

II FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO

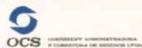
"JOSÉ SOLLERO FILHO"

1 a 4 de novembro/2001
Porto Alegre/RS

PATROCÍNIO



APOIO

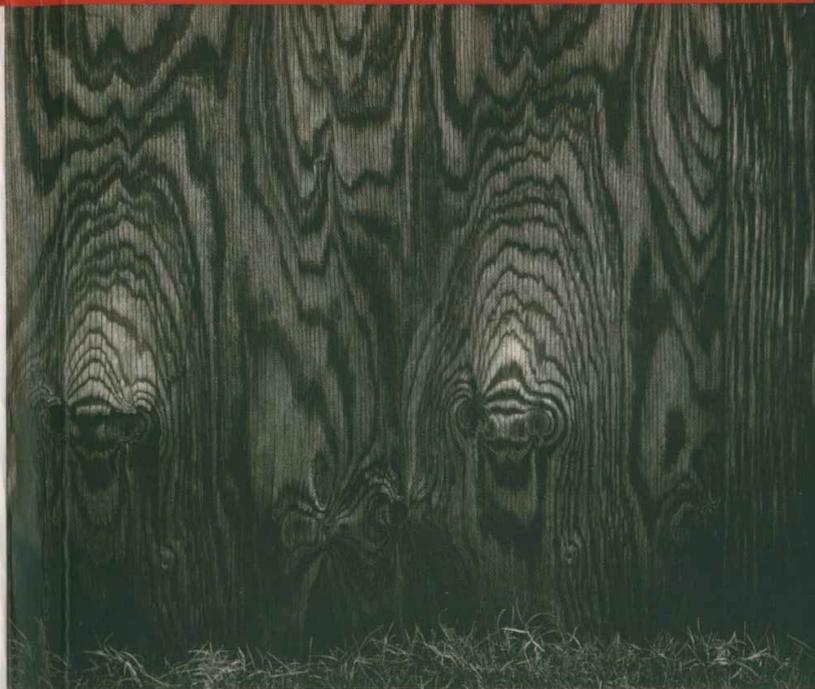


Instituto Brasileiro de Direito do Seguro



II FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO "JOSÉ SOLLERO FILHO" VOLUME IV

ESTUDOS DE DIREITO DO SEGURO
Coordenado pelo Instituto Brasileiro de Direito do Seguro - IBDS



II FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO

"JOSÉ SOLLERO FILHO"

Athos Gusmão Carneiro / Celso de Azevedo / Donaldo Armelin / Ernesto Tzirulnik / Francisco Artigas / François Ewald / Jean Bastin
José Eduardo Martins Cardozo / José Maria Muñoz Paredes / João Bosco Lee / Judith Martins-Costa / Justino Duque Dominguez
Luiz Guilherme Marinoni / Marco Aurélio Greco / Ovidio A. Baptista da Silva / Paulo Luiz de Toledo Piza / Ronaldo Porto Macedo Junior
Rubén Saul Stiglitz / Tarso Genro / Vera Helena de Mello Franco / Waldo Augusto Sobrino / Werter Rotunno Faria



Instituto Brasileiro de Direito do Seguro



**II FÓRUM
DE DIREITO DO SEGURO
“José Sollero Filho”**

Instituto Brasileiro de Direito do Seguro

**II FÓRUM
DE DIREITO DO SEGURO
“José Sollero Filho”**

Edição patrocinada pelo
IBDS - Instituto Brasileiro de Direito do Seguro



Copyright:
Instituto Brasileiro de Direito do Seguro - IBDS

Editoração:
BEI
bei@bei.com.br

Foto da capa:
“Gnomos de Cabo Polonio”
do fotógrafo gaúcho Leopoldo Plentz

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

F745 Fórum de direito do seguro José Sollero Filho (2. : 2001 :
São Paulo, SP)
II Fórum de direito do seguro. - São Paulo : Manuais
Técnicos de Seguros : IBDS, 2002.
452p. ; 21 cm.

ISBN 85-85549-58-0.

1. Seguro – Legislação Brasil. I. Instituto Brasileiro de
Direito do Seguro. II. Sollero Filho, José.

CDD 368.981

2002

IBDS

Av. Angélica, 2466, cj. 63, São Paulo, SP, CEP 01228-200
fone (11) 3159-0055 - fax (11) 3237.3367
e-mail: dirseg@ibds.com.br

EMTS

Rua Dr. Neto de Araújo, 212, São Paulo, SP, CEP 04111-000
fone: (11) 5083-5587 – fax: (11) 5083-5468
e-mail: editora@emts.com.br

SUMÁRIO

Apresentação	9
---------------------------	---

I – ABERTURA

I.1. Cerimônia	13
Sérgio Stock - Mestre de Cerimônia	

I.2. Discursos

Tarso Genro	20
Prefeito Municipal de Porto Alegre	

Athos Gusmão Carneiro	19
Presidente do II Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho”	

Ernesto Tzirulnik	14
Presidente do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro	

José Sollero Filho	22
<i>(mensagem especial)</i>	

II – EMPRESA DE SEGURO E PREVIDÊNCIA PRIVADA

François Ewald	27
Risco, sociedade e justiça	

Rubén S. Stiglitz	43
Controle do estado sobre a atividade seguradora	
José Eduardo Martins Cardozo	53
A fiscalização da empresa de seguros e previdência	
Ovídio A. Baptista da Silva	75
Natureza jurídica do “Monte de Previdência”	
Ronaldo Porto Macedo Júnior	89
Qualificação jurídica dos fundos de previdência	
Justino Duque Domingues	103
Natureza jurídica e função dos planos de previdência	
Rubén S. Stiglitz	141
Mora da seguradora	
Paulo Luiz de Toledo Piza	163
A mora da seguradora e o controle da regulação de sinistro pela resseguradora	

III – QUESTÕES CONTRATUAIS

Werter R. Faria	191
A responsabilidade civil do corretor de seguros	
Waldo Augusto Sobrino	205
A responsabilidade profissional do corretor e os desafios do século XXI	
Jean Bastin	239
A proteção dos credores na economia de mercado	

Francisco Artigas	269
Dos seguros de crédito e garantia no direito comparado latino-americano	
José María Muñoz Paredes	299
O co-seguro tradicional e o contemporâneo	
Judith Martins-Costa	339
O co-seguro no direito brasileiro	
Donaldo Armelin	367
A prova indiciária da fraude	
Luiz Guilherme Marinoni	375
Simulação e prova	
Celso de Azevedo	385
A prova indiciária da fraude no direito do seguro A fraude no seguro marítimo e no comércio eletrônico - <i>Common Law</i>	

III – PROSPECTIVAS

João Bosco Lee	399
Arbitragem e seguro	
Marco Aurélio Greco	409
Documentos eletrônicos e seguro	

IV – APÊNDICE

Vera Helena de Mello Franco	443
Breves reflexões sobre o contrato de seguro no Novo Código Civil Brasileiro	

APRESENTAÇÃO

Este livro é a quarta contribuição do **IBDS – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro** à bibliografia jurídica nacional. Foi precedido por outras quatro obras editadas pela Max Limonad: *I Fórum de Direito do Seguro – Anais*, com duas edições esgotadas; *Arbitragem e Seguro – Comércio Eletrônico e Seguro*, uma edição esgotada; *Seguros: uma questão atual*, uma edição esgotada, contendo o curso realizado pela Escola Paulista da Magistratura em profícua parceria com o IBDS. Essas obras, juntamente com *Regulação de Sinistro (ensaio jurídico)*, de Ernesto Tzi-rulnik, também editada pela Max Limonad e com três edições já esgotadas, compõem a coleção *Estudos de Direito do Seguro*, que totalizou, em menos de três anos, mais de nove mil volumes distribuídos para livrarias jurídicas e bibliotecas do Poder Judiciário de todo o país, assim como para centros de ensino do Direito, nacionais e estrangeiros. O presente livro e outro, que é simultaneamente lançado pelo IBDS, *O contrato de Resseguro: Tipologia, Formação e Direito Internacional*, de Paulo Luiz de Toledo Piza, ambos editados pelo **IBDS** em conjunto com a **EMTS – Editora Manuais Técnicos de Seguro**, encerram o hercúleo triênio, totalizando uma pioneira contribuição ao desenvolvimento da bibliografia securitária brasileira, com cinco livros e mais de onze mil volumes.

Estes Anais do **II Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho”** (novembro de 2001) contêm atualíssima doutrina de renomados juristas brasileiros e estrangeiros: **Brasil** – Donaldo Armelin, Luiz Guilherme Marinoni, João Bosco Lee, José Eduardo Martins Cardozo, Judith H. Martins-Costa, Marco Aurélio Grecco, Ovídio A. Baptista da Silva, Paulo Luiz de Toledo Piza, Ronaldo Porto Macedo Júnior e Werter Rotunno Faria; **Argentina** – Rubén S. Stiglitz e Waldo Augusto Sobrino; **Espanha** –

José María Muñoz Paredes e Justino F. Duque Dominguez; **Bélgica** – Jean Bastin; **Chile** – Francisco Artigas; **França** – François Ewald; **Inglaterra** – Celso Azevedo.

Os temas tratados: a compreensão conceitual do seguro e previdência privados, o exame de suas naturezas jurídicas, o regime de fiscalização estatal incidente sobre as atividades securitárias, o co-seguro, o seguro de crédito, a responsabilidade civil do corretor de seguro, o regime jurídico emergente das moras do segurador e do ressegurador, o sistema probatório e a fraude contra o seguro, a arbitragem e o documento eletrônico.

No apêndice, Vera Helena de Mello Franco examina o capítulo sobre o contrato de seguro do Novo Código Civil Brasileiro.

A obra – juntamente com o *Curso de Formação em Direito do Seguro à luz do Novo Código Civil Brasileiro* organizado pelo **IBDS** e composto de sessenta horas de aulas expositivas ministradas pelo Prof. Rubén S. Stiglitz, com a assistência de professores representantes do **IBDS**, da Ajuris–Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul, da Escola Paulista da Magistratura, da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, da Escola da Magistratura de Minas Gerais “Edésio Fernandes” e do IDEC-Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – encerra um primeiro ciclo de formação em Direito do Seguro, passagem indispensável para o lançamento das bases rumo à elaboração de um Projeto de Lei de Seguro, que permita o desenvolvimento sólido e genuíno das relações securitárias, há muito tempo esperado por todos os protagonistas do mercado segurador e pela sociedade brasileira.

O **IBDS** agradece aos seus palestrantes, patrocinadores e apoiadores, assim como aos advogados Marco Antonio Scarpassa e Fernanda Lobo e ao tradutor François Care, que muito contribuíram para que este livro viesse a público.

ERNESTO TZIRULNIK
Presidente do IBDS

I

ABERTURA

ABERTURA DO II FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO “JOSÉ SOLLERO FILHO”

THEATRO SÃO PEDRO

PORTO ALEGRE, 1º DE NOVEMBRO DE 2001

Sérgio Stock

Senhoras e Senhores sejam muito bem vindos ao II Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho”.

Hoje teremos o início de um evento com muitas singularidades, algo definitivamente incomum. O Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, nascido há pouco mais de um ano, realiza, a partir de agora, o seu segundo congresso anual: o II Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho”. Contra as expectativas, o advogado José Sollero Filho, que lamentavelmente não pôde estar fisicamente presente entre nós porque se encontra bastante adoecido, não é homenageado por ser um professor, um acadêmico, um autor festejado, uma autoridade formal. Foi escolhido como patrono do principal Fórum do IBDS graças à sua singeleza como homem, intelectual e advogado, graças à sua originalidade. Sollero, durante muitas décadas, ao mesmo tempo em que atuou com excelência na advocacia em prol do ressegurador brasileiro e de companhias de seguro, jamais deixou de lutar politicamente pela transformação da sociedade brasileira. Jamais fez riqueza apesar de sua fama profissional. Viveu para servir ao mundo.

Contra as expectativas, já podemos observar que a papelaria do Congresso privilegia a arte do fotógrafo gaúcho Leopoldo Plentz; e a foto escolhida é simbólica: veios de madeira de lei deste país.

Contra as expectativas, estamos iniciando um Congresso de Direito do Seguro já depois do cair da tarde; e não estamos em um auditório ou num Centro de Convenções. Um Congresso de Direito que tem início sem palestras, num dos mais importantes ícones da cultura rio-grandense, nosso Theatro São Pedro.

Convidamos para subir ao palco o Presidente do IBDS, Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, o advogado Ernesto Tzirulnik. O Presidente do II Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho”, Ministro Athos Gusmão Carneiro. E o Exmo. Senhor Prefeito de Porto Alegre, Dr. Tarso Genro.

Passo a palavra ao Presidente do IBDS, Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, o advogado Ernesto Tzirulnik.

Ernesto Tzirulnik

Boa noite a todos. Cabe-me fazer a prestação de contas do que é o Instituto Brasileiro de Direito do Seguro e o que tem realizado.

Antes disso, porém – vou procurar ser rápido – gostaria de agradecer a diversas pessoas. Em primeiro lugar a todos vocês, que vêm construindo o Instituto, ao José Sollero Filho, que lá para trás já vinha fazendo muito mais do que isso; aos palestrantes brasileiros e estrangeiros que vêm prestigiando o Instituto – da Argentina, Bélgica, Chile, Colômbia, Espanha, França e México. Enfim, a todos que quando convocados, ainda que correndo riscos de grandes viagens neste período de tantos temores, se deslocaram de seus países; e vêm reiteradamente fazendo isto, para contribuir para o desenvolvimento do nosso Instituto.

Não poderia deixar de agradecer também à Carla Joner e à Fernanda Lobo, que são responsáveis pela organização desse II Fórum. A Fernanda também pelo primeiro.

Não poderia deixar de agradecer a artistas plásticos como Takashi Fukushima, Patrícia Pastore, Leopoldo Plentz, que foram extremamente generosos e dedicados para conseguirmos unir o direito e outras manifestações da arte.

Na pessoa do Ulisses Rocha, agradeço aos músicos, que desde o nosso primeiro Fórum, quando convocados com dois dias de antecedência, arranjaram hinos para executarem ao vivo, arranjos originais como pretende ser o próprio Instituto. Hoje nos brindarão com sua música, acompanhados dos amigos Andreas Kisser e Renato Borgheti.

Quero agradecer também aos patrocinadores, especialmente às companhias seguradoras que vêm prestando a sua colaboração ao IBDS sem qualquer comprometimento de nossa opção política e intelectual.

Gostaria de agradecer muitíssimo ao Judiciário gaúcho, ao Governo Estadual do Rio Grande do Sul e à Prefeitura Municipal de Porto Alegre, especialmente, ao Sr. Prefeito Municipal, Dr. Tarso Genro, que abriu uma grande vala na sua atribulada agenda para estar conosco nesta noite, todos prestigiando o Direito do Seguro.

É devido um agradecimento especial à encantadora Eva Soffer, que nos propiciou o Theatro São Pedro, sua restauração, sua importância como sede da cultura gaúcha, e do qual ela cuida pessoalmente com tanto carinho.

Finalmente, gostaria de agradecer à minha família e às famílias dos meus companheiros de escritório, especialmente à Melissa Radesco que não pôde estar presente neste congresso embora tanto tenha trabalhado para sua realização.

O jornalista Sérgio Stock já deixou claro que a ortodoxia não é característica do Instituto que represento.

João Guimarães Rosa dizia que o não ortodoxo é o importuno agudo.

O IBDS pretende ser isso, um importuno agudo. Dar um passo além de interesses e práticas setoriais e, dessa maneira, contribuir para o desenvolvimento verdadeiro do Seguro e da Previdência Privada neste país, zelando pelo conjunto de interessados: seguradores, corretores, técnicos, reguladores, atuários e, sobretudo, segurados e vítimas da infelizmente.

Embora os seguros já tenham quase alcançado três por cento do Produto Interno Bruto Brasileiro, todos os que são mais próximos do mercado de seguros sabem que somos um dos países em que é maior o distanciamento entre conhecimento e atividade, na área. No Direito do Seguro isto é ainda pior. A cada momento, após décadas defendendo algumas teses, nos damos conta de que estamos criando alguns monstros que ferem

os interesses de todo mundo, da sociedade, dos segurados, dos próprios seguradores, e assim por diante.

No meio jurídico dito especializado não é incomum ouvirmos discursos impregnados do mais desusado individualismo. De outro lado, autores vanguardeiros, mais próximos da compreensão e dos anseios da sociedade atual, porém distanciados da prática securitária, procuram defender consumidores e, muitas vezes, sem perceber, acabam ferindo os eixos indispensáveis para a proteção dos interesses dos próprios consumidores, a médio e longo prazos.

Nos cursos de Direito, o contrato de seguro é sistematicamente desprezado. A pobreza doutrinária é gigantesca. Na regra, uns copiam os outros, desde o início do século.

Enquanto isso, o mercado de seguros cresce, se expande, e começam a serem importados práticas e conceitos, uns saudáveis, outros contrários aos interesses da nossa sociedade e à realidade brasileira.

É nesse contexto que nascemos, a partir de um grupo constituído de todos que estamos aqui, operadores do Direito de Seguro preocupados em cumprir, de forma consciente e voltada para a sociedade, nossos papéis de advogados de seguradoras ou de consumidores, de magistrados, de promotores de justiça, de professores universitários.

Contra essa vontade de mudar, certamente levantaram-se as mais diversas reações, mas nada que o importuno agudo não devesse esperar.

O IBDS manifestou-se pela primeira vez em maio do ano passado, em Cartagena de Indias, na Colômbia, para pleitear um Congresso de Direito de Seguro da AIDA, no Brasil. Como ao invés de um congresso, para o Brasil foram outorgadas medalhas e cargos, nosso primeiro gesto foi, lá mesmo, convocar a realização do I Fórum, na cidade de São Paulo. Foi nossa primeira e grata surpresa. Esperávamos algumas dezenas de pessoas, mas, embora tudo tenha sido organizado em apenas dois meses e meio, inscreveram-se mais de trezentas pessoas, além dos convidados estrangeiros e autoridades judiciárias. Foi um grande congresso, tão grande quanto qualquer outro congresso internacional organizado com muito tempo e a cooperação de muitos países. Logo de início, enfim, pudemos confirmar que o IBDS era necessário e muito bem vindo.

Mal chegado à luz do dia, o Instituto foi agraciado por juristas do porte do Athos Gusmão Carneiro, José Joaquim Calmon de Passos, Oví-

dio Baptista da Silva, Donaldo Armelin, Fábio Ulhoa Coelho, Flávio Queiroz e Sergio Cavaleri, que se prepararam e produziram palestras e artigos que consistem em textos de Direito de Seguro talvez até mais afinados do que aqueles que nós, "especialistas", poderíamos produzir. Isso provava a idéia de que estávamos fechados num circuito muito pequeno e que não conseguíamos avançar mais dadas as nossas limitações e nossa recusa em contar com a contribuição de quem não é "securitarista". Isso sem falar nas contribuições dos professores da Argentina, Chile, Colômbia e México, que enviaram trabalhos e compareceram para fazer palestras nos primeiros eventos realizados.

