lisboa. O grupo se reúne em sessões plenárias (*workshops*) duas vezes por ano a convite de algum dos seus membros.

Por ocasião das sessões, as propostas feitas por um relator são aprovadas, de preferência por unanimidade ou, se não, por maioria. Em seguida, elas são redigidas formalmente por um comitê mais restrito (dito *Drafting Committee*). Atualmente, a parte geral do *Restatement* encontra-se concluída, assim como o começo da segunda parte dos seguros de danos. Os trabalhos em curso tratam dos seguros de responsabilidade. Passarão posteriormente pelos “seguros de ‘sommas’” e terminarão nos “ramos específicos de seguros”.

<sup>1</sup> Montesquieu, *Esprit des lois*, livre XXIX, chap. XVIII. Tradução livre.

<sup>2</sup> [www.uibk.ac.at/zivilrecht/restatement](http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/restatement)

Neste estágio, é necessário lembrar apenas duas coisas: a primeira é que se trata de um grupo universitário e a segunda... que eu não faço parte dele (o que de resto não me traz nenhum arrependimento por conta das minhas fraquezas em inglês, que é a língua de trabalho do grupo!). Disto resultam ao menos duas consequências:

- Primeiramente, que o projeto tem necessariamente um caráter acadêmico, que foi negado pelos seus redatores. A isto, eles responderam que todos os membros do grupo possuíam ou haviam possuído uma atividade paralela de consultores ou advogados, de modo que estariam sensíveis às preocupações dos “práticos” do seguro. Mais, já que eu mesmo exerço este tipo de atividade, eu estou bem colocado para saber que os acadêmicos são consultados sobre dossiês “de ponta” que, muito frequentemente, não têm nada que ver com a atividade corrente do segurador. Eles não podem se pretender como “práticos” verdadeiros (como o eram, por exemplo, os redatores do Código Napoleão). A ausência de representantes das profissões ligadas ao seguro e igualmente de consumidores do seguro, a menos a título de observadores, pode, então, ser lamentada.

- A outra consequência, ligada ao fato de que eu não faço parte do grupo, é a de que as informações que eu vos ofereço são necessariamente de segunda mão, pelo que peço, a este respeito, que vocês me desculpem... mas isto é verdadeiramente um obstáculo? Num colóquio científico como este, em que a dimensão crítica é essencial, é melhor mesmo que um projeto como este seja observado desde um ponto de vista externo. Quando não se está pessoalmente envolvido, as opiniões podem ser mais livremente expressadas, quer sejam aprovativas ou críticas. Em suma, vocês fizeram bem de me convidar em vez do prof. Jérôme Kullman!

## A oficialização pela Comissão Europeia

Esta oficialização resulta de insuficiências, reais ou supostas, do enfoque até então adotado que se limitava à uniformização das regras de conflito de direito internacional privado. Para se chegar a um verdadeiro mercado único, seria preciso que a Comissão desde logo procedesse a uma uniformização das regras substanciais. A despeito disto, ante a oposição geral, especialmente na França<sup>3</sup>, suscitada por uma certa intromissão do direito comunitário no direito civil<sup>4</sup>, a Comissão mudou seu ângulo de ataque. Desde

<sup>3</sup> V. notadamente G. Cornu, *Un code civil n'est pas un instrument communautaire*, d. 2002, p. 351, Y. Lequette, *Quelques*.

<sup>4</sup> Do que nós poderíamos, de outra parte, nos perguntar se esta intromissão está de acordo com os tratados fundadores; v. Y. Lequette, art. *Prec.*, nº 3.

2003<sup>5</sup>, ela parece se contentar com um “quadro de referências comuns”, ou seja, uma caixa de ferramentas útil “para o aprimoramento da qualidade e da coerência da experiência existente e dos instrumentos jurídicos a serem criados no setor do direito dos contratos”<sup>6</sup>. Para a elaboração desta diretiva, constituiu-se uma rede composta de três grupos de trabalho (chamados *drafting groups*), dentre as quais figura um grupo principal (denominado “Grupo de estudos sobre o Código Civil dos contratos”), presidido pelo professor Christian Von Bar que também vinha de uma iniciativa privada e, no domínio dos seguros, o *grupo de Innsbruck*. O *Restatement of European Insurance Law* tornou-se então parte do projeto de um quadro de referências comuns idealizado pela Comissão<sup>7</sup>. Uma primeira versão do projeto do grupo “Von Bar” já foi submetido à Comissão em dezembro de 2007, da mesma maneira que os primeiros trabalhos do *grupo de Innsbruck*. Desde então, estes deixaram de ser trabalhos puramente acadêmicos para se integrar num processo normativo do qual não sabemos por ora onde se chegará. Esta oficialização (para não dizer esta “recuperação”, pois o objeto do trabalho é político) legítima que nós nos detenhamos seriamente no conteúdo do projeto.

## II. O PRESENTE: O CONTEÚDO DO PROJETO

Com uma certa provocação, eu poderia dizer que tudo o que eu lhes falei até agora não nos interessa. De fato, o conteúdo de um projeto se julga pelas peças e não pela maneira (mais ou menos dolorosa) pela qual ele nasceu. Somente conta o resultado (sobretudo no Brasil, onde não existem as sutilezas do processo de criação normativa do direito europeu). Eu destaco simplesmente que, em virtude do artigo 1:104 do projeto, este deve ser interpretado levando em consideração o *background* comparatista e implicitamente todo o trabalho desenvolvido em torno do “quadro de referências comuns” e do projeto geral do grupo “Von Bar”. Além disso, o artigo 1:105 remete para as questões que não seriam reguladas de maneira expressa pelo projeto, aos “princípios de direito europeu” elaborados sob a égide do professor *Olé Lando*<sup>8</sup>, que constituem um *corpus* acadêmico mais antigo e mais bem conhecido do que o projeto “Von Bar”. O mesmo texto determina que o direito nacional não

<sup>5</sup> V. *Communication au Parlement européen et au Conseil du 13 février 2003: un droit européen plus coherent, un plan d'action*, COM (2003) 68 final, JOCE, nº C 63, 15.3.2003, p.1.

<sup>6</sup> De acordo com os termos de uma outra comunicação de 11.10. 004: COM (2004) 651, § 2.1.1; V. B. Fauvarque-Cosson, *Droit européen des contrats: les offres sont faites, les dés non encore jetés*, d. 2008, p. 556.

<sup>7</sup> Mais precisamente a seção IX do Capítulo III deste projeto dentro do plano previsto pela comunicação anteriormente citada de 11.10.2004.

<sup>8</sup> V., para a versão francesa destes princípios, Rouhette, *Lamberterie et alii, Principes du droit européen du contrat*, nº 2, Société de législation comparée, 2003.

pode ser invocado nem para restringir nem para completar as disposições do projeto. Dito de outro modo, ele possui um caráter autônomo, no sentido de que em caso de lacuna ou obscuridade, é regido por regras de interpretação (analgica ou outras) que lhe são próprias. É um texto que brota unicamente da ordem comunitária com exclusão das ordens internas dos Estados-membros.

Sob o benefício desta observação e posto que um “quadro de referências comuns” não passa de um modelo, deve-se procurar as suas qualidades e defeitos. Dito de outra forma, deve-se verificar se se trata de um modelo ou de um antimodelo. Naturalmente, tudo o que vai se seguir é bastante subjetivo e não constitui mais que uma opinião pessoal com a qual cada um é livre para concordar ou não.

### As qualidades do projeto

Eu acredito que sejam três. No plano teórico, o projeto reflete uma doutrina certa. Do ponto de vista político, é de inspiração liberal e, no plano prático, protege-se o tomador de seguro de uma maneira inteligente.

### Uma doutrina certa

Preliminarmente, ressalto que o projeto não é “doutrinário” na medida em que privilegia um enfoque pragmático (notadamente, como se verá, a propósito da proteção do tomador de seguro). A resistência a um “projeto de professores” é, portanto, infundada, deste ponto de vista. Além disso, o projeto chega a carecer de firmeza doutrinária, notadamente no art. 1:102 relativo às definições. Aquelas relativas ao “período do seguro” e ao “período da garantia” são vagas demais para permitir a distinção clara entre os dois períodos. De outro lado, eu me interrogo sobre a pertinência do plano que opõe os “seguros de danos” (segunda parte) aos “seguros de somas” já que teria sido mais interessante fazer a oposição daqueles aos “seguros de pessoas”. Ou então, dever-se-ia considerar que todos os seguros de pessoas são seguros de somas (como parece indicar o artigo 14:101), o que é falso diante da existência de garantias indenizatórias nos seguros “acidente-doença”. Uma solução seria novamente relacionar estas garantias aos seguros de danos, mas para isso seria necessário dizê-lo claramente.

O essencial não está aí, mas na definição do contrato de seguro que figura no artigo 1:201. No texto, este contrato é aquele pelo qual *“uma parte, o segurador, promete a uma outra parte, o tomador de seguro, cobrir este último contra um risco determinado em troca de*

*um prêmio*<sup>9</sup>. A definição pode ser aperfeiçoada, pois a pessoa coberta pelo contrato pode não ser o tomador, mas um terceiro. Mas ela é satisfatória na medida em que faz referência à cobertura de um risco e não a uma simples prestação devida em caso de sinistro. Ao assim fazer, o tomador de seguro é encarado como um comprador de segurança que retira do contrato uma vantagem imediata e prontamente apreciável, quer sobrevenha ou não um sinistro. A opinião que eu defendo juntamente com *Hubert Groutel e Jérôme Kullmann*, de que o contrato de seguro não é um contrato aleatório, assim se confirma. A este respeito, é significativo que o termo *alea* não se apresente em lugar nenhum do projeto e que o contrato que se refere a um passado conhecido não é nulo por ausência de *álea*, seus efeitos ficando apenas limitados ao futuro.<sup>10</sup>

É igualmente significativo que o interesse no seguro seja outro grande ausente do projeto. A concepção francesa (muito diferente da concepção brasileira), que confina o interesse do seguro aos seguros de dano e recusa a passagem do interesse do seguro ao seguro de um interesse, se encontra aqui consagrada. A prova está em que o termo “segurado” (definido no art. 1:202 como “a pessoa cujos interesses são protegidos contra as perdas pelo seguro de dano<sup>11</sup>”) não é utilizada nos seguros de pessoas, em que se prefere a expressão “pessoa exposta ao risco”<sup>12</sup>. O termo “interesse” não é ademais utilizado senão por um texto: o art. 8:104 relativo aos seguros múltiplos. Pode ser um pouco excessivo, já que poderia ter sido aplicado nos textos sobre o infrasseguro e sobresseguro<sup>13</sup> e mesmo para aquele concernente ao princípio indenitário<sup>14</sup>. Mas isto reaproxima a concepção, bastante “mundana” que eu defendo, segundo a qual o segurador cobre as pessoas ou as coisas e não os interesses.