Meses depois, a Escola Paulista da Magistratura contactou o IBDS, convidando-o para fazer uma palestra. Metade de uma manhã de uma sexta-feira seria suficiente para o contrato de seguro. Numa proposição muito simpática, o Desembargador Guimarães e Souza, diretor da escola, ponderou-nos: "Estamos procurando vocês porque não queremos arriscar uma lavagem cerebral para juízes, mas sim contar com aqueles que discutam com liberdade."

O resultado dessa primeira reunião: seis manhãs, doze aulas, um seminário inteiro.

Com menos de um ano o IBDS pôde ver seus fundadores dedicados à vida acadêmica inserindo o seguro nas disciplinas em que militam, tanto no nível de graduação, como no nível de pós-graduação. Isso aconteceu na Bahia, em Pernambuco, em São Paulo e certamente se vai expandindo.

Em seguida, o Paulo Piza, vice-presidente do IBDS, defendeu a primeira tese brasileira de doutoramento na área de Direito de Seguro, na Universidade de São Paulo, obtendo nota máxima e distinção.

Assim, apenas um ano depois de sua fundação, o IBDS trouxe aquilo que considero fruto essencial: livros. São três obras coletivas versando o Direito de Seguro. Nas livrarias jurídicas temos, finalmente, obras modernas e, felizmente, com contribuições de quem "não é jurista do seguro", como reclamam alguns.

Neste II Fórum, o IBDS vai recepcionar os seus dois primeiros novos sócios. De São Paulo, o advogado Ayrton Pimentel e, de Porto Alegre, a advogada Tatiana Druck.

Para nós isso é muito importante. O acesso ao IBDS não está ligado a pagamento de anuidades. Não há prestações financeiras. O ingresso no

Instituto é condicionado à pesquisa e à produção monográfica, de forma a incentivar o desenvolvimento do Direito Securitário e sua divulgação.

O II Fórum gerará mais um fruto fundamental, mais um livro no mercado, mais um livro em que se debata de forma aberta o Direito de Seguro, com professores reconhecidos graças ao seu trabalho de pesquisa. Estou certo de que, para ficarmos apenas nos professores gaúchos, a Dra. Judith Martins-Costa trará luzes sobre o co-seguro, assim como o Dr. Werter Faria contribuirá para a compreensão da responsabilidade dos corretores.

Cabe-me explicar porque escolhemos o Rio Grande do Sul para sediar este Fórum. Primeiro porque, à medida de nossas possibilidades, pretendemos fazer justiça ao adjetivo “brasileiro”, o que exige circular o país. Mas o Rio Grande do Sul foi escolhido “a dedo”. É um dos Estados em que reconhecemos existir o mais vanguardista movimento de transformação do Direito. Esse atributo é nítido, na doutrina e na jurisprudência gaúchas.

Tudo que é novo, ou que é novo e paradigmático, está surgindo ou encontrando eco no Rio Grande do Sul. E se a nossa proposta é de que se encontre um novo paradigma para o Direito do Seguro, não poderia ser melhor o local escolhido.

Dias atrás li um trabalho, uma contribuição entregue para este Fórum, do professor Ovídio Baptista da Silva. Nessa contribuição preciosa está a feliz síntese sobre a relevância da matéria que estamos tratando. Diz o professor Ovídio: “o contrato de seguro caracteriza-se como o mais elaborado e eficaz instrumento de prevenção contra riscos sociais, como remédio preventivo para uma sociedade enferma, assustada e pessimista que, ao contrário de seus ancestrais iluministas, está a ponto de perder as esperanças de um mundo mais humano, mais justo e acima de tudo menos desigual”.

Hoje, conversando com os músicos, falei das dificuldades, da correria; eles perguntaram se tudo isso valia a pena. Confesso que vacilei, antes de proferir um enfático “sim”. Então, para concluir, reprisarei uma frase muito conhecida de todos, do Fernando Pessoa: “tudo vale a pena desde que a alma não seja pequena”.

A idéia do IBDS é essa que tentei expor-lhes. É a reunião de alunos e professores para receber e transmitir o máximo possível em prol da nossa sociedade.

Muito obrigado!

Sérgio Stock

Passo a palavra ao Presidente do II Fórum de Direito do Seguro "José Sollero Filho", Ministro Athos Gusmão Carneiro.

Athos Gusmão Carneiro¹

Exmo. Sr. Prefeito Municipal de Porto Alegre, esta nossa muito leal e calorosa cidade, senhores congressistas, minhas senhoras e meus senhores. Iniciamos os trabalhos do II Fórum de Direito do Seguro "José Sollero Filho" com esta cerimônia de conagração que, em hora de felicíssima inspiração, o nosso estimado Presidente do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, Ernesto Tzirulnik, em seu idealismo e em seu permanente entusiasmo em prol do estudo das ciências jurídicas e do desenvolvimento do Direito Securitário, quis realizar neste Theatro São Pedro, relicário das mais venerandas tradições da cultura sul rio-grandense. Agradecemos na pessoa do nosso ilustre Prefeito Municipal, Dr. Tarso Genro, que tanto nos honra com a sua presença, a todos os porto-alegrenses que prestigiaram a organização deste Congresso.

Agradecemos aos nossos palestrantes, que prontamente aceitaram os convites, vezes muitas interrompendo trabalhos já agendados, e aceitaram auxiliar-nos na tarefa de estimular o estudo e o incremento deste ramo tão importante do Direito, máxime na conjuntura atual.

Cabe um agradecimento muito especial àqueles palestrantes que aceitaram, quase que na última hora, os convites para substituírem conferencistas que, por motivos de saúde e por uma até incrível coincidência de fatos, não puderam ausentar-se de seus domicílios e aqui comparecer. Graças a eles, este Congresso não perdeu em nada a sua qualidade,

1. Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça. Ex-desembargador do TJ do Rio Grande do Sul. Professor jubilado da Faculdade de Direito da UFRGS. Membro titular da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro titular do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Membro titular do Instituto Brasileiro de Direito Processual (vice-presidente). Membro titular do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Membro da comissão de Reforma do CP Civil.

mas apenas, e talvez, uma eventual alteração dos pontos de vista a serem expostos.

Agradecemos também aos Presidentes de mesa, cuja presença sobremodo enriquecerá este encontro.

Por fim, nossa homenagem a todos os congressistas que constituem a razão de ser de aqui estarmos reunidos. A presença de um público crítico, propositivo, instigador de novas idéias e sugestões úteis ao aprimoramento do Instituto do Seguro em nosso país.

Enche-nos de alegria o comparecimento de congressistas de vários Estados, além dos do Rio Grande do Sul. Aqui estão estudiosos de Minas Gerais, do Paraná, de Pernambuco, do Rio de Janeiro, de Goiás e de São Paulo. A todos, em suma, nossos melhores agradecimentos que apresento em nome próprio e principalmente em nome dos organizadores deste II Fórum de Direito do Seguro, que em sua denominação presta homenagem ao eminente jurista José Sollero Filho. Muito Obrigado!

Sérgio Stock

Passo a palavra ao Exmo Sr. Prefeito de Porto Alegre, Dr. Tarso Genro.

Tarso Genro²

Senhor Presidente do II Fórum do Direito de Seguro “José Sollero Filho”, Ministro Athon Gusmão Carneiro, Senhor Presidente do IBDS, Instituto Brasileiro do Seguro, advogado Ernesto Tzirulnik, meu querido amigo jurista professor Ovídio Batista, que está na platéia e que é o responsável por ter me chamado à atenção a importância deste evento e da sua grande magnitude para a nossa cidade que acolhe todos vocês com muito carinho e muito respeito.

2. Prefeito do Município de Porto Alegre. Professor convidado na Universidade de Andaluzia (Espanha). Professor do Curso de Extensão Universitária da Escola de Governo, junto ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Autor do verbete “Direito e Marxismo” da Enciclopédia de Sociologia do Direito (Org. Professor André-Jean Arnaud).

Este congresso se realiza no olho do furacão, no momento em que, posteriormente à revolução eletrônica, à revolução das comunicações, à revolução dos novos materiais, à revolução biotecnológica, a humanidade se defronta com uma crise, uma instabilidade sem precedentes. O momento em que a racionalidade da vida leva o homem a submeter-se à alienação das máquinas que ele mesmo construiu. Sua conseqüência é o sujeito humano afogado na irracionalidade da perseguição dos seus desejos.

O tipo da sociedade que se molda é o tipo da sociedade que promove a selvajaria do sujeito. A imposição de uma outra ética desloca o senso comum da ética da responsabilidade para uma ética de sobrevivência.

Parece que os estímulos que exacerbam o consumismo e a irresponsabilidade da humanidade com a sua relação com a natureza e consigo mesma, propagandeam, enganam, mentem, trapaceiam e usam dispositivos eletrônicos para elidir a propagação da sociedade.

Trata-se, portanto, da desconstituição do sujeito historicamente constituído como sujeito moderno. Isso diz respeito aos advogados e aos juristas, porque tem a ver com a própria concepção de direito subjetivo elegido a partir de Roma e flagrado como concepção revolucionária a partir da modernidade.

Mudam as concepções tradicionais de vida, a família deixa de ser um centro organizador do consumo e passa a ser fragmentada pela irracionalidade deste consumismo desenfreado.

Os conceitos tão caros ao Direito são a base da concepção moderna do Código Revolucionário de Napoleão: a procriação, a filiação e o parentesco são desestruturados pela fertilização artificial, pelos ventres de aluguel, pelos bancos de esperma. O que o Direito pode esperar do humanismo se a revolução técnico-científica encarregou-se de descartá-lo?

O sujeito é, lembremos modestos advogados e outros tantos juristas, ao mesmo tempo, fim do Direito e a sua origem. Sem o reconhecimento da sua existência, o Direito não teria, portanto, também objeto. No sujeito, o Direito exprime a sua essência. É a lição sintética, radical e profundamente transformadora da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Mas na própria Declaração, a centralidade é relativizada. Ela está limitada pela liberdade reconhecida a outros sujeitos; o conceito de limite e o conceito de reconhecimento integram-se plenamente no Direito Moderno. Mas e se desaparece esse equilíbrio? Isto é, se fica apenas o li-

mite esmaecido e se verifica ausência de reconhecimento no outro? Desaparece o equilíbrio. O domínio do sujeito sobre a legalidade material, natural e técnica aumenta a potência do sujeito. O outro deixa de ser limite. O liberalismo radical, na sua forma pura, funda-se num tal narcisismo que permite a sua expansão indefinida: o sujeito potente que não reconhece a existência de outro.

Desde os tempos imemoriais, o homem falou da vida respeitando a lei ou a ordem da natureza. Agora, esse modo de ser foi completamente rompido. Em seu lugar surgiu um modo de ser no qual o homem se situa na liberdade do lirismo e comporta-se como se estivesse usando as leis da natureza completamente de fora. É um modo de ser do sujeito. É a dissolução do Direito subjetivo moderno. E o modo de ser do sujeito que se adaptou a uma vida de desejo cru, impetuoso e de vitalidade nula. Nesse sentido, assume uma forma próxima do extinto, mas com um modo de ser de um sujeito situado no lirismo, que é, na verdade, diametralmente oposto ao extinto. É a perseguição do fim do Direito e um congresso como este realizado pelo IBDS, cujas referências são as mais sérias, deve ter a potência de remoldá-lo. Muito obrigado.

Sérgio Stock

Leremos, agora, a mensagem enviada pelo Dr. José Sollero Filho:

“Caríssimos, tenho certeza de que isto será mais uma contribuição para o combate à miséria social e, lamentavelmente, a pobreza intelectual que vige com relação ao seguro. Nasci em 1914. Já andei muito por aí. Continuo na esperança de ver um seguro melhor desde 1939, quando comecei a advogar no setor. Conto com a mocidade, na qual me incluo. Mocidade é acreditar ser capaz de se aperfeiçoar e de aperfeiçoar as instituições com que se está em contato. Vamos defender nossas causas, nossos clientes, mas nunca deixando de olhar em volta para ver o que falta e preparar nosso verdadeiro caminho.

José Sollero Filho, 27 de outubro de 2001.”

A quebra dos padrões mesmo nesta noite não pára por aí!
Para o início das reflexões sobre o acidente e o seguro na nossa so-

cidade, o Instituto Brasileiro do Direito de Seguro idealizou e administrou o patrocínio de um curta metragem. Novamente contra as expectativas, não estamos diante de um filme institucional, mas de um filme poesia.

A primeira atividade cultural que integra o II Fórum de Direito do Seguro do IBDS será o filme “Um pouco mais, um pouco menos” dirigido pelos cineastas Marcelo Masagão, criador do “cinema do minuto” e diretor de “Nós que aqui estamos por vós esperamos”, e Gustavo Stainberg, roteirista de “Cronicamente Inviável”.

Assistiremos a um filme que, numa certa perspectiva, introduz a falha e o acidente como forma de descrever a sociedade, e apresenta conceitos fundamentais para a compreensão da idéia de seguro, a partir da estatística e seus desvios. Quem prestar atenção verá que o filme apresenta alguns dados científicos e socialmente relevantes, ao mesmo tempo em que outros, embora científicos, importam muito pouco para a nossa sociedade e, finalmente, um terceiro grupo é constituído pela imaginação criadora. Com vocês, o filme “Um pouco mais, um pouco menos”.

Filme

É exibido o filme.

Sérgio Stock

A quebra de dogmas não pára por aí. Ainda contra os padrões a que estamos habituados, o IBDS conta com generosa contribuição de expoentes da música instrumental brasileira para prestar homenagem a todos os presentes executando o hino do Rio Grande do Sul e os hinos dos países de origem dos palestrantes do congresso: Brasil, Argentina, Bélgica, Chile, Espanha, França e Inglaterra.

Assim é que veremos, outra vez, o protocolo ser quebrado. Não ouviremos os hinos como estamos acostumados. Um dos mais importantes violonistas brasileiros, Ulisses Rocha, arranjou-os especialmente para esta oportunidade; contra as expectativas, não apenas os arranjos, mas os timbres e a banda toda encarregada da execução.

Subirão ao palco o violão de Ulisses Rocha, a guitarra de Andreas Kisser, líder da banda Sepultura, a maioral gaita gaúcha de Renato Borgetti, os sopros sensíveis de Teco Cardoso, a percussão radical de Rena-

to Martins, o violino elétrico de Cássio Polleto, a bateria de Pepa D'Elia e o baixo acústico de Zé Alexandre Carvalho. A todos um bom espetáculo.

Show

(São executados os hinos)

Sérgio Stock

A heterodoxia não termina hoje. Daí pra frente prosseguirão juristas estrangeiros e brasileiros cuja história individual é prova de que participam ativamente na busca de novos horizontes para a disciplina de uma das mais importantes atividades econômico-sociais: o seguro e a previdência.

São eles os professores Jean Bastin, da Bélgica, François Ewald, da França, José Maria Muñoz Paredes e Justino Duque Dominguez, da Espanha, Rubén Stiglitz e Waldo Augusto Sobrino, da Argentina, Francisco Artigas, do Chile, Celso de Azevedo, da Inglaterra, mas brasileiro, Ovídio Baptista da Silva, Judith Martins-Costa e Werter Faria, do Rio Grande do Sul, Donaldo Armelin, José Eduardo Martins Cardozo, Marco Aurélio Greco, Paulo Luiz de Toledo Piza e Ronaldo Porto Macedo Junior, de São Paulo, Luís Guilherme Marinoni e João Bosco Lee, do Paraná.

Convidamos a todos os Senhores e Senhoras para o coquetel que será servido no foyer. Tenham todos uma boa noite e um ótimo Congresso. Obrigado.

II

EMPRESA DE SEGURO E PREVIDÊNCIA PRIVADA

RISCO, SOCIEDADE E JUSTIÇA

FRANÇOIS EWALD¹

François Ewald

Eu gostaria de agradecer ao Presidente do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, Ernesto Tzirulnik, e a seu primeiro Vice-Presidente, Paulo Luiz de Toledo Piza, por este convite para participar do II Fórum de Direito de Seguro. Eu peço desculpas por não estar junto a vocês. Estou consciente da honra com que me distinguem, convidando-me para falar na abertura deste Congresso.

Eu estou em Paris, onde faz um tempo muito agradável. Atrás de mim, vocês podem ver o Arco do Triunfo, um símbolo da grandeza da França, hoje dedicado sobretudo ao turismo. Vocês me pediram, se eu entendi bem, não para tratar do direito, mas, particularmente, para tratar um pouco da filosofia do seguro. Parece-me difícil, até impossível, desenvolver este assunto, em se tratando de seguro e da vida, sem refletir sobre as consequências do evento de 11 de setembro último. Pode ser que este evento nos faça entrar numa nova era, ao menos, talvez, para o seguro, particularmente.

1. Doutor em Filosofia. Assistente de MICHEL FOULCAUT no Collège de France. Professor de Filosofia e Ética da Universidade de Marne-la-Vallée. Diretor de Estratégia e Pesquisa da Federação Francesa das Sociedades Seguradoras. Presidente do Centro Michel Foucault.

Trata-se, primeiramente, do maior sinistro da história do seguro. É um sinistro que recoloca em questão certas definições e certas distinções clássicas em matéria de seguro, como, por exemplo, a distinção entre o risco de guerra e o risco de atentado. Além disso, trata-se de um sinistro que faz retrocederem os limites do seguro, reduzindo a segurabilidade e modificando as relações entre o seguro e o Estado, e de uma forma diversa, de uma maneira diferente da que se verifica nas construções clássicas acerca do Estado Providência.

Mas pode-se ir bem mais além dessas questões. Pode ser que o terrorismo, ou esse terrorismo absoluto que se manifestou no dia 11 de setembro, venha a ocasionar uma certa forma de retrocesso, com o abandono de um universo já conhecido – o universo do risco – e o ressurgimento do universo de ameaça. O que está acontecendo nos Estados Unidos, em relação à criação artificial de epidemias, ao bacilo da doença do carvão, do antraz, é sem dúvida exemplar. Não se sabe ao certo qual é o valor dos riscos. Produz-se uma nova incerteza sobre este valor. Portanto, o desafio com o qual nos defrontamos, do ponto de vista do risco e do seguro, é precisamente o da perspectiva de um retrocesso do universo do risco em direção ao universo da ameaça; o retorno ao universo da ameaça.

Sabemos que estes dois universos são excludentes: um risco se corre; entretanto, da ameaça se foge. Possivelmente, o único objetivo – e não é totalmente errado dizer que isso é algo que os terroristas querem – é no fim das contas tornar o seguro impossível. Isso talvez seja conferir uma importância exagerada ao evento, porém é um testemunho da importância, do significado e, ainda, da possibilidade de neutralismo do seguro numa sociedade. É preciso examinar a que tipo de psicologia, a que tipo de disposição de espírito a instituição do seguro se refere.