## Um projeto liberal

Este caráter aparece claramente nos textos sobre a forma e a prova do contrato. Neste ponto, o artigo 2:301, pelas suas repetições mesmas, aparece como um manifesto. Merece ser integralmente citado:

<sup>9</sup> Tradução livre. No original, em francês: “*une partie, l'assureur, promet à une autre partie, le preneur d'assurance, de couvrir ce dernier contre un risque déterminé en échange d'une prime*”.

<sup>10</sup> Projeto, art.: 2:401.

<sup>11</sup> Tradução livre. No original, em francês: “*la personne dont les intérêts sont protégés contre les pertes par l'assurance de dommages*”.

<sup>12</sup> Projeto, art. 1:202, que a define como “a pessoa cuja vida, saúde, integridade ou estado são assegurados”. Tradução livre. No original, em francês: “*la personne dont la vie, la santé, l'intégrité ou l'état est assuré*”.

<sup>13</sup> Respectivamente, arts. 8:102 e 8:103.

<sup>14</sup> Art. 8:101.

O contrato de seguro não requer forma escrita, nem para sua conclusão nem para sua prova; não é, tampouco, submetido a qualquer exigência de forma particular. A prova da existência do contrato pode ser feita por todos os meios, notadamente por testemunho oral<sup>15</sup>.

Deste modo, o contrato não é somente um contrato consensual (como no direito francês), mas também não requer forma específica para sua validade. É também um contrato que se prova livremente. Isto evita o contencioso sobre a falta de documento assinado que encontramos em direito francês, ao menos para as modificações introduzidas no contrato (aditivos)<sup>16</sup>.

O mesmo liberalismo se pode ver em relação aos efeitos do contrato. A liberdade contratual está protegida pelo fato de que, mesmo com o artigo 1:103 do projeto reservando a possibilidade de regras imperativas, ele não as contém por ora<sup>17</sup>. Atualmente, todas as regras são supletivas e é, portanto, possível derogá-las. Mais precisamente e em virtude do mesmo texto, que é um dos mais importantes do projeto, estas derrogações são possíveis em detrimento do segurador em todos os casos e em detrimento do segurador ou do tomador de seguro no caso de “grandes riscos” no sentido do direito comunitário. A distinção é pertinente. Para os “grandes riscos”, ou seja, numa primeira análise, para os riscos de grandes empresas, não há por que presumir um desequilíbrio entre as partes do contrato. O tomador de seguros que possui em sua organização um setor de “seguros” ou um departamento que se ocupe do “risk management”, está em pé de igualdade com o segurador. Deste ponto de vista, o projeto se afasta muito do direito francês do contrato de seguro, no qual todas as regras são imperativas exceto por uma curta lista de disposições limitativamente enumeradas no art. L 111-2 do *Code des assurances*, e que não produz muitos efeitos para a distinção entre os grandes riscos e os riscos de massa<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Do fato da redação do art. L. 112-3, c. *assir.*, que invoca uma modificação introduzida no contrato “assinada pelas partes”.

<sup>16</sup> O parágrafo (1) do artigo 1:103 em que deveriam figurar estas regras foi deixado em branco.

<sup>17</sup> Exceto em direito internacional privado por determinação da regra de conflito (c. *assur.*, art. 181-3), ainda que em direito substancial para as questões de documentos pré-contratuais (art. R 112-2) e da língua do contrato (art. L 112-3).

<sup>18</sup> A. Muller, *Vers um droit européen du contrat d'assurance? Le projet Group Restatement of European Insurance Contract Law*, p. 23.

## Uma proteção inteligente do tomador de seguro

A proteção do tomador encontra-se evidentemente no núcleo do projeto e inspirou os trabalhos do *grupo de Innsbruck* desde a sua origem<sup>19</sup>. Ela nos parece inteligente a partir de dois pontos de vista:

1º) Em primeiro lugar, o desenvolvimento dos trabalhos (aos quais Jérôme Kullmann não é sem dúvida estranho) é muito pragmático. Trata-se de identificar as hipóteses nas quais o tomador pode ser vítima do comportamento do segurador ou de sanções contratuais excessivamente severas... e de resolver caso a caso o problema! Assim, as falhas do tomador na sua obrigação de cooperação posterior ao sinistro (que, no geral, é ela mesma uma novidade) não são sancionadas a não ser que causem prejuízo ao segurador e, em princípio, somente por uma redução da prestação do seguro (que nós podemos supor seja a medida do prejuízo)<sup>20</sup>. Não têm por consequência a perda do direito às prestações a menos que sejam particularmente graves (falta intencional ou mesmo o “dolo eventual”), o que se reaproxima das proposições da doutrina francesa<sup>21</sup>.

Quanto ao segurador, e sempre em caso de sinistro, ele deve se pronunciar rapidamente sobre a garantia (seu silêncio conservado por um mês após o recebimento dos documentos e informações necessárias à regulação do sinistro equivale à aceitação<sup>22</sup>). Ademais, a prescrição não corre a seu favor senão a partir da sua tomada de posição<sup>23</sup>. E quando ele aceita sua garantia, deve pagá-la rapidamente (na semana em que formaliza a aceitação, o que é muito pouco<sup>24</sup>), sob pena de pesadas sanções (juros da taxa do Banco Central Europeu majorados em sete pontos a contar da notificação formal, acrescidos de danos e juros compensatórios<sup>25</sup>). Sempre depois do sinistro, não se pode rescindir o contrato injustificadamente, o que é uma maneira de evitar rescisões abusivas. A mesma preocupação de evitar abusos se encontra a respeito da rescisão do contrato por não pagamento do prêmio. Deve-se evitar que o segurador atrase a rescisão de modo a permitir que, posteriormente, ele venha a cobrar vários anos de prêmios atrasados. Para este fim, o projeto prevê que o contrato é reputado rescindido se uma ação de cobrança não é proposta nos dois meses seguintes ao início do período de suspensão da garantia<sup>26</sup>. Todas essas disposições,

<sup>19</sup> Projeto, art. 6:102 que, sem dizê-lo, parece aplicar.

<sup>20</sup> A. d'Hauteville, *Plaidoyer pour une réforme des clauses de déchéance en droit des assurances, éance en droit des assurances, RGDA 2004*, p. 299.

<sup>21</sup> Projeto, art. 6:103.

<sup>22</sup> Projeto, art. 7:102.

<sup>23</sup> Projeto, art. 6:104.

<sup>24</sup> Projeto, art. 6:105.

<sup>25</sup> Projeto, art. 5:103.

<sup>26</sup> Projeto, art. 9:101 (3).

cujas determinações são bastante astuciosas, vão neste sentido. Atrás de uma aparente modéstia, elas escondem uma grande eficácia.

2º) Em segundo lugar, a proteção do tomador não se justifica se ele não a merecer. Seus comportamentos desleais ou abusivos devem ser reprimidos. Quando se trata dos primeiros, vimos que o descumprimento voluntário da obrigação de cooperação depois do sinistro seria sancionado com a não garantia. A mesma sanção se aplica à inexecução voluntária da obrigação de minimizar o dano<sup>27</sup> ou das obrigações de prevenção eventualmente a cargo do tomador<sup>28</sup>. Para estas, a inexecução justifica igualmente a rescisão do contrato pelo segurador<sup>29</sup>.

Quanto aos comportamentos abusivos, eu penso nas hipóteses em que o segurado tira um proveito abusivo de uma regulamentação ou de uma jurisprudência protetora. Assim, no direito francês, o regime restritivo das cláusulas de exclusão (que devem ser precisas, limitadas e redigidas em caracteres bem destacados<sup>30</sup>) autoriza todos os abusos com o apoio de certos juízes tentados a praticar a “caça às exclusões”. No projeto, este regime desaparece (o que é coerente, em se tratando da exigência de caracteres bem destacados, com a recusa de todo formalismo). E, ademais, as exclusões não são nomeadas como tais. Em lugar disso, o projeto traz o princípio de que “todos os documentos fornecidos pelo segurador devem ser claros e compreensíveis” e um princípio de interpretação em favor do tomador de seguro, do segurado ou do beneficiário<sup>31</sup>. Esta proteção, que se aplica a todas as cláusulas e não somente às exclusões, me parece suficiente. Na mesma ordem de ideias, destaco a generalização a todos os contratos de seguros (e não somente aos seguros de vida, ou aos seguros comercializados à distância ou a domicílio<sup>32</sup>) de um prazo de renúncia (no caso, de 14 dias<sup>33</sup>) em benefício do tomador. A disposição é protetora deste último, que, a despeito disto, não poderá fazer dela uso abusivo. Em particular, se o ponto de partida do prazo é postergado para o dia da efetiva entrega dos documentos contratuais (condições gerais e particulares)<sup>34</sup>, não parece sê-lo se uma das numerosas informações que devam figurar nestes documentos, em virtude do artigo 2:501, não está presente. O tomador não poderá usar esta ausência como argumento para exercer com

<sup>27</sup> V., na parte geral, Projeto, art. 4:103, e na parte especial dos seguros de dano, art. 9:101 (3). A diferença é que o primeiro texto supõe uma cláusula neste sentido (que pode, de outro lado, prever uma perda somente parcial do direito à garantia), enquanto o segundo parece prever uma ausência total de cobertura independentemente de qualquer cláusula, o que é curioso.

<sup>28</sup> Projeto, art. 4:102.

<sup>29</sup> C. assur., art. L 113-1.

<sup>30</sup> Projeto, art. 1:203.

<sup>31</sup> Como é o caso em direito francês; v. respectivamente, C. Assur., art. L 132-5-1, art. L 112-2-1 e L 112-9.