Gostaria de tratar deste assunto, junto a vocês, de duas maneiras diferentes. Primeiro, resgatando o sentido da instituição do seguro dentro da história da civilização ocidental e, segundo, examinar como nos encontramos, hoje, diante desta oposição entre o risco e a ameaça. Acredito que os seguradores são, filosoficamente, ou, para usar uma grande palavra, “ontologicamente”, os detentores do risco – é nesta dimensão, precisamente, que devemos refletir sobre o seguro hoje. Então, comecemos pelo seguro como valor, isto é, pelo seguro como experiência.

Se consultarmos num dicionário de francês os significados da palavra "seguro", perceberemos que ele só irá se referir à instituição do seguro no sétimo significado, ou seja, na sétima posição. A palavra "seguro" possui vários outros sentidos além desse. Claro, dizendo isso, creio que estou colocando um argumento fundado completamente no francês; pode não se verificar o mesmo em outras línguas, particularmente, em português, espanhol ou até em inglês, mas não deixaria de ser interessante observarmos, em cada idioma, os diversos universos lingüísticos e semânticos da palavra seguro. Mas, retomando o significado da palavra "seguro" em francês, observamos que o léxico não se refere primeiramente à instituição do seguro, mas sim a um sentimento, a uma forma de significado – a *confiança*.

Ou seja, o seguro antes de tudo designa uma relação. Fala-se em "segurança" como uma relação para com o outro, que nos permite "passar ou dar confiança", ou "ter confiança neles", confiança em relação aos enunciados, o que faz com que possamos aceitá-los, nos apoiar neles, e também com relação à natureza, a fim de que possamos fixar estratégias. Portanto, a segurança opõe-se diretamente à incerteza. A segurança – o seguro – é confiança.

É interessante notar, a propósito, que esta idéia de confiança, esta construção de si mesmo como tendo capacidade, tendo possibilidade de viver em confiança, esta relação entre alguém e os outros, constitui um bem que é a condição de todos os outros bens. Podemos dizer, nesse sentido, que a confiança é um bem soberano, um bem primordial. É a partir da confiança que um outro bem vai adquirir seu valor. Por exemplo, podemos ser muito ricos, mas a riqueza dentro da incerteza, da angústia de vir a perdê-la, é suscetível. Não é um bem primordial, precisamente, porque seu valor vai depender da confiança, da certeza que podemos ter da posse. E, sem dúvida, poderíamos fazer o mesmo raciocínio para todos os outros bens. O que o seguro tem em vista, o bem que ele oferece, como instituição, a instituição a que ele se dedica, é justamente produzir este bem, este valor almejado – essencialmente almejado por todo mundo, seja qual for sua categoria social, sua riqueza, sua natureza – que é a confiança.

Assim, localizado o seguro neste universo da confiança, podemos nos questionar sobre quais são as instituições que nos permitem, quais são as instituições por meio das quais, dentro da nossa cultura, procuramos obter este bem que é a confiança. Creio que podemos rapidamente enu-

merar algumas destas grandes instituições, pelas quais buscamos obter essa confiança.

A primeira instituição – eu cito sem preocupações de ordem hierárquica e tampouco de ordem histórica –, uma primeira instituição pela qual, em nossa cultura ocidental, que é a minha, procuramos encontrar esse bem que é a confiança, é a filosofia, particularmente, a filosofia moral. A filosofia moral não tem, historicamente, como objetivo, nem de longe, saber que é o bem e o mal, que é uma boa e uma má conduta. Seu principal objetivo é como viver em confiança e, especialmente, como o bem e o mal são definidos em relação a esta idéia, isto é, se compartilham ou não este sentimento, se participam desta relação que é a confiança. Encontraremos esta idéia nos gregos: é a noção, segundo penso, de *ataraxia*, ou seja, esta idéia ou, mais precisamente, esta espécie de estado individual caracterizado pela felicidade que é a confiança. Vamos encontrar a mesma idéia bem mais tarde, por exemplo, num filósofo como Descartes, que fixa como o próprio objetivo da filosofia o de andar com segurança nesta vida.

O problema, a incompetência da filosofia, da filosofia moral, quanto à concepção da confiança, é que ela se volta a buscar um conhecimento seguro, o conhecimento certo – e este sempre será limitado em número, à medida que a ordem da conduta ultrapassa largamente, e constantemente, o que a ciência é capaz de nos ensinar. De maneira que, na ordem da ação, nós precisamos de um certo número de regras em relação às quais não poderemos encontrar apoio junto à ciência. A ordem do “verdadeiro” se distingue, se opõe à ordem do “justo”, que é especificamente a ordem da ação, a ordem da conduta – e é isso que a Ética ou a Moral deve nos propiciar, deve nos propor. De fato, as técnicas filosóficas da confiança, que de uma certa maneira são as técnicas da prudência, as técnicas da sabedoria, de dar ou não preferência, objetivam muito o fazer. Elas visam, em especial, a reduzir a esfera de ação, a pensar em termos de preferência, isto é, a distinguir rigorosamente entre o que depende e o que não depende de nós, para que, assim, possamos aceitar o que não depende de nós como marca do destino e, por outro lado, quanto ao que depende de nós, para que possamos ter uma atitude rigorosa em relação ao que está sob o nosso poder.

Uma segunda grande atitude, uma segunda grande instituição, ou um segundo grande conjunto de instituições por meio das quais nossa cul-

tura busca procurar ou busca produzir a confiança é, evidentemente, a ciência, o conhecimento das causas e dos efeitos. A ciência é, precisamente, um conhecimento assegurado. Um conhecimento no qual podemos depositar confiança, que está baseado em técnicas verdadeiras. Nesse sentido, podemos dizer que a utopia da ciência, à medida que se desenvolve, é a de reduzir a incerteza gradativamente, de tal forma que seja possível chegar a um certo número de certezas e, assim, generalizar. Então, na ciência, a utopia seria eliminar a incerteza.

Neste caso, o problema, para ser breve, é que a ciência, na verdade, é sempre limitada. Temos hoje dificuldade em acreditar nessa utopia da ciência, à medida que a ciência, em si mesma, se torna cada vez mais insegura e longe de dar resposta a nossos questionamentos. Ela, além disso, de certa forma não pára de colocar outras interrogações, como vem ocorrendo, de modo geral, a respeito de tudo o que se relaciona à biologia.

Um terceiro conjunto de instituições que deve ser considerado como produtor de confiança é, certamente, a religião. Aqui, devemos tratá-la não a partir das técnicas de ordem, de etiqueta, nem a partir das verdadeiras técnicas de julgamento, mas a partir das técnicas da fé. Sabemos que a fé, que a fidelidade religiosa está freqüentemente ligada à vontade de sair, de se libertar da incerteza e de encontrar a segurança. Nesse sentido, o que parece caracterizar a religião consiste no fato de, ao mesmo tempo, produzir a confiança e, através da mesma gestão, da mesma cultura, produzir o medo e a ameaça.

A noção de risco, portanto, não é uma noção que pertence ao corpo da religião. Em outros termos, a religião coloca o problema da confiança e da segurança como a relação de uma vontade com outra vontade: confronta a vontade do fiel à vontade divina. De maneira que o fiel existe, particularmente, na incerteza da ameaça, que está ligada à incompreensão de qual é, ou pode ser, a vontade divina. Esta incerteza se exprime como relação de vontade por meio de noções como as de pecado, de culpabilidade, de julgamento final. Mas a religião vai, ao mesmo tempo, produzir e desenvolver uma série de técnicas mais ou menos ritualizadas, uma série inteira de rituais, uma outra série inteira de superstições, cujo objetivo parece ser o de manter o fiel sob um sentimento de ameaça, congraçando a ira divina, sempre alerta. Poder-se-ia dizer, também, e isto é difícil no Brasil, que, na esteira dos trabalhos de Levi Strauss, as mitologias, "o pen-

samento selvagem”, para empregar o seu vocabulário, são formas de técnicas através das quais os homens procuram reduzir a incerteza na vida.

Existe ainda um quarto conjunto de instituições extremamente importantes pelas quais os homens reduzem a incerteza: é o direito, o Estado. Todas as filosofias de Direito Natural, como se sabe, fazem nascer o Estado da vontade dos homens de encontrar a segurança, lá onde mais liberdade introduz mais incerteza. A história da filosofia política é uma história um pouco decepcionante, porque ela nos explica que os homens estão sempre prontos a sacrificar sua liberdade pela segurança. Aqui, a ameaça que faz nascer o Estado, que faz nascer o direito, que faz nascer a lei, é a ameaça da guerra, uma ameaça que não é uma vontade divina capaz de atingir os homens, mas a ameaça que um homem é sempre capaz de exercer sobre outro homem. Assim era a doutrina de Hobbes.

A técnica, aqui, já não é a fé, o julgamento verdadeiro, a ética, mas o direito, a obrigação jurídica, a obrigação que decorre da lei, da soberania – a soberania devendo ser mais imperiosa do que aquilo que poderiam ser consideradas grandes ameaças. Mas aí também não se pensa propriamente no universo do risco, não se pensa exatamente no risco, mas sim no universo da ameaça.

Quer me parecer, então, que, na história do ocidente, o seguro, como produtor de confiança, encontra assento ao lado dessas grandes instituições às quais estamos acostumados a atribuir os mais altos valores. O seguro é uma instituição que se localiza junto dessas outras instituições e que com elas partilha seu espaço, porque se utiliza das técnicas de uma e de outra – da filosofia, da ciência, da religião, da política e do direito. Mas o que, por outro lado, o separa de todas essas outras instituições é, sem dúvida, o fato de ele mobilizar uma tecnologia bastante particular, que é a tecnologia do risco. Ele tem a tecnologia como base e esta é uma experiência, dentro da história ocidental, tardia, que data, como se sabe, do período dos grandes navegadores e armadores nos países mediterrâneos nos séculos XIII e XIV. Assim, parece-me que o seguro pode ser tratado como uma experiência totalmente particular, mas que ao mesmo tempo se coloca no mesmo nível da experiência filosófica, científica, religiosa ou política.

O seguro provém de uma experiência que se distingue pelo fato de utilizar, de desenvolver a noção do risco, como mostra a história ocidental. Dentro da história que busquei construir, pela história do Estado

Providência, por exemplo, nota-se que foi no século XIX, em particular, e no século XX que nossas sociedades depositaram nessas técnicas do risco, de uma certa maneira, toda a sua confiança. Isso quer dizer que se verifica uma certa tendência em dizer que, nas técnicas de seguro, precisamente, é que esse bem primordial, esse bem fundamental – a confiança – deveria ser buscado, mais do que na religião, na filosofia, na ciência e no direito. Sem dúvida, isso pressupõe e pressupõe mudanças em termos de valores, nas formas da propriedade, nas formas de cultura, o declínio da religião etc., o que foi investigado, por exemplo, por historiadores como Lucien Febvre e, na Suíça, se não me engano, Jean Halpérin.

Creio então que se pode dizer que caracteriza a nossa sociedade o fato de termos, de certa maneira, conquistado a confiança pelas técnicas do seguro, das técnicas do risco, que são técnicas exatamente opostas às técnicas do medo, às técnicas da ameaça. São técnicas de projetos, técnicas de empresa, são as técnicas da responsabilidade, as técnicas da coragem, onde a postura com relação ao risco é tomá-lo, é defrontá-lo. Não se deve fugir quando se está diante do risco; o risco pode ser assumido. Isso, evidentemente, não em qualquer circunstância, e sim de maneira prudente, de maneira racional, de maneira responsável. Admite-se justamente que, pela noção de risco, pela racionalidade, dispomos dos elementos que conformam uma sabedoria, de uma prudência que nos leva a não tomar riscos demais, a não cair no pior de tudo: o fanatismo do risco.

Portanto, a questão que hoje se coloca, que certamente se coloca em relação ao 11 de setembro, é a de saber se deve ser levada a sério a vontade do mal absoluto, testemunhada pelos atentados, atentados que provêm de uma vontade de dominação mundial. Parece-me que, com o dia 11 de setembro, e talvez desde antes disso, a questão que se coloca é a de saber se nossa cultura, nossa civilização, se o mundo em geral, o mundo da globalização ficará ligado a este universo do risco e do seguro, ou então se ele irá recair no universo de ameaça.

Deste ponto de vista, podemos primeiro constatar, se nos limitamos aos atentados de 11 de setembro, que o terrorista se caracteriza por buscar sempre uma maneira de recuar às relações de vontade, à possibilidade de submissão da vontade. O terrorismo procura tornar presente o universo de ameaça, onde o risco, de certa maneira, afunda na incerteza, em que o risco não pode ser avaliado. O terrorismo, sob este ponto de vista,

visa a um retrocesso moral, nos fazendo perder uma certa forma de confiança, de conquista intelectual e espiritual, manifestada por técnicas como as do seguro. Vemos, no terrorismo, a vontade de recriar, artificialmente, as grandes ameaças, as grandes calamidades que conhecemos na Idade Média. Vemos a ameaça das grandes destruições do tipo sísmicas, como o terremoto, na destruição das torres de Nova York. Também na vontade de produzir epidemias, do mesmo modo como a peste foi capaz de aterrorizar nossas sociedades na Idade Média e nos tempos modernos, às vésperas do Renascimento. É também o caso da escassez de comida, que era uma das grandes formas de ameaça com a crise econômica. Em todas estas ameaças, enfim, em toda esta produção de grandes calamidades, que foram atribuídas por muito tempo à vontade divina, nota-se uma espécie de ambição absolutamente louca. Grandes ameaças, grandes decisões – tudo isso para obter a submissão das nossas vontades, para nos proibir de querer o que poderíamos querer.

Parece-me no entanto que, se esses eventos retêm tanta importância na nossa história, nossa relação com o risco, provavelmente durante os últimos trinta anos, vem se modificando e, de certo modo, adquirindo um certo tipo de ambigüidade, que o faz ou tenta fazer com que ela oscile de novo na ordem da ameaça. Quando nós falamos, hoje, de risco, sem dúvida nós o fazemos, muitas vezes, com uma grande ambigüidade, ou com grande equívoco. Muitas vezes não estamos falando de um risco medido, do risco dominado, do risco calculado, do risco avaliado, que é aquele do seguro. Estamos nos reportando ao risco difuso e, mais do que isto, ao risco como uma incerteza muito grande, ao risco que, essencialmente, já há uns trinta anos (porque acho que isso provém da década de 70), correspondem aos movimentos, à consciência ecologista.

Há vários exemplos de riscos no mundo, no universo dos riscos tecnológicos. Falando com base na experiência francesa, quando desenvolvemos o programa nuclear, nós o fizemos com a idéia de que estávamos medindo os riscos, de que tínhamos capacidade de saber quais seriam os riscos que poderíamos ou não tomar. Agora, diante de movimentos como o *Greenpeace*, diante da maneira como eles cercaram o sítio de La Hague, na França, percebemos a vontade de que se produza, constantemente, um risco em volta dos riscos – de torná-los inseguros, de desestabilizá-los, de torná-los objeto de uma ameaça.

Poderíamos também citar, como exemplo, os riscos climáticos, que já são objeto de grandes eventos mundiais. Acerca destes riscos, dispúnhamos de uma certa previsão, uma previsão que nos permitiu estabelecer certos programas de seguro, em matéria de catástrofes, tempestades, ciclones, inundações. Mas o debate integral, que hoje se estabelece sobre o clima, permite que se diga que todo esse conhecimento, toda a estatística acerca das grandes manifestações naturais é, afinal, algo completamente inseguro. Nós nos defrontamos com fatores de aquecimento que são capazes de produzir efeitos gigantescos, efeitos catastróficos, que nós não podemos controlar. No universo do meio ambiente, o próprio modelo desses riscos, que são as ameaças, pautam as ONG.

Não sei se é necessário lembrar que no Brasil é que veio a ser, de certa maneira, formalizado este novo universo da ameaça, com a Conferência Mundial da Terra. Em 1992, no Rio, foi formalizado um compromisso planetário em relação à redução e ao domínio dessas novas ameaças. Os grupos que se reuniram em Porto Alegre produzem uma certa cultura da ameaça. Hoje, falamos na sociedade do risco, falamos no princípio da precaução. Quando Ulrich Klug, por exemplo, em seu livro sobre a sociedade do risco, trata do risco, ele o associa ao medo. Penso que temos, aqui, talvez, a própria expressão desses movimentos nos quais perdemos a consciência do risco, para fazê-lo oscilar em torno do universo da ameaça. Do mesmo modo, quando Hans Jonas, o filósofo do princípio da precaução, nos fala da necessidade de uma técnica em relação ao fenômeno do medo, parece-me que a ambigüidade que aí se coloca é um problema.

Creio que, em nossa cultura, tivemos um grande momento, caracterizado pelas técnicas de seguro e técnicas do risco. Mas hoje, já há três décadas, uma grande incerteza se apresenta, de modo essencial, em torno do risco, gerando problemas de abertura de fronteiras, de rompimento dos limites da segurança. Penso que o segurador, como guardião do risco, tem de definir, em relação a esses movimentos, quais são as suas responsabilidades. Acredito que tem responsabilidade e que essa responsabilidade é, justamente, a de fazer questão de consolidar, de desenvolver, de ampliar o universo do risco, a de evitar o desenvolvimento do universo da ameaça e, ao mesmo tempo, a de desenvolver tecnologias que permaneçam e sejam sempre tecnologias do risco. Diante disso, deve-se refletir sobre as condições para a extensão da segurança dos riscos, sobre as condições de desen-

volvimento do universo do risco e, assim, sobre a redução do universo do medo. O aumento do universo da responsabilidade que se verifica hoje passa por novas proposições, por novas tecnologias, tanto em matéria de seguro, quanto em matéria financeira e matéria política. A este respeito, aliás, parece conveniente dar-se conta de que, para desenvolver o universo do risco no novo contexto, devem ser levadas em conta novas relações e, portanto, que novas discussões devem ser realizadas, notadamente sobre qual pode ser o papel político, o papel do Estado, o papel da lei.

Finalizo citando um historiador: Jean Delumeau. Num livro publicado em francês, sobre a história das calamidades e das catástrofes, dizia ele: *“Na história das coletividades, os medos se modificam, mas o medo não morre. O homem se comprometeu a manter um diálogo permanente com ele. Precisamos sempre superar os medos antigos e os novos que podem nos paralisar.”* Muito obrigado.

Paulo Luiz de Toledo Piza

O Senhor traçou uma distinção entre o risco e a ameaça. Como lidar, a partir dessa distinção, com a realidade de povos que estão na miséria, que suportam as consequências do atual modelo econômico? Se os interesses dessas pessoas, que praticamente não possuem bens materiais, não entram em nenhum cálculo, como protegê-los condignamente com as técnicas do seguro, retirando-as do universo da ameaça, onde talvez se possa dizer que se encontram há muito mais de 30 anos?