<sup>32</sup> Projeto, art. 2:303.

<sup>33</sup> Projeto, art. 2:303.

<sup>34</sup> Projeto, art. 2:303.

atraso sua faculdade de renúncia. No direito francês, em matéria de seguro de vida, este tipo de comportamento abusivo foi infelizmente avalizado pelo Judiciário<sup>35</sup>. Não poderia mais sê-lo se o projeto fosse aplicável.

Ainda neste ponto, as regras são de bom senso e o projeto parece, a este respeito, um modelo a ser seguido. Infelizmente, ele se apresenta também, sob outros aspectos, como um antimodelo.

## Os defeitos do projeto

Defeitos eram previsíveis levando-se em conta os métodos de trabalho adotados pelo “grupo de Innsbruck” e o objetivo visado, que era o de uniformização do direito dentro da União Europeia.

## Defeitos ligados ao método de trabalho

No que diz respeito a estes métodos, escolheu-se trabalhar em inglês e sobretudo estabelecer um só original do projeto na língua inglesa, relegando-se as versões em outros idiomas para meras traduções. Esta escolha foi pretensamente motivada por considerações de ordem orçamentária, mas elas não convencem. Quando nos atrelamos a um tal projeto, é necessário que nos sejam fornecidos os meios financeiros. As consequências são, em todo caso, muito negativas.

- Em primeiro lugar, as traduções apresentam todos os defeitos típicos das traduções, a saber, a sua falta de fidelidade para com o texto original. Deste ponto de vista, a tradução francesa do projeto, aquela com a qual colaborou Jérôme Kullmann, é decepcionante. O conjunto faz pensar num rascunho muito mais do que num trabalho definitivo. Desta forma, é juridicamente incorreto escrever que “o tomador do seguro tem o direito de anular o contrato por escrito dentro de um prazo de 14 dias”<sup>36</sup>, já que juridicamente trata-se de tudo (revogação, retratação, renúncia)... menos de anulação! Além disso, eu não tenho certeza a respeito da tradução exata da expressão “*the policyholder shall be entitled to avoid the contract...*”, utilizada pela versão inglesa (“evitar” conviria melhor do que “anular”). E o que dizer da sentença: “sob reserva de uma cláusula clara da apólice de seguro prevendo

<sup>35</sup> Tradução livre. Em francês: “*le preneur d'assurance a le droit d'annuler le contrat par écrit dans un délai de 14 jours*”. Projeto, art. 2:303.

<sup>36</sup> Tradução livre. Em francês: “*sous réserve d'une clause claire de la police d'assurance prévoyant la réduction de la somme d'assurance selon la gravité de la faute commise, le preneur d'assurance ou l'assuré, selon le cas, a le droit d'être indemnisé des dommages qu'il a causés par une action, ou une omission, due à sa négligence*”. V. J. Bigot, *L'assureur face à l'obligation de mise en garde : épouvantail ou épée de Damoclès*, JCP G, I, 135.

a redução da soma do seguro segundo a gravidade da falta cometida, o tomador de seguro ou o segurado, de acordo com o caso, tem o direito de ser indenizado dos danos que causou por uma ação, ou uma omissão, devida à sua negligência<sup>37</sup>? Ela é incompreensível e – parece-me – absolutamente falsa. Com efeito, a expressão “sob reserva” aparenta significar na realidade “salvo” ou “à exceção de”. A frase correta, claramente mais simples, seria, então, escrita assim: “salvo cláusula contrária prevendo uma redução da prestação, o segurado tem o direito de ser indenizado dos danos causados pela sua negligência<sup>38</sup>”. É verdade que a tradução não está aqui em discussão, mas a versão original me pareceu demasiado complicada.

- Em segundo lugar, vemos bem com este exemplo que o método escolhido conduz inevitavelmente a privilegiar, sob o manto da língua inglesa, o enfoque dos direitos anglo-saxões. Um jurista francês não teria jamais escrito desta forma, como também não teria jamais utilizado nove repetições no projeto dos termos “razoável” ou “razoavelmente<sup>39</sup>”. A meu ver, não se trata de impor cegamente os métodos do direito francês ou de qualquer outro direito, mas ao menos de encontrar um justo equilíbrio, de procurar os equivalentes em cada um dos direitos que se pretende uniformizar. Uma redação em vários originais (como aquelas praticadas no Canadá ou na Suíça) o teria permitido. Ao contrário, o método da tradução, que introduz um duplo viés (aliado às imperfeições da tradução em si e à dificuldade para adaptar o termo traduzido ao vocabulário jurídico do país “de chegada<sup>40</sup>) não o permite.

- Em terceiro lugar, este método conduz a uma perda de legibilidade da lei em detrimento de quem (no caso, os segurados que não pratiquem o inglês e que não possam, então compreender a “versão oficial supostamente mais clara”) tem a maior necessidade de ser protegido. Numa época em que nós insistimos tanto na acessibilidade do direito, qual o sentido de haver um texto que mesmo os especialistas têm dificuldade de decifrar? Este defeito corre o risco de ser agravado pelo fato de que, sempre com a pretensa preocupação de economia, as apólices sejam sem dúvida traduzidas pura e simplesmente em vez de serem adaptadas ao contexto local. Pior: não é certo que elas devam ser traduzidas. O artigo 1:203 do projeto indica que “todos os documentos fornecidos pelo segurador (...)