François Ewald

Esta situação pode criar uma ameaça ou ameaças de ordem econômica, mas este sentimento não é exatamente aquele a que eu visio. O sentimento de ser ameaçado é outra coisa que o de não ter acesso a certas tecnologias. Mas o fato de não se ter acesso a certas tecnologias, pode, efetivamente, produzir um universo ameaçador. É um pouco o que eu quis dizer falando de tecnologia do seguro. Aquele que não dispuser do conhecimento destas técnicas vai ficar constrangido ou será colocado, naturalmente, num universo ameaçador. O que deverá produzir a idéia e dar alcance às instituições de seguro é a possibilidade de confronto ou de relação

com um determinado acontecimento, que não seja mais aquela da ameaça, mas uma outra relação, onde não exista medo.

Alessandro Octaviani

Professor, qual o papel do Estado no momento em que os riscos aparentam ser superiores à capacidade de o mercado privado oferecer-lhes resposta?

François Ewald

Eu acho que os dois são complementares e os dois estão sempre presentes. Os riscos que são assegurados, ou podem ser objeto de transferência pelo mercado de seguro, são, ao mesmo tempo, riscos construídos juridicamente e também politicamente. Acho que, em qualquer risco, nós sempre acharemos uma descrição, uma definição estática – e, no contexto presente, o Estado tem um papel extremamente importante. Não é precisamente um papel de segurador, se bem que, como hoje se vê a respeito de alguns riscos, se desenvolve a idéia de que o Estado poderia ser um segurador de último recurso, de última instância, aportando capacidade de segurança que os mercados de seguro e de resseguro não são capazes de fornecer. Mas eu penso que o Estado tem um outro papel, mais filosófico, mais profundo: o Estado tem o papel de ser aquele através do qual podemos ter confiança em certos enunciados. O Estado, por meio da organização do conhecimento, das instituições científicas, das instituições universitárias, das instituições de auditorias, das agências de avaliação de riscos, tem o poder de fazer com que os indivíduos possam se referir, possam ter confiança nas descrições feitas dos riscos com que venham a se defrontar. O pior, para os indivíduos, é não poderem confiar em nenhum enunciado, não poderem confiar em nenhuma informação – e é uma das responsabilidades do Estado fazer com que possamos confiar em certos enunciados.

Pergunta

Professor, o Senhor vê alguma possibilidade de as seguradoras virem a eliminar o risco representado pelo processo tecnológico?

François Ewald

Eu penso que o risco, mesmo exteriorizado ou coberto pelas instituições de seguros, não se limita ao que as instituições de seguro fazem com ele. Até mesmo se estas instituições se criaram e se desenvolveram para cobrir esta realidade particular que é o risco, mas que tem dimensões psicológicas, dimensões culturais, dimensões coletivas, que não são simplesmente de ordem econômica, que não são simplesmente de ordem comercial, ou mesmo de ordem jurídica. Eu penso que a noção de risco é uma das maiores criações do espírito humano. Eu me refiro a textos como aqueles de Pascal ou da família de matemáticos e juristas, Bernoulli. O risco é uma das grandes criações e uma das grandes construções do espírito humano. Hoje, essa construção é suscetível de implicar relações econômicas, relações jurídicas, relações políticas, que se encontram confiadas às instituições de seguro. Mas o risco é, antes de tudo, uma grande construção do espírito humano; é uma concepção ética, uma construção moral.

Pergunta

Professor, o Senhor não estaria, em certo sentido, minimizando o impacto dos atentados de 11 de setembro, dizendo que o contexto da ameaça já existia. Quais seriam, as conseqüências desses atentados, mais especificamente, para o seguro?

François Ewald

O que eu busquei dizer é que o contexto antes do dia 11 de setembro não é o mesmo do que se verificou depois, e que podemos constatá-lo em inúmeros setores, não só no seguro. O que se pode dizer hoje, retroativamente, é que certos eventos, que aconteceram no universo do risco antes dos atentados, eu não digo que prepararam, mas que já produziram elementos de contexto, contribuindo para a construção de nossa forma de consciência atual. Quais são as conseqüências dessa tomada de consciência, para os seguradores? Primeiro, a criação de uma grande instabilidade, de uma grande incerteza. Riscos, para alguns, são os grandes riscos industriais, os riscos de atentado, mas a grande dificuldade, hoje, é

a de apreciá-los. Em resumo, descobrimos que o imaginável tornou-se imaginário. Os riscos extremos entram agora na estatística e isso obriga a novas formas de avaliação. Do ponto de vista moral, do ponto de vista filosófico, o que se objetiva, hoje, é o que essa nova conjuntura não produza uma espécie de retrocesso no qual nossa atividade se reduza, se restrinja ao mundo do seguro, ao mundo do segurável, mas que, ao contrário, sejamos capazes de, diante da nova conjuntura, dominar os riscos e, desse modo, que sejamos capazes de permanecer e continuar a desenvolver as nossas atividades.

Pergunta

Professor, vou ser bastante breve: o terrorismo é um risco ou mera ameaça?

François Ewald

Eu direi, sem fazer piada, que, efetivamente, é um risco. É o que o terrorismo procura produzir. A campanha que foi desenvolvida depois do dia 11 de setembro, de coalizão, que se chama de coalizão mundial, visa precisamente a fazer com que nós não saíamos do universo que conquistamos. O pior seria o retrocesso moral, onde perderíamos essa consciência e essa inteligência do risco. Tenho um amigo americano, na Faculdade de Direito de Hartford, nos Estados Unidos, que está atualmente em Israel. Eu discutia com ele até que ponto, precisamente, nós estaríamos mudando nossa consciência do risco, caminhando para o universo da ameaça. Ele então me disse que, em Israel, a vida é cotidiana, mas que neste cotidiano os israelenses vivem a ameaça terrorista como um risco. É possível que isto seja um recurso da vida cotidiana, uma disposição de espírito.

Pergunta

Como seria possível preservar os interesses da mutualidade e dos acionistas das empresas de seguro e, ao mesmo tempo, garantir riscos que não podem ser avaliados?

François Ewald

Sabemos que o segurador tem uma dupla existência. O segurador é, primeiro, a mutualidade dos segurados; o segurador representa esta mutualidade. O segurador, no entanto, também é o patrimônio dos investidores, dos que investem nessa atividade. Em princípio, de certo modo, procuramos diferentes formas de contabilidade entre essas duas instituições. A forma mutual deveria reconciliá-los. Mas até na forma anônima, se o mercado de seguro funciona bem, não há propriamente oposição entre a proteção da mutualidade e o interesse do investidor. Mais uma vez, eu penso, e eu não sou um exagerado, que a lógica da instituição de seguro é regida por regras restritas demais. Os riscos são suscetíveis de cobertura por instituições de seguro que obedecem às mais diversas formas jurídicas, pois sua natureza pode ser extremamente diferente, extremamente variável, passando por construções políticas, construções jurídicas, que façam ou não intervir o Estado, passando por diversas formas de fiscalização etc. Eu acho que se encontram formas puras de seguro, mas sempre formas onde há, ao mesmo tempo, compatibilidade entre exigências de ordem econômica, de ordem de mercado e exigências políticas.

Pergunta

Como o Senhor vê, no contexto atual, a privatização do seguro. Os atentados não acabaram por exigir um sistema de proteção estatal?

François Ewald

Não sei o que você designa por privatização do seguro. Verificou-se, após 11 de setembro, que os seguradores encontravam-se perfeitamente capacitados para responsabilizarem-se pelos sinistros, que eram capazes de responder pelo conjunto de danos que podiam acontecer. A pergunta maior, que se coloca de modo muito mais profundo do que em relação ao seguro, é saber se, frente a esses acontecimentos e frente à possibilidade da sua recorrência, de sua reprodução, não são os próprios fundamentos que estão na base política de nossas sociedades que estão sendo questionados. A partir desse momento, é claro que o conjunto das instituições

pelas quais buscamos cobrir os riscos a que estamos sujeitos tem de ser mobilizado, colocando-se em questão a sua responsabilidade.

Pergunta

Professor, ainda faz algum sentido a oposição que se verifica entre as técnicas de seguro privado e as técnicas de proteção estatal?

François Ewald

Eu não faria, ao de um ponto de vista francês, oposição entre os dois. O que podemos observar é que o Estado se considera responsável por tornar possível a cobertura dos riscos e veremos, sem dúvida alguma, desenvolverem-se, no mínimo para alguns tipos de risco, o surgimento de formas de compatibilidade entre técnicas de seguro privado e técnicas de garantia pelo Estado. É o que se verifica na França, por exemplo, já há bastante tempo, com relação às catástrofes naturais, o que parece possa vir a se desenvolver, como decorrência dos atentados nos Estados Unidos. Não sou partidário de nenhum dogmatismo. Eu acho que as formas de seguro, quando analisadas historicamente, estão sempre ligadas, sempre se referem aos fenômenos políticos, aos fenômenos do Estado, e não há razão para criar aí uma oposição, como se fossem duas essências distintas. As formas privadas contemporâneas não são nada mais do que outras formas de gestão política do risco.

Pergunta

Em último caso, o Estado deve oferecer algum amparo em relação aos danos que não se encontravam garantidos securitariamente?

François Ewald

Sim, este é o seu papel, uma função que ele sempre teve, quando ele prevê que um número grande de ameaças que não são objeto, efetivamente, do mercado de seguro possível. Neste caso, ele retoma uma função original, uma função muito antiga.

Paulo Luiz de Toledo Piza

Infelizmente, Professor Ewald, nossa conexão está para encerrar-se. Eu gostaria de aproveitar esta oportunidade para, uma vez mais, agradecer-lo, em meu nome, em nome do Dr. Ernesto Tzirulnik, do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro e de todos os presentes, pela sua disposição de, de algum modo, juntar-se a nós neste Congresso.

François Ewald

Eu queria agradecer muitíssimo ao Presidente do Instituto, Ernesto Tzirulnik. Devo confessar que me sinto, pessoalmente, muito afetado pelo que aconteceu nos Estados Unidos no dia 11 de setembro. Acho que, para nós, e particularmente para os seguradores, que lidam diariamente com o tema do risco, daí emergem responsabilidades que nos são próprias. Gostaria de repetir, mais uma vez, que é todo o nosso universo que está em questão, atualmente. Falava há pouco de um amigo americano e gostaria, também, de comunicar que nós faremos um seminário nos Estados Unidos sobre estes problemas, para o “após o dia 11 de setembro”. Será nos dias 21 e 22 de março e gostaria de dizer à comunidade que você reuniu na América do Sul que todos serão bem-vindos, caso queiram ir a Hartford, Connecticut, onde poderemos dar continuidade a esta discussão. Mas ficarei muito orgulhoso, muito honrado de poder ir ao Brasil em outra circunstância e lamento, mais uma vez, pela confusão que causei e peço, ainda, desculpas por não estar hoje, pessoalmente, com vocês.

Ernesto Tzirulnik

Sou eu quem lhe agradeço, Professor Ewald. Muito obrigado e boa conferência em Connecticut.

CONTROLE DO ESTADO SOBRE A ATIVIDADE SEGURADORA

RUBÉN S. STIGLITZ¹

Rubén Stiglitz

Em primeiro lugar, quero parabenizar, pelo terceiro ano consecutivo, o Dr. Ernesto Tzirulnik como pioneiro indiscutível do Direito do Seguro no Brasil. Em conversa com amigos em comum, sempre afirmo publicamente como seria bom para meu país um trator como Ernesto Tzirulnik, um homem com grande senso de organização e, sobre todas as coisas, alguém que privilegia o desenvolvimento de um autêntico Direito do Seguro e que traçou como objetivo a formação de advogados especializados, pelo que merece publicamente um aplauso.

O tema que me propuseram foi “Controle do Estado sobre a atividade seguradora”. Não pude escutar a exposição do Senhor Professor José Eduardo Cardozo, que me antecedeu no uso da palavra, mas que me consta ser um dos melhores especialistas em Direito Administrativo do Brasil. Por isso, suponho que tudo que vou dizer não será novidade. Assim, limitar-me-ei a expor sobre a situação em meu país.

1. Doutor em Direito, é titular da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Buenos Aires. Professor visitante dos cursos de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri (Espanha) e da Faculdade de Jurisprudência da Universidade do Rosário (Colômbia).

Ainda que pareça paradoxal, somos unidos por uma profunda amizade, estamos unidos pelo desejo de afirmar um direito mais solidário e mais justo.

Afirmamos categoricamente que o controle do Estado sobre a atividade seguradora e resseguradora forma parte do poder de polícia, ou seja, de uma potestade reguladora do exercício dos direitos e do cumprimento das obrigações. Dos direitos e das obrigações que surgem, ao menos, da Constituição Argentina. A Corte Suprema de meu país, há 43 anos, desde 1958, vem sustentando que na atividade seguradora existe um interesse público comprometido e, assim, deve o Estado exercer o poder de polícia particularmente intensificado. Ou seja, o exercício do poder de polícia por si mesmo seria insuficiente se, em matéria de seguros, não fosse intenso.

Obviamente que os sujeitos do controle são as empresas de seguro e as empresas de resseguro, e o objeto de controle é a atividade que desenvolvem as empresas de seguro e de resseguro. Cabe perguntar-se qual o fundamento, por que o Estado deve controlar a atividade seguradora? A resposta é simples: porque as empresas de seguros administram uma importante massa de capital ou, como diria a doutrina anglo-saxônica, administram poupança de terceiros. Isso gera a necessidade de que exista uma intervenção estatal intensa.

Qual a importância do que acabo de expor? Essa importante massa de capital que administram as empresas seguradoras tem um único destino, e esse único destino é o pagamento das indenizações. Meu mestre, o professor Isaac Halperín sustenta no prólogo de sua obra que concluiu há 26 anos, em 1975, que as seguradoras têm como meta pagar indenizações. Se não conseguimos compreender isso, não há muito sentido em seguir o desenvolvimento desta exposição nem de nenhuma outra.

Então, qual a função do Estado se o fundamento é o pagamento das indenizações? A função do Estado é vigiar, cuidar que o destino desses fundos não seja desviado de sua função específica. Esse é um aspecto do controle.

Há um outro aspecto do controle da atividade seguradora que, para mim, é tão importante como o anterior. O Estado deve controlar o conteúdo da apólice. Vocês sabem que o contrato de seguro na República Argentina ou no Brasil é consensual. Como consequência, a apólice não é o contrato, mas o instrumento do contrato. É o meio probatório por excelên-

cia. Então, o que o Estado deve controlar é o conteúdo da apólice, o conteúdo dos documentos que a precedem, a proposta, e, para determinados riscos, deve controlar o conteúdo dos questionários.

O que deve controlar o Estado? O Estado deve cuidar fundamentalmente para que o conteúdo das apólices, as condições gerais, sejam, segundo a lei Argentina, legítimas e equitativas, ou seja, se ajustem ao ordenamento jurídico e, mais que isso, que sejam justas.

Além desses existem outros controles. Além do controle de legitimidade e do controle de equidade, deve haver um controle de legibilidade e um controle de clareza. Em consequência, o Estado deve exercer um quádruplo controle: legitimidade, equidade, legibilidade e clareza. Em suma, a mensagem inicial é que o Estado deve cuidar para que as apólices não contenham cláusulas abusivas. Esse é um tema recorrente, este é um tema do qual não devemos desviar a atenção, pois talvez seja o tema eixo do Direito do Seguro que, por definição, por natureza, é um contrato de adesão.

Se é um contrato de adesão, existe um predisponente, esse predisponente, no mundo, são as companhias de seguros e os aderentes são os segurados. Na Argentina, neste tema, a Superintendência de Seguros da Nação é a autoridade de *descontrole* da atividade seguradora.

A prioridade inicial é o controle que deve focalizar-se no plano financeiro e que tem por finalidade preservar a solvência das empresas. A solvência das empresas se refere, no meu país, ao capital mínimo e às reservas técnicas. Tanto um como outro (tanto o capital mínimo e as reservas técnicas) têm como finalidade pagar indenizações, não comprar títulos da dívida. No meu país, como resultado dessa distorção, em dez anos, foram liquidadas cento e vinte entidades de seguros. Uma simples conta aritmética revela que se trata de uma seguradora por mês. Esse é o tema de hoje.

Perguntar-se como é possível que se liquide uma empresa de seguro por mês é o tema que nos cabe hoje. A resposta não é outra que não a ausência de controle da atividade seguradora. Se empresas são liquidadas é porque está fracassando essa prioridade inicial a que fizemos referência: a autoridade de controle deve focalizar sua vigilância na solvência, que se traduz, na prática, na resposta da empresa seguradora a segurados e terceiros danificados.

Enfatizamos que preservar a solvência das empresas somente é possível por meio de um controle, de uma vigilância rigorosa. Cabe per-

guntar-se como deve ser o controle. O controle deve ser efetivo e conduzir a alcançar os propósitos que enunciamos.

E como fazer isso? É suficiente que a autoridade controladora envie inspetores a vigiar todas as empresas de seguros, especificamente, para que verifiquem os livros e os balanços? Acredito que não. Acredito que esse é um controle que poderíamos chamar, convencionalmente, de controle conducente. A que conduzem? Conduzem a que os inspetores, que são empregados ou funcionários da Superintendência de Seguros da Nação, voltem das empresas e informem à autoridade de controle qual é o estado econômico-financeiro das empresas, qual é o nível de sinistralidade, quais são as reservas técnicas, se alcançam ou são insuficientes. Mas o grande mistério é o que ocorre com os relatórios que produzem os inspetores e que se elevam ao mais alto nível da Superintendência de Seguros da Nação. Ali, os inspetores perdem o controle de seus relatórios e, então, fica no âmbito mais sensível da atividade de controle. Então, cabe afirmar que não é suficiente que o controle seja efetivo, que se diga que se disponibilizou um número razoável de inspetores para fiscalizar o estado econômico-financeiro de cada seguradora. Faz-se necessário que, além de efetivo, informem os funcionários da Superintendência de Seguros da Nação que entidades não estão cumprindo com o capital mínimo, pois esse está afetado, ou que entidades não estão cumprindo com as reservas técnicas para afrontar o pagamento de sinistros, porque estão abaixo do nível de sinistralidade. O controle deve ser efetivo e, além disso, conducente. Se não for assim, de nada serve. E por que não serve para nada? Aqui, já estamos invadindo a segunda e última parte desta exposição. Porque, pelo menos, nem os segurados nem os terceiros estão em condições de apreciar as condições econômico-financeiras das empresas de seguro.

O último relatório sobre o estado patrimonial das empresas publicado em meu país foi no dia 31 de março de 2001. Os senhores sabem perfeitamente que de um ponto de vista da atividade empresarial, de março a novembro podem ter ocorrido muitas circunstâncias negativas para a economia e as finanças de uma empresa de seguros.

Como se resolve esta questão na Argentina de um ponto de vista normativo? O que diz a lei? Quero dizer, não como se resolve, mas como deveria resolver-se. A lei diz que se o capital mínimo ou as reservas técnicas estão afetados para o pagamento dos sinistros, a Superintendência de

Seguros da Nação deve intimar a empresa de seguros para que apresente um plano de saneamento de sua atividade econômico-financeira e esse plano tem que ser apresentado em um prazo improrrogável. Trata-se de prazo preclusivo, isto é, esse prazo é único, por uma única vez, não é factível de ser prorrogado ou não é factível sua postergação. O efeito do vencimento do prazo para a apresentação de um plano de saneamento é impossibilitar a empresa de fazê-lo no período subsequente. Dito de outra maneira, vencido o prazo, havendo sido rechaçado esse plano de saneamento, cabe liquidar a empresa. E digo isso porque a consequência não é outra senão dispor a liquidação da empresa.

Isso é imprescindível para que o dano, que é o primeiro dos elementos que se examina em matéria de responsabilidade civil, não se estenda, não se potencialize. De que maneira se pode estender e potencializar o dano que provoca a falta de dissolução de uma empresa fiscalizada pelo Estado? A resposta não é outra senão a de lhe permitir seguir operando, emitindo apólices, celebrando contratos de seguro. Porque se essa empresa é liquidada e impedida de emitir apólices não vai ter mais segurados e, se não tiver mais segurados, esses segurados vão contratar seguros com empresas solventes, em empresas que têm, genuína ou autenticamente, o prestígio que deriva do fiel cumprimento de suas obrigações. Suprimindo o dano, ou seja, dissolvendo a empresa que suspendeu ou está em vias de suspender seus pagamentos, será suprimido o prejuízo que gera ou pode gerar ao ser contratado um seguro junto a uma seguradora que vai ser liquidada em tempo iminente: o dano gerado a terceiros danificados, por exemplo, em matéria de responsabilidade civil, o seguro que com toda boa-fé contrata um médico para cobrir-se de uma má prática profissional, ou um escrivão, ou o titular de um veículo automotor pela responsabilidade civil em que incorra como consequência do uso e circulação de seu veículo, porque esse dano vai ser estendido aos terceiros danificados. Quero dizer que essa atividade requer o cumprimento de prazos que são improrrogáveis.

Passo ao segundo tema e, com isto, termino a primeira parte. Digo-lhes que se faz imprescindível que a autoridade de controle, que é a Superintendência de Seguros da Nação, fiscalize e cuide para que as condições gerais dos contratos não sejam abusivas. Quando digo fiscalizar para que uma cláusula de uma apólice não seja abusiva, refiro-me à definição que adotaram os 16 países integrantes da Comunidade Econômica Européia: será

cláusula abusiva toda aquela que tenha por objeto ou por efeito provocar um desequilíbrio significativo entre os direitos e as obrigações das partes que derivem de um contrato. Assim, e vejo que há prestigiosos professores de direito contratual presentes, evoca-nos a própria definição de contrato oneroso, onde um pólo é o proveito e o outro o sacrifício. Na medida em que eu trace idealmente no espaço uma linha horizontal, vão notar que o que quero indicar é que o que se deve preservar é o equilíbrio. Esse equilíbrio em um contrato de adesão, que nasce entre desiguais, é o equilíbrio contratual, é a relação de equivalência. Na medida em que entre o proveito e o sacrifício não exista relação de equivalência, este contrato pode ser que seja útil, como diria Demogue, mas não vai ser justo, como disse Ghestin.

Entro na segunda e última parte. Se o Estado não cumpre com o controle, e o controle é uma obrigação legal do Estado e não um direito, o mesmo assume uma responsabilidade que está em pleno desenvolvimento. Estamos falando da responsabilidade do Estado por controle deficiente da atividade seguradora e resseguradora.

Então, duas palavras sobre esse tema. O que se procura atingir através desta espécie de responsabilidade civil? Como disse a Corte Suprema Argentina, se procura salvaguardar a fé pública e a estabilidade do mercado segurador. E o que podemos afirmar genericamente é que existe responsabilidade do Estado cada vez que um particular, segurado ou terceiro danificado, haja sofrido um dano, patrimonial ou extrapatrimonial, causado pela omissão do Estado.

De que maneira o Estado pode causar um dano? Eu diria que se trata de uma responsabilidade direta ainda quando, obviamente, o fato haja sido ou possa ser atribuído a um agente ou a um funcionário, inclusive, se não for possível individualizar. Assim é em meu país, onde não existe nenhuma norma específica no Código Civil que reja o tema em relação ao Estado, mas sim em relação aos funcionários. Sobre a questão, toda a doutrina civilística a ampliou e a estendeu ao Estado. Refiro-me ao art. 1112 do Código Civil Argentino². Trata-se obviamente de uma responsabilidade

2. Os atos e as omissões dos funcionários públicos no exercício de suas funções, por não cumprirem senão de modo irregular as obrigações legais que lhes são impostas, são compreendidos nas disposições deste título.

de extracontratual fundada no que os administrativistas enunciam como falta de serviço. É uma falta particular e manifesta pela gravidade, pela intensidade da omissão.

E como fica configurada? Fica configurada a responsabilidade do Estado simplesmente pelo não cumprimento do exercício do poder de polícia. Trata-se de uma hipótese de ilicitude por omissão. E quais são os pressupostos que devem concorrer para que fique configurada a responsabilidade do Estado? Todos os pressupostos da responsabilidade civil. Ou seja, um dano, um prejuízo, patrimonial ou extrapatrimonial, que recaia sobre a pessoa do segurado e, de nossa parte, afirmamos que se estende ao dano sofrido por um terceiro que possa invocar uma sentença condenatória. Isso é assim em meu país: o terceiro danificado no seguro contra a responsabilidade civil que goza de um privilégio sobre a soma segurada e seus acessórios desde o momento em que se produz o sinistro. Não requer outra coisa.

Obviamente, tem que existir uma relação de causalidade adequada e imediata entre o dano e a conduta omissiva do Estado. E, obviamente, deve imputar-se o dano à omissão do Estado. Ocorre que há responsabilidade por todo ato ilícito ainda quando importe uma omissão. Está previsto em um artigo, o 1074 do Código Civil³: a atribuição de responsabilidade por falta de serviço é um fator objetivo, imputável ao poder público ainda que, insisto, não se possa individualizar o autor.

O dano se configura na impossibilidade do segurado ou do terceiro receber a indenização ou a prestação devida, segundo se trate de dano patrimonial ou de dano pessoal. Já temos um primeiro precedente jurisprudencial em meu país. O processo, para os pesquisadores presentes que se interessarem, é "Sorba contra a Superintendência de Seguros da Nação e Estado Nacional", onde houve um pronunciamento da Câmara Federal de Mar Del Plata que condena o Estado e, concorrentemente, a Superintendência de Seguros da Nação.

Trata-se de uma demanda promovida por um segurado (cuja empresa seguradora fora liquidada), que custeou o pagamento devido à víti-

3. Toda pessoa, que por qualquer omissão causar um prejuízo a outra, será responsável somente quando uma disposição legal lhe impuser a obrigação de participar o ato omitido.

ma com seu patrimônio, ou seja, a indenização devida ao terceiro danificado foi paga pelo segurado.

Logo, o que fez o segurado?

Promoveu uma ação de responsabilidade civil contra o Estado Nacional e contra a Superintendência de Seguros da Nação. A demanda prosperou na Câmara, mas o Estado e a Superintendência de Seguros da Nação apelaram da decisão e, neste momento, o recurso aguarda decisão pela Corte Suprema da Nação.

Obviamente, não posso nem ao menos antecipar qual pode ser o pronunciamento. Somos todos maduros, sabemos que o pronunciamento, muito provavelmente, será político e não jurídico, porque em um país onde se liquida uma empresa por mês, se esse pronunciamento chegar a ser confirmado pela Corte Suprema, me ocorre que não haverá empréstimo do Fundo Monetário Internacional suficiente para cobrir os valores das indenizações a todos os prejudicados pelas omissões em que incorre o Estado.

Afinal nos foram negados créditos, o que faz verossímil pensar que, muito possivelmente, haja um pronunciamento político e não técnico jurídico. Como vêem os senhores, sei que não lhes passou despercebido, falamos um pouco de direito e um pouco de política. Falamos, também, um pouco de economia.

O mais recente ganhador do prêmio Nobel de economia, fazia dez anos que era candidato a obtê-lo. Em uma conversa íntima, faz quatro anos, perguntei-lhe se ia ganhar o prêmio Nobel de economia e ele me disse que seria muito difícil. É certo que durante dez anos integrou a equipe de economistas do Presidente Clinton, mas não se dava bem com as autoridades do Fundo Monetário Internacional. Nesse momento, era economista-chefe do Banco Mundial. Estou falando de Joseph Stiglitz, um economista heterodoxo, um economista que afirma em suas obras que não é factível compreender a concorrência sem compreender que ela funciona à medida que funcione sua contraparte. Qual é sua contraparte? A proteção e a defesa dos consumidores e usuários. Em consequência disso, os segurados são usuários de um serviço e esse serviço deve ser controlado pelo Estado. Isso é assim porque a seguradora administra poupança pública, dinheiro alheio, e se transforma em um problema de dignidade dos poupadores, de toda a gente, que suas poupanças sejam protegidas.

Liquidar uma companhia de seguros por gestão falha por parte do Estado é um ataque à dignidade do homem, e o direito de contratar é um direito fundamental que está previsto nas leis fundamentais e, agora, na Constituição Argentina de 1994 no art. 42^a. Está sustentado no reconhecimento público e privado da dignidade da pessoa. Agregamos, hoje, em novembro de 2001, que não parece duvidoso que a dignidade haja se constituído em um direito inerente à pessoa que contrata. Este final, que é a bandeira que aos docentes de minha geração podemos deixar, o fazemos para que a gente jovem que está aqui presente hoje a retome e a faça sua, já que a dignidade somente aparece preservada se o contrato além de útil for justo. Muito Obrigado.

4. Os consumidores e usuários de bens e serviços têm direito, nas relações de consumo, à proteção de sua saúde, segurança e interesses econômicos; a informações adequadas e verdadeiras; à liberdade de escolha e a condições de tratamento equitativo e digno.

As autoridades cuidarão da proteção desses direitos, da educação para o consumo, da defesa da concorrência contra toda forma de distorção dos mercados, do controle dos monopólios naturais e legais, da qualidade e eficiência dos serviços públicos e da constituição de associações de consumidores e de usuários.

A lei estabelecerá procedimentos eficazes para a prevenção e solução de conflitos e bases reguladoras dos serviços públicos de concorrência nacional, prevendo a necessária participação das associações de consumidores e usuários, e das Províncias interessadas, nos organismos de controle.

A FISCALIZAÇÃO DA EMPRESA DE SEGUROS E PREVIDÊNCIA

JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO¹

Maurício Luís Pinheiro Silveira

Gostaria de formular os convites à mesa para prosseguirmos, então, à conferência dos professores José Eduardo Martins Cardozo e Rubén Stiglitz.

Convido à mesa o presidente do II Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho”, Ministro Athos Gusmão Carneiro. Convido o professor José Eduardo Martins Cardozo, mestre e doutorando em Direito, professor de Direito Administrativo e Filosofia do Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, presidente da Câmara dos Vereadores do Município de São Paulo, membro do Conselho Diretor do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. Convido também o professor Ovídio Baptista da Silva, doutor em Direito, ex-professor do curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, professor titular aposentado de Direito Processual Civil da Faculdade

1. Mestre e Doutorando em Direito. Professor de Direito Administrativo e Filosofia do Direito da PUC-SP. Presidente da Câmara de Vereadores do Município de São Paulo. Membro do Conselho Diretor do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro - IBDS.

de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, professor do curso de pós-graduação da UNISINOS, membro do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. Convido, ainda, o professor Rubén Saul Stiglitz, doutor em Direito, professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Buenos Aires, professor visitante dos cursos de pós-graduação da Universidade Complutense de Madrid e da Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Rosário. Convido o Dr. Paulo Luiz de Toledo Piza, doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, com a tese “O contrato de resseguro: tipologia, formação e direito internacional”, 1º vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. Convido, ainda, o professor Ronaldo Porto Macedo Júnior, doutor em Direito e membro do CADE. Por fim, convido à mesa o Dr. Ernesto Tzirulnik, presidente do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. Passo a palavra ao presidente do II Fórum de Direito do Seguro, Ministro Athos Gusmão Carneiro.

Athos Gusmão Carneiro

Prezados senhores congressistas, após a cerimônia de ontem, que se afastou dos usos tradicionais e apresentou o filme-poesia e inovadores arranjos de hinos nacionais de diversos países, iniciamos, hoje, o painel sobre o tema “Empresa de Seguros e Previdência Privada”. Tivemos, de início, a contribuição do ilustre filósofo francês e professor François Ewald que se fez presente com a intervenção de meios tecnológicos, que em nada surpreende os integrantes da nova geração, mas muito surpreende a nós que iniciamos a advocacia nos tempos da máquina de escrever manual e das cópias a carbono.

Essa primeira palestra merece um comentário especial. Nosso professor, com problemas de última hora na saúde familiar, informou da impossibilidade de sua viagem ao Brasil. Inconformada, pois a contribuição do Mestre é de extrema valia, empreendida num esforço que tomou três dias de sua atividade, a organização deste Fórum conseguiu suprir a falta por meio da vídeo-conferência. Agradecemos ao professor François Ewald que, mesmo às voltas com problemas pessoais, nos brindou, diretamente de Paris, com essa conferência. Posteriormente, seremos agraciados com os ensinamentos do professor de Direito Administrativo e membro de nosso Instituto, Dr. José Eduardo Martins Cardozo.

Note-se que na terça-feira passada a direção do Instituto foi informada, o que causou grande preocupação, de que o professor David Halperin fora surpreendido com a doença de um de seus filhos. Tendo em vista essas vicissitudes humanas, resta-nos almejar a recuperação do enfermo e agradecer ao professor argentino, sempre tão afável e alegre com a idéia de falar aos brasileiros.

Teremos lições sobre a qualificação jurídica dos fundos de previdência, em conferência a ser proferida por nosso estimadíssimo conterrâneo, professor Ovídio Baptista da Silva, também integrante do Conselho Diretor do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, professor jubilado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e professor do curso de pós-graduação da UNISINOS, acompanhado do jovem e ilustre Dr. Ronaldo Porto Macedo Júnior, também integrante de nosso Instituto e que realizou a maior parte de seus estudos de doutoramento sobre previdência privada na prestigiosa Universidade de Harvard, atualmente integrante do CADE. O professor Ronaldo atendeu prontamente o chamado de socorro da direção do Instituto, ao sermos avisados pelo professor Justino Duque Dominguez da sua impossibilidade em deixar a Espanha. O professor espanhol, no entanto, nos enviou seu trabalho que será exposto e comentado pelo professor Ronaldo.

Teremos ainda um debate sobre o co-seguro e seremos brindados com o magistério do professor José Maria Muñoz Paredes, Catedrático de Direito Mercantil da Faculdade de Oviedo na Espanha. Para orgulho nosso, esse tema será igualmente apreciado por uma mestra gaúcha, a Dra. Judith Martins-Costa, cuja obra "A boa-fé objetiva nos contratos privados" constitui contribuição inestimável e cujos reflexos sobre o contrato de seguro certamente engrandecerão nosso evento.

Passará a fazer uso da palavra, agora, o Prof. José Eduardo Martins Cardozo.

José Eduardo Martins Cardozo

Sr. presidente desta mesa, demais integrantes, senhoras e senhores.

Agradeço imensamente a oportunidade e o privilégio de estar debatendo com os senhores neste Fórum, especialmente por um tema que, para mim e para boa parte dos congressistas brasileiros, é um grande desafio.

Falar especificamente do papel do Estado em relação aos contratos de seguro, particularmente sobre a ótica do direito público é, repito, um desafio, porque existem pouquíssimos estudos sobre o assunto, ao menos na doutrina brasileira. Sabemos que os argentinos têm uma vantagem sobre nós neste ponto. O próprio professor Halperin, que infelizmente não pôde comparecer ao Fórum, é autor de um dos poucos estudos que tratam do direito público neste ponto tão importante da atividade econômica dos tempos modernos.

No Brasil, estranhamente, os publicistas nunca se ocuparam do estudo das relações que o Estado mantém com as companhias seguradoras e com todos aqueles que efetivamente atuam nesse campo de atividade. Há que se indagar primeiro o motivo da omissão. Talvez tenhamos um grave viés, muitas vezes, na elaboração doutrinária e científica. Normalmente, a especialização nos leva ao desconhecimento de pontos comuns de conhecimento entre realidades diversas.

O contrato de seguro sempre é, indiscutivelmente, estudado por pessoas vinculadas ao campo do direito privado. Seja nos seus diversos matizes seja nas suas diversas colorações, aqueles que são cultores do direito privado é que se dedicam a estudar esse campo do direito e, por óbvio, aqueles que estudam o direito público concentram-se fundamentalmente no estudo dos princípios do Estado, dos órgãos do Estado, das atividades estatais e se esquecem que, muitas vezes, certas atividades que são vinculadas ao campo do próprio poder de polícia do Estado podem ser perfeitamente analisadas na sua ligação intrínseca com atividades econômicas que com ela efetivamente se inter-relacionam.

Portanto, estamos em um campo absolutamente lacunoso de reflexão. No Brasil não há nada escrito, segundo sei, em grau de aprofundamento sobre esta matéria. Por essa razão, gostaria de fazer, primeiro, algumas ponderações de natureza teórica a título de introdução, para que possamos situar nosso pensamento neste campo, que é realmente um campo em que nós temos a presença do Estado e a presença da atividade privada numa simbiose de relações que às vezes não fica muito clara, do ponto de vista do diagnóstico jurídico.

A partir daí, também, gostaria de fazer algumas ponderações que não têm pretensão nenhuma de exaurir o universo da análise sobre este ponto, mas apenas lançar alguns problemas e algumas ponderações para

que juntos, no futuro, publicistas e privatistas possam iniciar suas reflexões e manifestar suas preocupações nesta área.

Nos Estados modernos tem sido freqüente a análise para se distinguir o que é um serviço público do que é uma atividade econômica. Há uma razão para isto. Nos Estados capitalistas modernos o Estado, em princípio, deve deixar para o universo privado o exercício da atividade econômica, ou seja, a atividade econômica é, fundamentalmente, uma atividade não estatal; é uma atividade que compete à iniciativa privada. Por sua vez, o serviço público é uma atividade estatal, em que o Estado tem, *prima facie*, o dever de intervir, o dever de atuar. Distinguir o campo do serviço público do campo da atividade econômica é de fundamental importância para que possamos saber qual o campo da intervenção natural do Estado e em que medida o Estado pode intrometer-se na seara que efetivamente não lhe diz respeito.

Pois bem que o conceito de serviço público tem variado muito ao longo dos tempos. Houve, no passado, quem identificasse o serviço público como todo e qualquer tipo de atividade estatal. Sob tal perspectiva, León Duguit e Gaston Gese foram proeminentes defensores de que praticamente tudo aquilo que o Estado faz é um serviço público e, portanto, um dever a ser realizado pelo Estado na sua respectiva prestação.