<sup>37</sup> Tradução livre. No original, em francês: “*sauf clause contraire prévoyant une réduction de la prestation, l'assuré a le droit d'être indemnisé des dommages qu'il a causés par sa négligence*”.

<sup>38</sup> Tradução livre. No original, em francês: “*sauf clause contraire prévoyant une réduction de la prestation, l'assuré a le droit d'être indemnisé des dommages qu'il a causés par sa négligence*”.

<sup>39</sup> Em francês: “*raisonnable*” e “*raisonnablement*”.

<sup>40</sup> V. G. Cornu, Relatório de síntese in *Les mots de la loi*, sous la dir. de N. Molfessis, 1999, Economica, spéc. p. 102, que estima que a dominação da língua de trabalho conduz a uma “transação duplamente leonina para os outros”.

devem ser fornecidos na língua na qual o contrato foi negociado”. Mas e o que dizer dos contratos (a maioria) que não são negociados? E *quid* dos contratos negociados em inglês por um corretor de massa inglês, por um segurador inglês e distribuído na França ou em outro país? Numa interpretação literal, o artigo 1:203 não impõe que sejam traduzidos. Estamos longe do imperativo de proteção ao tomador de seguros que estava, no entanto, no núcleo do projeto.

## Os defeitos ligados ao objetivo de uniformização

No que concerne a este objetivo, o risco é evidentemente que o acordo se realize ao redor de compromissos instáveis sem grande base jurídica. Este é, infelizmente, o caso do projeto. Vou citar três exemplos (o último sendo especulativo):

1º) Em matéria de declaração dos riscos, que me parece globalmente muito maltratada pelo projeto, a escolha se deu entre o sistema do “questionário fechado” (em que o segurado deve se limitar a responder às questões que o segurador lhe faz) e o sistema do “questionário aberto” (em que ele deve declarar todas as circunstâncias do risco por ele conhecidas). Ou os redatores do projeto não souberam escolher ou, mais precisamente, adotaram uma solução de compromisso distinta de acordo com a época da declaração. Quando da subscrição, parece que eles teriam adotado o sistema do questionário fechado, ainda que a fórmula utilizada no art. 2:101 seja excessivamente complicada. Em lugar de impor ao solicitante que informe ao segurador as circunstâncias relativas ao objeto das negociações, teria sido mais simples exigir dele que responda às questões que o segurador lhe faz. Por outro lado, em caso de agravamento do risco no curso do contrato, o artigo 4:201 retém o sistema do questionário aberto (conhecido do direito francês através de uma lei de 31.12.1989): devem ser declaradas as circunstâncias agravantes (e de uma certa gravidade) especificadas no contrato. Não é mais feita referência ao questionário.

2º) Em matéria de obrigação de informação, aprovaremos sem reserva que o artigo 2:202 do projeto imponha ao segurador, quando da subscrição, a obrigação de vigilância quanto à inadequação da cobertura às necessidades do segurado. Esta obrigação imposta pela jurisprudência francesa<sup>41</sup> se encontra assim consagrada por um texto normativo. Mas porque nenhuma obrigação deste gênero está prevista no curso do contrato, no art. 2:701

<sup>41</sup> V. J. Bigot, *L'assureur face à l'obligation de mise en garde: épouvantail ou épée de Damoclès*, JCP G, I, 135.

do projeto, tendo em vista que as necessidades do segurado podem evoluir?<sup>42</sup> Trata-se de um esquecimento ou a marca de uma solução de compromisso que operaria – aqui ainda – no meio de uma segmentação do tempo?

3º) Em matéria de ação direta da vítima de seguros de responsabilidade, ainda que os trabalhos do grupo ainda não estejam concluídos neste particular, foi-nos indicado que um compromisso poderia ser encontrado entre os direitos que não conhecessem uma tal ação e os que a admitem. Ela será reconhecida somente para os seguros obrigatórios. Os juristas franceses que praticam a ação direta sem grande inconveniente há mais de 70 anos e para todos os seguros de responsabilidade, considerarão tratar-se de um verdadeiro retrocesso.

Em definitivo, o resultado do método escolhido e dos compromissos operados nos parece causar uma grande insegurança jurídica, quer para o segurado ou para o segurador. Assim, o segurado não sabe com certeza as circunstâncias que ele deve declarar: as únicas circunstâncias relativas ao risco ou todas aquelas que se referem ao objeto da negociação? A leitura do artigo 2:101, que em nenhum momento faz referência ao risco, não nos diz muito. Pior, sempre na leitura deste texto, ele deve declarar as circunstâncias que ele não conhece (mas das quais então deveria ter conhecimento). De sua parte, razões não faltam para sentir-se desorientado.