Modernamente, porém, busca-se uma distinção muito clara entre aquilo que chamamos de atividade administrativa e serviço público. As atividades administrativas que o Estado realiza na execução da lei não são totalmente identificadas sob o conceito de serviço público. Segundo nos parece, o serviço público é apenas uma das atividades administrativas que o Estado exerce e, claro, nos dias que seguem, costuma-se dizer que o serviço público corresponderia àquelas atividades administrativas que são prestadas sob o regime de direito público, ou seja, um regime de direito completamente diferente do direito privado, na medida em que pressupõe prerrogativas e privilégios para aqueles que exercem a função pública, de forma a gerar para os cidadãos em geral utilidades e comodidades.

O serviço público é, por excelência, uma atividade administrativa, portanto uma atividade-dever do Estado, imposta pela ordem jurídica e que, regida pelo direito público, gera comodidades e utilidades aos cidadãos.

Sob tal perspectiva, os autores mais modernos têm diferenciado o chamado poder de polícia do Estado do que é serviço público. O poder de polícia, quando posto no campo da função administrativa do Estado, tam-

bém é um poder que decorre do exercício da função administrativa do Estado, mas não gera comodidades nem utilidades. O poder de polícia é, por excelência, um poder que visa condicionar o exercício da liberdade e da propriedade. Assim, o Estado exerce a função administrativa como uma decorrência natural da necessidade de executar as leis. Ao executar leis, exerce funções administrativas de diversos matizes; uma delas é o serviço público, na medida em que, regido pelo direito público, gera comodidades e utilidades ao cidadão.

De outra face temos, também, o poder de polícia que não gera comodidades nem utilidades, mas sim restrições e condicionantes à liberdade e à propriedade.

A ordem jurídica brasileira, indiscutivelmente, acolheu essa idéia de que o serviço público é, antes de tudo, um dever do Estado e deve ser prestado sob o regime do direito público. Se alguém tem alguma dúvida, basta consultar o art. 175 da Constituição da República: cumpre ao poder público, direta ou indiretamente, prestar o serviço público, sempre por meio de licitação, nos termos da lei, por meio dele próprio, Poder Público, isto é, diretamente, ou indiretamente por meio de outras pessoas, por meio das concessões e das permissões de serviços públicos.

Parece claro, portanto, que a Constituição da República acolhe a idéia de que o serviço público é uma atividade administrativa, regida pelo direito público e que proporciona comodidades e utilidades à população. Claro está, então, que a própria Constituição Federal define, efetivamente, quais são os serviços públicos quando, por exemplo, atribui uma série de atividades de tal natureza à União e aponta outras aos municípios, deixando aos Estados um campo residual para desenvolverem as atividades que se encaixam naturalmente dentro deste conceito.

Da mesma forma, a própria Constituição Federal afirma que a atividade econômica não é papel do Estado, mas sim, por excelência, algo que deve ser realizado pela iniciativa privada.

De fato, se olharmos a Constituição Federal, no art. 170, parágrafo único, teremos a seguinte afirmação posta pelo constituinte: é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente da autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Nossa Constituição, portanto, afirma que a atividade econômica é livre, que o Estado não pode impedir seu livre desenvolvimento pela iniciativa

privada, porém, nossa Constituição admite que a lei, muitas vezes, diante de certas circunstâncias de relevo, condicione a uma autorização prévia do Estado o exercício de certas atividades econômicas.

Parece claro que o legislador, colocando o serviço público no campo do Estado e a atividade econômica no mundo privado, admite que determinadas atividades econômicas sejam exercidas pelos privados, mas somente mediante autorização e fiscalização do Estado. Essas atividades econômicas, submetidas a uma liberação estatal, estão submetidas, também, a uma fiscalização do próprio Estado e, igualmente, ao poder de polícia do Estado que exercerá seus atos administrativos, seu poder de fiscalização dessa atividade econômica essencialmente privada, mas, de certa forma, controlada, fiscalizada, inspecionada pelo Estado no exercício de suas respectivas funções administrativas.

Entre o conceito de serviço público e o de atividade econômica teremos sempre uma zona cinzenta, de difícil visualização. Sabemos que determinadas atividades podem, de acordo com a lei, tornarem-se serviços públicos, podendo, outras vezes, colocarem-se como atividades econômicas. Há certas atividades que, pelas tradições histórica e social, são tratadas pela lei como serviços públicos e passam a ser atividades deveres do Estado; em contrapartida, noutras tantas vezes, são relegadas à iniciativa privada porque a lei é omissa e, portanto, são consideradas atividades econômicas.

Da mesma forma, nessa zona cinzenta, também não podemos deixar de destacar que, muitas vezes, a ordem jurídica submete certas atividades econômicas ao monopólio do Estado, isto é, certas atividades econômicas são monopolizadas pelo Estado, o que não as transforma em serviço público, pois continuam sendo realizadas sob regime de direito privado. O fato excepcional de a ordem jurídica dizer que certa atividade só pode ser realizada pelo Estado, deixando de atribuir-lhe o regime de direito público, não a transforma em serviço público. Logo, temos certas atividades que, pela Constituição e pela lei, são consideradas serviços públicos; temos certas atividades que, pelas relações sociais e históricas, são consideradas atividades econômicas; temos uma zona cinzenta em que a lei tem liberdade para dizer se é serviço público ou se é atividade econômica e temos, excepcionalmente, certas atividades econômicas que são regidas pelo direito privado e que são efetivamente monopolizadas pelo Estado, mas não perdem a condição de atividade econômica.

Há que se perguntar, então, qual a definição do seguro. É serviço público ou é atividade econômica?

Essa é uma questão importante porquanto nos abre, a partir desta definição, todo um quadro normativo para reflexão, embora não haja qualquer dúvida: o seguro é, fundamentalmente, atividade econômica; o seguro é assim concebido tanto em nosso país como em outros países modernos. É fundamentalmente atividade econômica, passível de desenvolvimento pela iniciativa privada, submetida ao regulamento legal que foi projetado para tal atividade econômica.

O poder de polícia do Estado é que libera, observadas certas condições, essa atividade econômica; é o Estado que inspeciona, fiscaliza e pune eventuais transgressões.

O fato de ser uma atividade controlada, inspecionada e fiscalizada pelo Estado, não a transforma em serviço público, ou seja, ela não é exercida mediante delegação do Estado, porque a operação de seguro não é uma atividade dever do Estado. Ela é posta no plano da iniciativa privada, regida pelo direito privado, mas recebe do direito público certas limitações, na medida em que atos de fiscalização e inspeção devem incidir sobre esse campo de atividade. Esta característica é inerente à própria história dos contratos de seguro.

Entre os estudiosos, principalmente entre os historiadores, há uma acentuada dúvida sobre o momento do surgimento das primeiras raízes dos contratos de seguro. Há quem vislumbre na antiguidade, no direito romano, a existência de alguns embriões do seguro.

A doutrina moderna, todavia, costuma situar o surgimento do seguro por volta dos séculos XIII e XIV, nos momentos em que o comércio, naquele período já posterior às cruzadas, começou a se desenvolver de forma bastante intensa, principalmente, a partir das novas descobertas durante o período das grandes navegações que ocorriam nos séculos XII e XIII. Os riscos que se colocavam àquelas aventuras marítimas começaram a impor àqueles antigos empreendedores a necessidade de se acautelarem em relação a desastres inerentes à atividade.

A partir daí, ainda um pouco confundido com o contrato de compra e venda, é que começou a surgir o seguro entre pessoas de direito privado, ou seja, o seguro nasceu não como algo imposto pelo Estado ou como um dever do Estado, mas sim no mundo privado, a partir de uma

relação entre pessoas de direito privado, em padrões privados. O seguro surgiu, pois, mesmo embrionariamente, como uma atividade econômica, porém, em momento histórico em que as noções técnicas ainda não existiam, sob o ponto de vista da estatística ou de estudos que pudessem dar certa margem de segurança aos contratos dessa natureza. Tais contratos, quando firmados pelos primeiros comerciantes, pelos primeiros navegadores, traziam problemas inexoráveis, ou seja, a insegurança desses contratos, do ponto de vista das garantias efetivamente oferecidas, começou a despertar certa atenção do próprio Estado.

Sabemos que as relações comerciais exigem previsibilidade e segurança. O seguro existe, ou começou a existir, para dar segurança, na medida em que o próprio contrato era inseguro e, por óbvio, ao Estado cabia intervir de alguma forma, para conferir segurança àquela nova atividade econômica que começava a existir. Foi aí, então, que surgiram as primeiras regulamentações.

Já no século XIV e XV começaram a surgir as primeiras regras, inclusive nas ordenanças de Barcelona de 1435, onde encontramos uma primeira regulamentação estatal propondo a criação de tribunal especializado no campo dos seguros, ou seja, já no século XV começam a surgir as primeiras intervenções do Estado para conferir alguma normatividade àquela atividade econômica que nascia no plano securitário.

Na França, no ano de 1685, o governo se viu obrigado a tomar uma postura radical de intervenção, pois havia uma insegurança enorme nos primeiros contratos de seguro, de modo que o governo francês foi obrigado a monopolizar as operações de seguro marítimo, ou seja, ele chamou para si o monopólio da atividade securitária. É importante frisar tratar-se de atividade econômica monopolizada pelo Estado, e não de serviço público. O Estado francês, diante da insegurança das relações de seguro que existiam, diante da necessidade de prosperidade dessa atividade, interviu e decretou o monopólio absoluto da atividade securitária, ainda no século XVII.

O Estado, pois, começou a intervir mediante gradativas regulamentações, estendendo essas regulamentações inclusive a outras áreas.

O incêndio de Londres de 1666 ocasionou um *boom* dos contratos de seguro de incêndio. O Estado começou a ser chamado a regulamentar, a normatizar a atividade securitária.

No séc XIX, então, surgiram regulamentações fortíssimas. Foi o período, também, em que nasceram as primeiras codificações, particularmente o Código Comercial francês de 1807, quando começamos, então, a ter um Estado cada vez mais intervencionista no plano securitário.

Este breve histórico nos esclarece alguns pontos para tecermos algumas considerações.

Em primeiro lugar, o seguro nasceu como uma atividade econômica que passou a receber intervenção do Estado em diversos planos. Primeiro, uma intervenção normativa; o Estado sentiu a necessidade de normatizar esta atividade econômica pelos riscos que ela envolvia e pela necessidade de previsibilidade que esta intrínseca à própria natureza dessa atividade. O Estado, portanto, intervém editando normas, editando leis, editando regulamentos. Segundo, o Estado também começou a intervir nessa atividade econômica mediante o exercício do poder de polícia, isto é, condicionando a liberdade de criação de empresas, fiscalizando essas empresas, verificando sua liquidez, verificando aspectos básicos de sua operação, ou seja, o Estado normatiza e, a partir da sua normatização, fiscaliza.

Por volta dos séculos XIX e XX, o Estado também começou a criar entes estatais com a função fundamental de fiscalizar e, em alguns casos, de monopolizar atividades nesse plano e em outros, ainda na preocupação de exercer a própria atividade econômica no plano do seguro. Ou seja, surgem os primeiros órgãos estatais de fiscalização especificamente criados para essa função e outros órgãos estatais para o exercício da própria atividade de segurador, fazendo com que o Estado, também, subsidiariamente, prestasse junto à iniciativa privada esse mesmo campo de atividade.

Quando falamos de direito público no campo da atividade de seguros, estamos falando das normas editadas, do exercício do poder de polícia, dos órgãos criados para fiscalizar e, às vezes, de órgãos criados para prestar a atividade securitária, órgãos estatais que exercem tal atividade enquanto entes públicos, mas no campo da iniciativa privada.

Portanto, é um fenômeno altamente complexo que, no Brasil, se materializa em todos esses matizes. Nossas primeiras codificações, o Código Comercial de 1850 e o próprio Código Civil de 1916, já disciplinavam a atividade de seguros, dando vazão a este campo normativo. Poste-

riormente, tivemos regulamentações nos campos das operações e da fiscalização. Em 1939, nasceu o IRB, então Instituto de Resseguros do Brasil, que, diante da fragilidade das seguradoras nacionais, resolveu garantir o espaço e a afirmação das empresas nacionais no plano de seguros, que antes ficava à inteira mercê do capital estrangeiro. Posteriormente, em 1966, tivemos a criação do sistema nacional de seguros, com destaque para a Superintendência de Seguros Privados. A partir daí, temos a formulação de órgão do Estado intervindo diretamente nesse sistema.

Falar, pois, das relações de direito público relativamente ao seguro, significa falar de diversos matizes, de diversos aspectos; um delês é o próprio campo do poder de polícia, sobre o qual gostaria de fazer algumas importantes considerações e que o Professor David Halperin faz em seus estudos, mas que não existem no Brasil. É muito comum, quando se fala em poder de polícia, afirmar que uma das suas características é a discricionariedade dos seus atos, é uma idéia freqüente. Então, quando falamos de poder de polícia no campo securitário, imagina-se que o Estado tem efetivamente um grande campo de discricionariedade para regular estas questões, o que é apenas meia verdade, pois, a partir do momento que entendemos que o Estado de direito é aquele Estado que se submete às suas próprias regras, o Estado estará submetido ao princípio da legalidade, que é um dos princípios básicos que devem ordenar toda e qualquer intervenção estatal; é a lei que define o que é discricionário e o que é vinculado; é a lei que dá liberdade de opção ao administrador ou vincula seus atos.

Mais modernamente tem surgido, no campo do direito público, uma idéia praticamente vinda de doutrinadores alemães, segundo a qual cada vez mais a discricionariedade perde seu sentido. Com base numa visão clássica, começou-se a diferenciar aquilo que os juristas chamam de conceitos jurídicos determinados dos conceitos discricionários. O conceito jurídico determinado é aquele que fixa um conteúdo, que tem uma única aplicação, ou seja, a lei não determina o conteúdo do conceito, mas o intérprete só tem uma resposta possível para aquele conceito. Peguemos um exemplo: a lei vem e diz "pessoa de boa-fé". O intérprete não tem a definição do que seja boa-fé na lei, mas ele terá que descer aos meandros da norma para verificar o que é boa-fé e o que não é; só há uma resposta possível, isto é, ou a pessoa é de boa-fé ou a pessoa é de má-fé. Esse é um conceito jurídico determinado.

O conceito discricionário é diferente, é aquele que confere ao administrador a liberdade para optar entre seguir um caminho ou seguir outro, ou seja, é aquele que não dá uma única resposta. Ora, muitas vezes somos tentados a acreditar que certos conceitos são discricionários, quando não são, mas sim meramente determinados. O que nos mostra que há casos em que o administrador público não tem opção, ele tem é que fazer a interpretação daquilo que é efetivamente melhor para o interesse público.

Essa noção reduz fundamentalmente o campo do exercício do chamado poder de polícia do Estado. O poder de polícia do Estado é basicamente um poder exercido dentro da lei e, às vezes, sua atuação está voltada para o cumprimento de conceitos determinados; outras vezes, entretanto, há o campo da discricionariedade. Essa noção me parece muito importante no campo daquilo que o Estado pode fazer no plano da fiscalização das empresas de seguros. Muitas vezes entende-se que o Estado tem uma grande liberdade para intervir em certos campos, a pretexto da discricionariedade, quando não tem discricionariedade, mas sim vinculação legal; ele tem o dever de fazer, a partir de conceitos determinados, o que a lei estabelece. Ou seja, é fundamental que, no campo da atividade administrativa do poder de polícia que o Estado exerce nos seguros, se utilize esses conceitos de direito público para verificar em que casos o Estado tem o dever de prestar e em que casos o Estado tem liberdade de atuar, em relação a medidas, em relação a injunções.

Esse é um estudo que não encontramos no Brasil. Toda legislação brasileira que disciplina a fiscalização das empresas de seguros é tratada normalmente sob a ótica privatística e não se faz esse estudo de direito público para verificar o que é dever, o que é direito, o que é alternativa, o que é discricionariedade, o que é vinculação. Parece-me algo de grande relevância e que precisa ser efetivamente investigado com maior cuidado.

Da mesma forma, essa distinção entre vinculação e discricionariedade desemboca em um problema gravíssimo e muito mal explorado no Brasil: qual é a responsabilidade do Estado diante da ausência do poder de polícia em certos casos? O Estado tem responsabilidade civil em relação a atos omissivos no campo da fiscalização dos seguros? Essa é uma questão de grande relevância que, curiosamente, também não é estudada no Brasil.

Todavia, a resposta me parece clara. A Constituição da República prevê, no art. 37, parágrafo 6º, o princípio da responsabilidade civil do Es-

tado. Note-se que o princípio da responsabilidade civil do Estado é marcado fundamentalmente pela visão objetiva desta responsabilidade, ou seja, para que o Estado tenha o dever de indenizar não é necessário demonstrarmos a culpa ou o dolo do agente que causa o dano. Para que o Estado tenha o dever de indenizar basta a demonstração do nexo causal entre fato e dano. Ora, por óbvio, sempre que um agente público causar dano a alguém, seja porque agiu de forma comissiva ou omissiva, o Estado tem o dever de indenizar.

Assim, segundo penso, embora exista quem discorde disso, o não exercício do poder de polícia na intensidade vinculada para seu exercício pelo Estado, que eventualmente possa causar dano a alguém, qualifica-se como ato omissivo gerador da responsabilidade civil do Estado, ou seja, sempre que o Estado se omitir no dever de fiscalizar, a partir do momento em que ele tinha o dever vinculado de fazê-lo e esta omissão for responsável pelo dano de alguém, nascerá a responsabilidade civil do Estado, mesmo que não se demonstre a culpa ou o dolo. Todavia, há quem discorde disso; no Brasil, Celso Antônio Bandeira de Mello e Oswaldo Aranha Bandeira de Melo entendem que a responsabilidade por falta do serviço, por ato omissivo, seria governada pela responsabilidade subjetiva do Estado; este não é o ponto de vista dominante.

Parece-me, bem como à maior parte dos estudiosos desse assunto, que basta a omissão do Estado no exercício do seu poder de polícia para que, independentemente de culpa ou dolo, surja o dever de indenizar. Portanto, se tivermos situações de insegurança geradas pela ausência de fiscalização, uma fiscalização levianamente feita ou mal feita, autorizações concedidas quando não poderiam ser concedidas, enfim, violações dos deveres do Estado no campo vinculado, se isto trouxer dano a alguém, o Estado também poderá ser responsável. Essa dimensão me parece importante, deve ser analisada e, evidentemente, não transforma a compreensão que a atividade exercida pelo Estado no plano do seguro seja uma atividade decorrente de serviço público, ou não. É que, também no plano do poder de polícia sobre atividades essencialmente privadas, o Estado tem deveres vinculados, deveres que não são necessariamente discricionários e, caso o Estado se omita nestes deveres, dará ensejo à responsabilidade civil consagrada no art. 37, parágrafo sexto, da Constituição Federal.

Note-se, todavia, que temos tido mudanças nessa relação do Estado no campo dos seguros. É natural que seja assim. O direito administrativo, o direito público, são decorrência direta do papel que o Estado teve em um certo momento histórico e as mudanças ocorrem nos tempos modernos em relação à definição do papel do Estado. Se, no passado, tínhamos como ideário um Estado mais intervencionista nas relações econômicas, hoje, por força de concepções que muitos chamam de neoliberais, temos cada vez mais a idéia do Estado mínimo, do Estado desregulamentador. O Brasil tem vivenciado isso.

Estamos tendo mudanças substantivas na nossa legislação que sinalizam para que o Estado tente sair mais do campo do seguro, como está hoje. A própria viabilização da quebra do monopólio dos resseguros feita por uma emenda constitucional, alterando aquilo que existia originalmente na Constituição de 1988, é demonstração de que, efetivamente, muitos tentam ver esse campo com outra ótica, distinta daquela que vinha sendo consolidada ao longo dos tempos. Mas, seja como for, parece-me muito difícil que a desregulamentação que hoje marca o ideário de muitos no plano securitário possa chegar a tal ponto que nada do que foi dito aqui seja verdade.

O seguro é uma atividade que, repito, embora não seja serviço público, pelas repercussões sociais que tem, dificilmente deixará de ter uma forte dose de poder de polícia do Estado atuando. Sob esta perspectiva, é de fundamental importância que publicistas e civilistas dêem as mãos para tentar, analisando pontualmente tudo aquilo que o Estado tem que fazer neste campo, fazer um diagnóstico preciso do seu papel, dos seus direitos, dos seus deveres, de suas responsabilidades perante a sociedade. Entender o seguro como um contrato de direito privado é uma decorrência óbvia, mas é um equívoco entender que o seguro também não está marcado por normas de direito público, por institutos de direito público e não transplantar conceitos deste campo para sua compreensão maior; é um equívoco que a doutrina brasileira não pode continuar cometendo. Os estudiosos do seguro terão que deixar um pouco de lado os princípios privatísticos e relembrar conceitos de direito administrativo, perceber que as atividades econômicas também estão submetidas à incidência de normas de direito público e avaliar que muitos dos problemas que se colocam neste mercado decorrem, às vezes, por parte dos juristas, de uma má compreensão de que o di-

reito público está lá presente, que o direito público impõe situações vinculadas, não apenas meramente discricionárias, e que o dever de responsabilidade civil do Estado tem que ser cobrado e exigido dos nossos governantes em todas suas dimensões. É necessário, também, ter claro que muitos dos atos do poder de polícia são atos administrativos e que se governam pelos pressupostos básicos dos atos administrativos.

Quantas vezes não vimos nesse campo o arbítrio, que simplesmente não é combatido porque se esquece que o desvio de poder de atos administrativos é um vício que pode ser levado ao Judiciário, porque esses atos administrativos são revisáveis, porque podem ser impugnados. Frequentemente vimos preceitos de direito administrativo sendo violados no exercício dessa atividade de fiscalização e, como as pessoas não mexem com este campo do direito, ficam absolutamente a assistir as coisas como se fossem relações meramente privadas que se colocam neste campo.

Já falei muito e, evidentemente, seria impossível exaurir tudo aquilo que se pode pensar a respeito. Gostaria, já que estamos todos diante de estudiosos de um fenômeno muito conhecido do direito privado, de fazer um apelo: que comecemos também a abrir uma outra página deste estudo que, a meu ver, será de grande valia para que o Estado saiba exatamente o seu papel e para que aqueles que são lesados por atos arbitrários saibam exatamente os seus direitos e a forma adequada para se defenderem diante destas violações.

Muito obrigado.

Maurício Luís Pinheiro Silveira

Gostaria de abrir a palavra ao público.

Frederico da Silveira Barbosa

Bom dia, professor! É um prazer ouvi-lo. Trabalho com isso que o senhor está falando, com o direito aplicado à previdência privada e seguros e planos de saúde, que hoje têm um pouco de seguro. Gostaria de perguntar: como funciona o poder de polícia em relação ao objeto contratual? Como seria – gostaria de dar um exemplo, só que não na área de seguro – uma regra do Banco Central atribuindo a todo mundo o direito de ter um cheque

especial? É isso que ocorre hoje na área de planos de saúde, atribui-se a todos uma cobertura implícita. Como seria uma regra para que todos tivessem direito a uma aposentadoria de R\$ 2.000,00 por mês em previdência privada? Não existe limite e acho que nem tem que ter, cada um contrata a aposentadoria do tamanho que quiser. Por que o plano de saúde está regulado dessa forma? Eu acho também que é poder de polícia definir o que é urgência, carência, cobertura, rol de procedimentos, direito ao médico assistente. Enfim, tudo que está sendo regulado é inovação na ordem jurídica, cria direitos, deveres e obrigações e não tem mais jeito de colocar isso por debaixo do tapete, está definindo o conceito, está inovando? E tem uma pergunta: não seria um limite para a administração, não seria o inverso do princípio de que todos têm a obrigação de conhecer a lei? Se todos devem conhecer a lei, imagino que os parlamentares devam regular, decidir aquilo que está no senso comum e passar a parte técnica para o executivo, para um órgão técnico, que no futuro pode-se até se discutir de deixar a competência normativa às agências vinculadas ao legislativo. Então, são essas duas coisas, a interferência no objeto contratual e a questão do princípio da legalidade.

José Eduardo Martins Cardozo

Penso ser, num primeiro ponto, interessante essa simbiose entre direito público e privado, porque nós, juristas, aprendemos a raciocinar por quadros lógicos. Quando se entra no direito público, pega-se um outro quadro e o raciocínio segue por linhas completamente diferentes. Por exemplo: qual o parâmetro que a administração pública tem? É único, é a lei, porque se no mundo privado as pessoas podem fazer tudo aquilo que querem, desde que a lei não proíba – e esta é uma decorrência da legalidade – no direito administrativo, no direito público, é justamente o oposto. O administrador público só pode fazer o que a lei autoriza.

O princípio da legalidade no direito privado tem uma diferença cristalina em relação ao direito público. No direito privado, o silêncio é permissivo. No direito público, o silêncio significa proibição. Todo poder de polícia do Estado está literalmente ligado à lei. O Estado não pode ir além do que a lei estabelece.

No Brasil, nós temos um terrível problema de cultura. No Brasil, é comum as pessoas pensarem que a portaria vale mais que a lei e o admi-

nistrador público também pensa assim, ou seja, o administrador público inova na portaria, você olha e questiona em que esta circular está fundada, mas não acha calço. No plano de seguros isso é freqüente: a norma constitucional proíbe, mas a portaria é essa! Isso é terrível, mas é a realidade.

É uma má compreensão dos princípios de direito público. Normalmente, como estamos acostumados a raciocinar com princípios privatísticos, consideramos que norma é norma e não pensamos que, por trás da norma, há princípios diferenciados; no direito público é assim. É comum as pessoas não questionarem essa coisa, inclusive os advogados, porque passam batido por certas determinações que não têm nenhuma, absolutamente nenhuma, base legal. É para isso que quero chamar a atenção, porque é muito comum.

Vemos reclamações freqüentes sobre certas questões administrativas que são colocadas, porém, quando examinadas a fundo, elas não têm o menor supedâneo legal e as pessoas choram por coisas que não valem, mas que têm uma efetividade social absurda, porque as pessoas não combatem certos tipos de coisas.

Penso que essa noção é muito importante para quem atua nesse campo da atividade econômica submetida ao exercício do poder de polícia. Deve-se verificar sempre se o poder de polícia está dentro de uma decorrência da lei, pois o princípio da legalidade diz que ninguém pode fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Logo, os atos administrativos são decorrência da lei. O problema é que o administrador público, no Brasil, edita atos administrativos porque pensa que pode legislar, ou seja, essa mentalidade tem que ser absolutamente transformada e combatida; é evidente que é a lei que abrirá espaço para isso. Se a lei adentrar na disciplina do conteúdo do contrato, estabelecendo normas cogentes, será perfeitamente possível, desde que não se fira a Constituição. Todavia, na medida em que a lei silencia, as partes têm liberdade de contratar e, evidentemente, o poder público o dever de fiscalizar, nos termos em que a lei autoriza o administrador, apenas e tão somente.

Quando o administrador público se desgarrar e persegue coisas avessas ao interesse público, ocorre o desvio de poder, desvio de finalidade, ou até nulidade do ato; pode ser atacado pelo Judiciário, porque não há ato administrativo que não seja revisto pelo Poder Judiciário. É engraçado, porque o raciocínio humano, a ciência e o conhecimento têm uma cer-

ta dose de dialética. Os primeiros filósofos estudavam tudo. Acontece que os conhecimentos humanos assumiram uma tal proporção que as pessoas tiveram que se especializar. Creio que devemos dar um salto dialético, temos que voltar cada vez mais à busca do todo. Isso me parece muito claro em atividades como esta em que está presente a atividade econômica regida por normas estatais e que são submetidas a um campo do direito completamente distinto, nos seus princípios, daqueles que regem a atividade em si.

Tem que pensar com as duas cabeças para não ser iludido em relação ao que se pode ou não pode fazer.

Athos Gusmão Carneiro

Professor José Eduardo, gostaria de formular uma indagação. V. Sa. afirmou, pelo menos em princípio, que o Estado, o Poder Público, seria civilmente responsável, responsabilidade objetiva, pelos danos decorrentes de omissões do poder de polícia na fiscalização. Tenho a impressão de que esta proposição há de ser entendida, não sei se é também a opinião do eminente mestre, com certos temperamentos, por exemplo, se um cidadão deixa o seu automóvel na via pública, quiçá muito confiante em que o poder de polícia, *stricto sensu* no caso, será exercido e ao retornar, seu automóvel foi furtado, independentemente de ter feito ou não seguro particular; terá esse cidadão direito de ação de indenização contra o poder público? Se afirmarmos que sim, parece que estaremos abrindo um precedente que levará a conseqüências, quiçá insuspeitadas. Em última análise, o Estado, em si, é uma abstração que vive no plano do direito; o que existe são os cidadãos, os jurisdicionados e, quando se trata de pagar, são os contribuintes.

Será que os contribuintes estão dispostos a arcar com imensos ônus, mediante aumentos de tributos necessários para que o Estado possa indenizar todos os danos objetivamente decorrentes de eventuais alegadas omissões do seu poder de polícia? Isso não estaria transformando o Estado em uma espécie de segurador universal e ilimitado, com todas as repercussões no orçamento estatal? O dinheiro não está caindo do céu: ou o governo fabrica imprimindo-o, o que pode levar à inflação desmesurada, ou aumenta os tributos. Em última análise, os contribuintes pagam tudo. Pa-

rece-me que, se dermos, o que creio não ser a intenção, uma grande extensão a este princípio de responsabilidade objetiva do Estado pelas omissões no poder de polícia, estaríamos tirando as verbas da saúde, da educação, das obras públicas, do pagamento dos servidores públicos, para o Estado desempenhar o papel de segurador universal.

Esta é, então, a dúvida que eu submeteria ao ilustre professor, cuja palestra tanto nos encantou.

José Eduardo Martins Cardozo

A pergunta é fascinante.

Gostaria, primeiro, de ponderar que o princípio da responsabilidade objetiva do Estado é um desdobramento do princípio da isonomia, fundamentalmente, embora as pessoas, às vezes, não percebam isso. Na medida em que todos são iguais perante a lei, de acordo com suas potencialidades, todos têm que custear as atividades do Estado. Evidentemente, se o Estado, por ação ou omissão, por sua conduta ou de seus agentes, não reparará-la, estará colocando aquela pessoa em situação mais gravosa em relação ao restante da coletividade, ou seja, se tenho que tratar todos com igualdade e o Estado causa dano a alguém, o Estado tem que reparar o dano que causou àquela pessoa, para que ela seja colocada no patamar de igualdade em relação aos demais membros da sociedade. É por isso que a responsabilidade do Estado é consagrada em caráter objetivo e, na medida em que ela tem essa dimensão objetiva, me parece que é sempre necessário demonstrar o nexo de causalidade, ou seja, é necessária uma relação direta do Estado na causa do dano, seja por ação, seja por omissão.

Parece-me que, no caso do poder de polícia que foi mencionado, imaginar-se que cada furto o Estado poderia evitar com a sua presença, seria dar ao Estado um dom de onisciência e onipresença que seria verdadeiramente impossível, isto é, por maior que seja o aparato disponível e a eficiência das técnicas policiais, não se pode evitar que crimes sejam perpetrados. Nesse caso não estaria provado o nexo causal entre a omissão objetiva e o dano, embora seja possível imaginar situações desse tipo: por exemplo, um policial assiste ao furto de um carro e não intervém; nesse caso o nexo causal pode ser demonstrado.

O problema não está especificamente na teoria, está na análise da situação concreta que, evidentemente, não pode ser radicalizada nem interpretada de forma que transforme o Estado numa grande seguradora, porque, senão, quem faria o resseguro do Estado? Acho que ninguém vai querer assumir o co-seguro nem o resseguro, não é verdade? Então, diante disso, creio que seja sempre necessária, para que haja o nascimento da responsabilidade objetiva do Estado na omissão do poder de polícia, a demonstração objetiva, concreta, do nexo causal. Sem essa demonstração não incide a conclusão que estamos afirmando.

Athos Gusmão Carneiro

Essa minha pergunta foi feita um pouco à guisa de embargos declaratórios, até para evitar que alguns colegas comecem a acionar o Estado a torto e a direito!

Voltaire Giavarina Marensi

Professor, bom dia. Ilustres colegas da mesa, bom dia.

Tenho apenas um registro ao professor José Eduardo Martins Cardozo pela brilhante palestra, no sentido de que talvez não tenha sido feita menção, aqui no Brasil, da intervenção do Estado em matéria de contrato de seguro. Eu diria que desde os primórdios, até o professor Roberto Pipia Maldonatti, foram elaborados trabalhos exatamente quando se procurou sistematizar o Decreto-lei 73/66; naquela oportunidade, escrevendo uma monografia sobre o contrato de seguro, havia dito que realmente essas cláusulas pré-impressas pelo legislador e chanceladas pela autoridade pública deveriam exercer esse poder de exercício de cautela de fiscalização. Malgrado, também, os atos que aconteceram aqui, em 1987, no Rio Grande do Sul, quando houve a malfadada intervenção da “Família Militar”, em que o Estado agiu com mão de ferro e que, efetivamente, não se deixou presente.

O que quero registrar nessa oportunidade é que muitas vezes o Estado, com seu aparelho deficitário, não pode suprir determinadas lacunas por causa desta falta de verbas, de aparelhos. Agora, por causa dessas situações em que talvez a intervenção do Estado não tivesse sido muito

bem tratada, bem colocada, é que eu me coloco, data venia, contrário ao seu entendimento.

José Eduardo Martins Cardozo

Não sei se estamos divergindo. Tenho dúvida sobre essa divergência. Tenho a impressão que não. O que digo é que, se o Estado tem um dever legal a cumprir, a falta de eficiência do aparelho burocrático não justifica excluir a eventual punição civil que possa ser aplicada. Quero dizer que as competências públicas, como diz o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, não são apenas poderes; são deveres-poderes. Uma autoridade pública recebe a competência, não porque tem poder, mas porque tem o dever de exercer esse poder; na medida em que, recebendo pela lei, ele não cumpre, seja lá por que razão for, efetivamente, a ordem jurídica deve reprimir essa atitude. É evidente que temos que analisar cada situação, cada caso. Seria indevido responsabilizar pessoalmente o administrador pelos vícios estruturais. Agora, me parece claro que a ausência do cumprimento de um dever qualifica situação que, se danosa, dá ensejo ao dever de reparar, devendo analisar-se caso a caso. Infelizmente, o que acontece, aqui no Brasil, talvez seja fruto da vivência autoritária que temos, e estamos mais acostumados a pensar no primado do administrador que no primado da lei. É como se vivêssemos numa monarquia, isto é, entendemos que o administrador é dono da coisa pública, quando é mero executor. Se a lei lhe determinar fazer algo, ele tem que fazer; se não faz, tem que ser responsabilizado nos termos em que a ordem jurídica sanciona e prescreve. A máquina administrativa é ineficiente? Ótimo! Então, corrija-a; a população tem o direito de exigir isso de seus respectivos governantes. É a noção do Estado de Direito que devemos cada vez mais construir, até para que a máquina administrativa se torne mais eficiente.

Atualmente, o princípio da eficiência está colocado como um princípio constitucional e a ineficiência é ato violador de direito. Na medida em que a Emenda Constitucional nº 19 incrustou no *caput* do art. 37, da Constituição da República o princípio da ineficiência, ser ineficiente é ato ilícito e merece reprimendas sancionatórias do plano jurídico. Acho que na essência, não estamos discordando muito não.

Maurício Luís Pinheiro Silveira

Cabe-me a desagradável função de interromper as perguntas, porque, evidentemente, a palestra do professor José Eduardo é bastante instigadora e muitas perguntas ainda existem. O problema é que temos um horário e devemos cumpri-lo até para o conforto dos participantes do congresso.

Assim, agradecendo ao professor José Eduardo Martins Cardozo e, em nome do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, eu convido todos os presentes para um pequeno *coffee-break*. Em seguida teremos a exposição, sobre o mesmo tema, do professor Rubén Stiglitz.

Muito obrigado.

NATUREZA JURÍDICA DO “MONTE DE PREVIDÊNCIA”

*OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA*¹

Maurício Luis Pinheiro Silveira

Convido para ocupar a mesa o professor Ovídio Baptista da Silva, o presidente do IBDS – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, Dr. Ernesto Tzirulnik. Convido também, para tomar acento e presidir a sessão desta tarde, o Dr. Pablo Medina, professor da Universidade Pan-Americana da Cidade de Guadalajara e membro da sessão mexicana da Associação Internacional de Direito do Seguro. Convido, ainda, nossos ilustres palestrantes da tarde. Doutores Ronaldo Porto Macedo Júnior e Paulo Luiz de Toledo Piza.

Passo a palavra, então, ao presidente da mesa, Dr. Pablo Medina.

Pablo Medina Magallanes

Boa tarde! Neste painel, abordaremos o tema da qualificação jurídica dos fundos de previdência. O primeiro dos nossos palestrantes será

1. Membro do Conselho Diretor do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro - IBDS. Doutor em Direito. Ex-professor do curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Professor Titular aposentado de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor do curso de pós-graduação da UNISINOS.

o Dr. Ovídio Araújo Baptista da Silva, Doutor em Direito, professor do curso de pós-graduação da Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul, professor titular aposentado de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, professor do curso de pós-graduação da UNISINOS e membro do IBDS – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. Em seguida, teremos o Dr. Ronaldo Porto Macedo Júnior, Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito e Mestre em Filosofia pela Universidade de São Paulo, foi *visitant scholar* na Harvard Law School, é diretor de comunicação da BRASILCON, foi presidente do Instituto de Estudos de Direito de Cidadania e é membro do IBDS – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. Deixo com vocês, primeiro, o Dr. Ovídio Baptista.