Quanto ao segurador, ele não sabe, com certeza, quando deve informar ao tomador (na subscrição ou no curso do contrato?) e mesmo quando ele está obrigado a garantir. A assimilação da falta intencional à hipótese (que em francês se qualifica como “dolo eventual”) em que o segurado agiu “temerariamente e com consciência de que um tal dano provavelmente resultaria”<sup>43</sup> corre o risco de se tornar um “ninho de contendas”. Somente um juiz poderá determinar, caso a caso, o que se entende por agir “temerariamente” e qual o grau de probabilidade que se deve exigir para que se opere a exclusão. Da mesma forma, em caso de seguro por conta, o segurador não sabe quais exceções poderá opor ao segurado por conta. O artigo 11-103 parece considerar, a despeito da noção de estipulação por terceiros, que são as únicas exceções pessoais ao segurado. Com efeito, dispõe que “a violação das suas disposições por um segurado não importa prejuízo ao direito de outras pessoas seguradas pelo mesmo contrato de seguro”. Mas isto, sempre de acordo com o texto “a menos que o risco seja segurado conjuntamente”. O que se deve entender por isto? Eu renunciei definitivamente a sabê-lo. Em francês, dizemos: “o que se concebe bem

<sup>42</sup> V. tipicamente, na jurisprudência francesa, Cass. 2e civ. 5.7.2007, nº 04-10273, *Resp. civ. et assur.* 2006, comm. 277 et Repère 9, obs. H. Groutel a propósito de uma cláusula de não habitação, que se tornou muito constrangedora depois que o segurado (uma pessoa idosa) teve que sair do seu domicílio.

<sup>43</sup> Projeto, art. 9:101.

se enuncia claramente”. Os autores do projeto parecem ter esquecido esta máxima, preferindo uma outra: “por que fazer simples o que podemos fazer complicado?”. Compreendemos as dificuldades inerentes a todo trabalho de uniformização. Mas, numa matéria como o seguro, em que a técnica é a mesma em todos os lugares e onde ela transcende o direito, elas são menores do que em outras. Teria sido possível fazer um projeto mais simples e, sobretudo, mais compreensível.

### III. O FUTURO: A SORTE DO PROJETO

Levando em consideração tudo o que foi dito a respeito das qualidades e defeitos do projeto, mas também sobre o processo comunitário dentro do qual ele se insere, qual pode ser seu futuro? Que uso poderá ser feito deste “quadro de referências comuns”? Se deixarmos de lado a pista de um direito uniforme de caráter imperativo para os Estados-membros, que parece ter sido abandonada por ora, restam dois possíveis usos.

O primeiro é, como eu já havia adiantado, o de considerar este projeto como uma simples “caixa de ferramentas”. As instâncias europeias poderão se inspirar no quadro de diretivas no futuro e notadamente para a revisão das conquistas comunitárias em matéria de direito do consumidor<sup>44</sup>. É um uso “suave”, por duas razões. Primeiramente, porque o projeto não tem vocação para ser integrado num instrumento comunitário e, assim, substituir os direitos internos dos Estados-membros. O objetivo é somente de lhes fazer evoluir progressivamente numa perspectiva de uniformização. A seguir, porque esta evolução se fará por meio da transposição de uma diretiva que autoriza certa margem de manobra e, em todo caso, permite adaptar o texto à engenharia própria do direito de cada Estado-membro. O trabalho de aculturação é, assim, facilitado.

O risco deste método é evidentemente o de perder de vista o objetivo inicial. É um risco de diluição<sup>45</sup>. Recentemente, a Presidência francesa da União Europeia desejou relançar o projeto de “quadro de referências comuns” especificando que deveria incluir no seu domínio, desta vez, o direito comum dos contratos e as regras próprias dos contratos de consumo<sup>46</sup>. Mas ainda não se sabe se este liame é indivisível ou se, em conformidade com

<sup>44</sup> V. a proposição de diretiva relativa aos direitos dos consumidores de 9 out. 2008 (COM (2006) 614 final, D. 2008, Act. lég. 2784). Esta proposição é a consequência de um *Livre vert* da Comissão de 7 de fevereiro de 2007 (COM (2006) 744 final).

<sup>45</sup> D. Blanc, *Droit européen des contrats: un processus en voie de dilution*, D. 2008, p. 564.

<sup>46</sup> J. Gest, *Les travaux préparatoires du projet de Cadre commun de référence sous la Présidence française du Conseil de l'Union européenne*, D. 2009, p.1431.

as declarações anteriores da Comissão<sup>47</sup>, a prioridade não será dada à revisão das conquistas comunitárias, apenas. Como nos outros domínios, o voluntarismo da presidência francesa tem seus limites.

O outro uso consistirá em fazer do projeto um instrumento opcional ou, por outras palavras, um 28º regime que poderá ser escolhido pelos contratantes em lugar do direito aplicável, quer se trate de contratos internacionais ou de contratos puramente internos. Os profissionais do seguro o desejam vivamente, pois os custos de adaptação dos contratos à legislação de cada Estado-membro (que não se limitam aos custos de tradução) são consideráveis. É então provável que, se este instrumento existisse, ele seria massivamente adotado. No termo, a concorrência dos direitos terá papel necessariamente favorável ao instrumento opcional que o segurado não poderá recusar na prática, se todos os contratos que lhe forem propostos estiverem submetidos ao mesmo. E tal será o caso se este instrumento for de pior qualidade (em termos de segurança jurídica e de proteção ao consumidor) que o direito normalmente aplicado. Quando se conhece o pouco peso dos serviços jurídicos no seio das companhias de seguro, a solução menos onerosa será frequentemente preferida em detrimento de um direito mais certo, porém mais caro.

Esta solução contribuirá para tornar efetivo o mercado único do seguro? Não se sabe ao certo. Se a livre prestação de serviços (vale dizer a possibilidade de um segurador de um Estado da União de distribuir diretamente os produtos de seguro num outro Estado, sem recorrer a uma filial ou sucursal) é atualmente tão pouco praticada, isto ocorreria por conta de questões jurídicas? Existem muitos outros motivos que explicam o porquê disso, a começar por uma preferência geográfica do consumidor do seguro pelo segurador local, já que a proximidade é encarada como garantia da qualidade dos serviços. De uma maneira geral, o desenvolvimento de um mercado de seguros não está condicionado à superveniência de um direito uniforme. Os Estados Unidos são o maior mercado do mundo, mas seu direito não está uniformizado. E, reciprocamente, os dezoito Estados africanos francófonos da zona CIMA, que conhecem um direito uniforme e, mais ainda, de boa qualidade, constituem um mercado de tamanho minúsculo. É que o desenvolvimento de um mercado leva em conta muito mais circunstâncias econômicas e sociais do que jurídicas.

Não se discute que um direito de qualidade, certo, protetor e vinculante, seja um elemento de sucesso. Será uma pena que a lei de *Gresham*, segundo a qual a “moeda ruim caça

<sup>47</sup> V. segundo relatório sobre o estado de avanço do quadro de referências comuns, 25 jul. 2005 COM (2007) 447 final, segundo o qual “os resultados dos trabalhos do CCR serão integrados, caso seja necessário, da revisão das conquistas comunitárias em matéria de proteção dos consumidores que foi objeto de um *Livre vert* da Comissão publicado em 7 de fevereiro de 2007”.

a boa”, deva se aplicar ao direito do seguro. Deste ponto de vista, o projeto do grupo de *Innsbruck* deveria ser muito melhorado para se tornar de uma vez – as coisas caminham aos pares – mais claro e mais legível. É até mesmo paradoxal que um projeto que imponha que os documentos contratuais sejam “claros e compreensíveis”<sup>48</sup> não o seja ele mesmo. Para voltar aos países africanos da zona CIMA e, mais genericamente, a todos os países onde os direitos sejam amplamente inspirados no direito francês e que o tenham sempre considerado como modelo, qual será a sua atitude em face deste direito europeu tão diferente e (por que não dizê-lo?) de uma qualidade inferior à daquele que eles admiram? É pouco provável que eles se inspirem neste novo direito, o que cortaria a França da sua zona de influência jurídica. Para exportação, é possível garantir que o projeto, no seu estado atual, se venderá mal, e isso pode acontecer na África... ou no Brasil! Se este estado de coisas subsistir, caberá ao jurista, aquele que busca o belo direito, ir respirá-lo em outros lugares, por exemplo, no hemisfério sul. Vejam vocês: eu ainda virei visitá-los outras vezes!

Agradeço a atenção de todos.

<sup>48</sup> Projeto, art. 1:203.

A RBDSRC publica artigos nas áreas do Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil.

Os textos, escritos em português ou espanhol, devem ser encaminhados em formato Word (.doc) para o e-mail [ibds@ibds.com.br](mailto:ibds@ibds.com.br).

Os artigos devem ter até 30 laudas de 2.100 caracteres, redigidos conforme os padrões da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

Reserva-se à *Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil* o direito de não publicar os textos recebidos.

#### FORMATAÇÃO

**Folha:** carta

Editor de texto > Word para Windows XP ou superior  
Margens > esquerda, direita, inferior e superior de 2 cm

Fonte > Times New Roman 12

Parágrafo > Espaçamento anterior: 0 ponto; posterior: 12 pontos; entre linhas: duplo; alinhamento à esquerda

**Texto:** a primeira página do artigo deve conter:  
> Título com, no máximo, oito palavras, em maiúsculas e negrito (português e inglês).

> Resumo em português (ou espanhol), com cerca de 150 palavras, alinhamento à esquerda, contendo campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusão.

> Início do texto

**Referências:** devem ser citadas no corpo do texto com indicação do sobrenome, ano e página da publicação. Referências bibliográficas completas deverão ser apresentadas em ordem alfabética no final do texto, de acordo com as normas da ABNT (NBR-6023).

**Notas:** devem ser reduzidas ao mínimo necessário e apresentadas no rodapé do texto, numeradas sequencialmente.

**Diagramas, quadros e tabelas:** devem apresentar título e fonte e ser colocados ao final do texto, após as referências. Sua posição deve ser indicada no próprio texto, constando referência a eles no corpo do artigo. Deve-se evitar a repetição de informações contidas no texto.

**Informações complementares:** no mesmo arquivo, o autor deverá enviar:

> Página 1: Título do artigo seguido da identificação do(s) autor(es) – nome completo, instituição à qual está ligado, cargo, endereço para correspondência, telefone e e-mail.

Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

A remessa do texto pelo autor implica sobre este a cessão dos direitos autorais para a *Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil* e a permissão de sua publicação em meio eletrônico. É permitido citar parte dos textos sem solicitação prévia, desde que identificada sua fonte.