Ovídio A. Baptista da Silva

Excelentíssimo Sr. Presidente do IBDS – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, Dr. Ernesto Tzirulnik, eminentes professores que compõem a mesa, senhoras e senhores congressistas, cabe-me falar sobre a natureza jurídica do “monte de previdência”.

Para tratar da natureza jurídica dos “fundos de previdência”, cumprindo a tarefa que nos foi atribuída, é indispensável ter presente alguns princípios que presidem os sistemas jurídicos modernos, avaliando o grau de correspondência entre eles e as novas estruturas da sociedade contemporânea, isto é, entre as linhas fundamentais de nosso ordenamento jurídico e as novas exigências determinadas pelas modernas sociedades de consumo.

A análise por meio desta metodologia impõe-se ainda mais quando se pretender compreendê-los sob a perspectiva processual.

Sabe-se que os ordenamentos jurídicos modernos assentam-se basicamente na idéia de direito como um *poder da vontade*, ou como uma faculdade que a lei confere para realizarmos aqueles interesses que o sistema atribui-nos como um direito.

O Direito moderno define-se como um “conflito de vontades”.

Seja qual for o conceito de Direito e, a partir dele, o conceito de ordenamento jurídico, enquanto sistema instituído pelo Estado, é necessário concebê-lo como expressão de um *direito subjetivo*, um direito atribuído ao sujeito individual, seja como proteção contra as tiranias do poder,

seja como tutela contra as resistências porventura opostas a seu reconhecimento por aqueles a quem a lei imponha o dever de satisfazê-lo.

Qualquer que seja a compreensão que possamos ter do conceito de *direito subjetivo*, certo é que esta categoria implica a idéia de submissão da vontade humana à vontade de outrem. Porém, submissão a uma *vontade individual*. O individualismo penetra tão profundamente nosso pensamento que se torna penoso imaginar uma relação jurídica de *cooperação*, não de *conflito*.

Para que se tenha uma visão aproximada da potência do *paradigma individualista*, basta pensar no conceito de *lide* como um "conflito de interesses". Esta é a marca da ideologia moderna, impressa em seus sistemas jurídicos.

A Idade Moderna, ao destruir a comunidade medieval, criou uma nova categoria política, na figura do *indivíduo* como uma entidade jurídica abstrata, supostamente existente antes da respectiva comunidade social, constituída pelos indivíduos por um contrato, que Feuerbach dizia ser um "contrato bilateral de sujeição" por meio do qual os indivíduos teriam livremente renunciado à sua liberdade para formar o Estado. Porém, acima de tudo, um negócio jurídico *bilateral*, concluído pelo indivíduo, que Rousseau concebia como "um todo perfeito isolado".

Essa curiosíssima construção política eliminou a própria idéia de *comunidade social pré-estatal*, em cuja tradição esses indivíduos – produtos de uma abstração lógica – teriam nascido e se formado como seres humanos.

Não seria exagero dizer que nossa concepção do Direito, como *direito subjetivo*, realiza o enunciado de Hobbes de uma sociedade humana formada por "indivíduos isolados" em permanente "luta de todos contra todos". A supressão dos chamados "corpos intermediários", determinada pelas filosofias políticas do século XVIII, fez-se pelo mesmo princípio. Não deveria haver representantes, entre o Estado e esses "indivíduos isolados", de nenhuma instituição que pudesse intermediar o diálogo político.

Sobre a base de uma sociedade pulverizada, o Iluminismo dos séculos XVII e XVIII estabeleceu um modelo de tutela jurídica processual sustentado por dois novos princípios: a) o Direito, como uma entidade lógica abstrata, portanto aistórica, deveria ser formado por conceitos permanentes e eternos, como as verdades matemáticas; b) como pressuposto complementar a esse princípio, a atribuição aos juizes da missão exclusiva de

esclarecer a “vontade do legislador”, posto que a lei deveria ser produzida exclusivamente pela Providência de um iluminado Poder Legislativo.

É a doutrina da divisão de poderes do Estado que, levada às últimas conseqüências, como nós o fazemos, transforma o juiz naquele “ser inanimado”, como dizia Montesquieu, incumbido de verbalizar as palavras da lei. Espécie de oráculo do legislador; “poder nulo”, como o qualificava o teórico moderno da democracia.

Os reflexos desses princípios fizeram-se sentir no Direito Processual Civil em uma conseqüência inevitável, limitadora da função jurisdicional: a eliminação da *tutela preventiva*, sob o pressuposto de que ao “juiz subordinado” – como diziam os filósofos – caberia exclusivamente a missão de revelar a “vontade do legislador”, ficando-lhe vedado o acesso aos juízos de verossimilhança ou de simples probabilidade.

Sempre que o magistrado provesse baseado em juízo de “probabilidade”, sua decisão seria, no máximo, reveladora da “provável” vontade da lei. Seria, como dissera Hobbes, a “lei do juiz”, não a lei criada pelo legislador e, nessas condições, segundo ele, injusta.

Explica-se, a partir desta vertente ideológica, o fato de os códigos europeus do século XIX não contemplarem formas de *tutela preventiva*. Debalde buscaremos nos códigos napoleônicos algum instrumento deste gênero.

Basta recordar o conceito de *ação*, dado por Savigny, como a “relação que nasce da violação do direito”, para compreender a extraordinária redução do campo da juridicidade. Eis a razão pela qual distinguiam os juristas a propriedade do “direito de propriedade”. Este, o *direito de propriedade*, consistiria na faculdade, outorgada pela norma ao titular do domínio de restaurá-lo em caso de violação. Sem a prévia violação, não haveria como preventivamente protegê-lo. Até porque, como vimos, o “direito de propriedade” nascia precisamente da violação da propriedade.

As tutelas processuais preventivas, como o mandado de segurança, a tutela cautelar, o procedimento monitório e até mesmo as “antecipações de tutela”, agora introduzidas em nosso sistema – que nem chegam a ser preventivas – são instrumentos processuais resgatados do direito medieval. Antes de serem modernas, elas correspondem à mais eloqüente negação da modernidade. Assim como as tutelas preventivas que se avolumam no campo do Direito Processual, é compreensível que o seguro,

enquanto forma de prevenção contra os *riscos*, adquira também relevância numa sociedade angustiada e neurótica.

Nos ordenamentos modernos, especialmente a partir do século XIX, a tutela processual pressupunha a violação do direito que se buscava proteger. O direito haveria de ser destruído para que o Estado pudesse restaurá-lo.

A construção de um mundo imaginário, conhecido como "mundo jurídico", que ainda sobrevive, como um puro ente de razão, como uma entidade lógica e sem qualquer vínculo ou compromisso com a realidade, indiferente às transformações pelas quais o mundo passou nos últimos duzentos anos, é outra consequência dessa fuga do jurista de seus compromissos sociais.

Enquanto o Direito – concebido como uma simples equação lógica – mantinha-se sobranceiro e indiferente a tudo o que pudesse ocorrer no mundo social, as sociedades modernas sofriam transformações jamais imaginadas pelas teorias políticas que, separando o mundo do ser do mundo das abstrações lógicas, legaram-nos esse encantado "mundo jurídico".

Vivemos hoje, no entanto, o que Galbraith, eminente cientista político, indicou como a "era da incerteza". Na verdade, como disse outro conhecido filósofo, estamos presenciando o "fim de todas as certezas". É bom esclarecer que não nos referimos a um teórico preocupado com filosofia pura. Referimo-nos à visão de Ilya Prigogine – laureado com o Prêmio Nobel de Química de 1977 – um filósofo da ciência, precisamente da Ciência, a moderna guardiã de nossas antigas esperanças. Foi a Ciência contemporânea, não a Filosofia, que abandonou o sonho iluminista da *certeza*, como ideal a ser perseguido pelo conhecimento humano.

O paroxismo das transformações sociais, cada vez mais velozes e profundas, transformou a sociedade moderna no que Ulrich Beck, ilustre professor de Filosofia do Direito na Universidade de Munique, denominou a "sociedade do risco", perante a qual a própria ciência, à medida que avança – e o faz com a velocidade do raio – gera novos e assustadores riscos sociais.

Pensemos nos perigos que as usinas nucleares representam. Consideremos a destruição ambiental, provocada pelo progresso científico que possibilitou o extraordinário desenvolvimento das tecnologias industriais, pensemos nos novos riscos criados com a clonagem de seres humanos e nas infinitas possibilidades científicas – com os riscos correspondentes – da produção de alimentos geneticamente modificados, para ver a imensurável distância que nos separa de Savigny e dos juristas do Iluminismo.

Vivemos, sem dúvida, um “maravilhoso mundo novo”, cujo resultado, não previsto e não desejado, foi a criação de um enorme e genérico “risco social”. Não há testemunho mais eloqüente desta triste realidade que o novíssimo critério de avaliação da importância, ou da seriedade, ou da credibilidade de uma nação, do que o chamado “risco país”, temível sistema de listagem, produtor de conseqüências desastrosas para a economia dos países pobres, praticado por empresas de suspeita imparcialidade – espécie de oráculo das finanças internacionais – que periodicamente decretam o grau inapelável de credibilidade das nações do Terceiro Mundo, avaliações que oscilam de um dia para outro, segundo critérios insondáveis, mas que produzem conseqüências econômicas por vezes catastróficas.

Não é necessário dizer mais para justificar a extraordinária importância do seguro como o mais elaborado e eficaz instrumento de prevenção contra riscos sociais, como remédio preventivo para uma sociedade enferma, assustada e pessimista que, ao contrário de seus ancestrais iluministas, está a ponto de perder as esperanças de um mundo mais humano, mais justo e, acima de tudo, menos desigual.

Nesta nova realidade, a importância da instituição jurídica do seguro decorre, dentre outras muitas, de duas circunstâncias elementares.

A primeira diz respeito à sua histórica função econômica de proteção contra os riscos sociais, missão a ser agora exercida na “sociedade do risco”, onde as grandes ilusões de segurança e até de prosperidade permanente perderam sentido. Não se cuidam mais de certos e determinados riscos sociais, pontualmente conhecidos e determinados. É a sociedade, globalmente considerada, que se tornou um grande risco.

A segunda circunstância, tão ou mais significativa que a primeira, é ser o contrato de seguro uma velha instituição que, embora convivendo com todas as formas do *individualismo* moderno, preservou o germe de uma instituição de natureza *solidária*, enquanto genuína expressão de um contrato rigorosamente econômico, porém, apesar disso, com a feição de um negócio jurídico que, ao invés do *conflito*, assenta-se no princípio da *solidariedade* entre os sujeitos que dele participam.

Certamente o princípio *solidarista*, tanto no *contrato de seguro*, quanto na instituição de *previdência social* – que não deixa de ser um seguro em razão de sua estatalidade – ou no sistema *cooperativista*, encontra-se, em qualquer deles, soterrado sob a idéia ilusória de que essas cate-

gorias jurídicas formem-se, como as demais, por uma relação jurídica *bilateral*, como qualquer contrato de natureza *individualista*.

Quem tiver a curiosidade de ler nosso Código Civil, verá que o contrato de seguro é definido como aquele pelo qual "*uma das partes* se obriga para com *a outra* a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros".

Este critério, no entanto, pode servir para tudo, menos, porém, para definir o contrato de seguro. Na hipótese de "*uma*" das partes se obrigar para com a "*outra*" a indenizar os prejuízos porventura resultantes de riscos futuros, quando muito, estarão elas a vincularem-se numa relação negocial de jogo ou aposta. Jamais terão formado um contrato de seguro.

O seguro é um sistema de poupança ou de *economia coletiva*, indispensável quando ajustado individualmente. O contrato de seguro não é, por definição, um negócio jurídico *bilateral*, como também não o são o contrato de previdência social, seja estatal ou privada, e o contrato constitutivo por uma sociedade cooperativa.

Ao substituir a *comunidade* medieval pela *sociedade*, as teorias políticas modernas conceberam-na como uma sociedade formada por entidades individuais.

O *indivíduo* – essa entidade lógica criada pelo direito moderno, que não tem qualquer sentido de realidade – transformou-se no critério pelo qual nos é permitido o acesso à juridicidade. Pensar o direito, especialmente na dimensão processual, é pensá-lo enquanto conflito de vontades individuais. A *ação* com que os processualistas laboram é uma categoria rigorosamente individual. Se houver mais de uma pessoa em cada pólo da relação processual, é sinal de que haverá mais de uma *ação*, haverá litisconsórcio, ou qualquer outra forma de cumulação subjetiva de partes.

É um exercício penoso para nossa formação jurídica pensar o direito como uma relação de *cooperação* e não de *conflito*.

A concepção corrente da instituição conhecida como *previdência social* – assim como o contrato de seguro privado, seja um seguro mútuo ou um seguro dito capitalista – considera apenas a relação *bilateral* que se forma entre o segurado e a instituição depositária da "poupança coletiva". Supõe que o seguro seja formado por milhares de contratos *individuais*, incapaz de absorver o sentido *comunitário* que o constitui como negócio complexo de índole solidária.

Ao contrário dos negócios jurídicos bilaterais que se formam pela convergência de vontades de contratantes individuais, os contratos de seguro somente se constituem quando ocorre uma multidão de contratos análogos.

A compra e venda, o mútuo, a locação, o comodato, ou qualquer outro contrato bilateral – mesmo quando tenham em cada pólo vários contratantes – inclusive os contratos de natureza societária, constituem unidades autônomas e independentes, definitivamente completas e acabadas. O contrato de seguro, não. Para a existência do seguro, é necessária a formação de um grande número de contratos análogos, atuarialmente calculados de modo a formar o “fundo de previdência”, que transformará o contrato de *aleatório* em *comutativo*.

A miopia de nossa formação *individualista* somente vê, no contrato de seguro privado ou social, a relação *bilateral* concluída entre cada segurado e a respectiva instituição, mas impede vê-lo em sua verdadeira essência de negócio jurídico complexo, pelo qual a *comunidade* forma o negócio jurídico de seguro, mediante a constituição do “fundo de previdência”. Esse acervo econômico é constituído pela “poupança coletiva” da comunidade segurada. Trata-se de economia coletiva, propriedade que a todos pertence. É desse monte que haverão de sair as indenizações devidas pelo sistema.

O gestor da “poupança coletiva”, sejam os próprios segurados, se o negócio jurídico for um seguro mútuo, seja o segurador capitalista, seja, enfim, a instituição estatal que haverá de gerir a previdência social, nenhum deles detém a propriedade exclusiva da “poupança coletiva”. Na realidade, eles não passam de simples administradores do sistema e, como tais, haverão de responder perante os segurados.

O vínculo do segurador com o “monte de previdência” aproxima-se conceitualmente de uma propriedade *fiduciária*, análoga àquelas concebidas pela figura do *trustee* do direito inglês.

A natureza do contrato de seguro privado ou de *previdência social* pode ser vista com maior nitidez enquanto objeto de uma relação processual. Aparecerá, então, uma peculiaridade que o distingue dos conflitos tradicionais de índole *individual*.

A solução jurisdicional que se der ao litígio entre o segurado individual e o respectivo segurador terá reflexos diretos e imediatos perante os demais segurados, revelando a *unidade* conceitual do contrato de seguro.

O valor da indenização a que for condenado o segurador será retirado desse monte comum pertencente à comunidade social; será extraído do "monte previdenciário" que a poupança coletiva tiver formado.

Acontece com o contrato de seguro uma peculiaridade extraordinária que o faz rigorosamente diferente dos contratos tradicionais, de cunho *individualista*. No conflito entre o segurado e o segurador, não é a vitória daquele que poderá reverter em vantagem para os demais. Surpreendentemente, os benefícios que poderão advir para os demais segurados decorrerão, não da derrota, mas da vitória do segurador! Tudo o que ele conseguir na Justiça reverterá em benefício do monte. Toda sucumbência do segurador provocará um gravame a ser suportado pelos demais segurados.

Com o contrato de *previdência social*, ou com qualquer outra forma de seguro, dá-se o mesmo fenômeno que ocorre com as *ações coletivas*, mais visível com as ações destinadas à proteção do meio ambiente. A procedência de uma destas ações, portanto a sucumbência do réu, trar-lhe-á – enquanto entidade individual ou coletiva exposta ao meio ambiente preservado – as mesmas vantagens obtidas pelo vencedor.

Em resumo – fato extraordinário para nossa idéia privatística de jurisdição como "conflito de interesses" –, o sucumbente alcançará resultados benéficos de sua derrota.

Por ignorar a natureza complexa, mas acima de tudo *comutativa* do contrato de previdência social, tratando-o como um contrato *aleatório*, o Poder Público, de um modo geral, especialmente a classe política em nosso país, acabou literalmente destruindo o sistema, vendo-o como se fora constituído por uma infinidade de contratos *bilaterais*. Primeiro, fazendo vista grossa para a incalculável – rigorosamente incalculável – sonegação e inadiplência dos empregadores; depois, pela ausência de contribuição do próprio Poder Público e, finalmente, pela apropriação indébita praticada pela União Federal contra o "monte previdenciário", servindo-se da poupança dos trabalhadores para o custeio de obras públicas, algumas delas suntuosas.

Dessa conduta desastrosa não se eximiu nem mesmo o Poder Judiciário que, reiteradamente, vem tratando o contrato de previdência social como um negócio jurídico *bilateral* de direito comum, a ponto de aplicar-lhe o caduco princípio do direito liberal clássico do "*pacta sunt servanda*" cuja utilização há muito perdeu legitimidade, mesmo perante os negócios jurídicos individuais.

A extraordinária facilidade com que o “monte de previdência” é condenado a pagar valores absolutamente incompatíveis com a respectiva poupança do segurado e a surpreendente benemerência com que a Justiça outorga benefícios não contemplados pelo sistema, como se o contrato fosse uma relação jurídica de mão única, causam dó e denunciam nossa encarnada ideologia burguesa, que ainda supõe ser o Direito uma arma do cidadão – agora rebaixado à condição de “consumidor” – contra o Estado, perante o qual todos os assaltos estariam justificados.

O que há de singular na submissão dessa classe de negócios jurídicos ao padrão comum de lide individual é a eliminação do direito de defesa que deveria ser assegurado ao “monte previdenciário”.

No que respeita ao Direito Processual, o modo de preservar a natureza *unitária* do contrato de seguro seria conceber, no mínimo, algum instrumento de tutela jurisdicional que os particularizasse como formas peculiares de *litígios coletivos*, seja pela criação de órgãos de representação dos interesses supra-individuais; seja, talvez, transferindo-os para algum veículo processual análogo à jurisdição voluntária.

Assim, como está, torna-se tentador ao juiz permitir as contínuas e quase sempre irremediáveis erosões do “monte de previdência”, como se as vantagens outorgadas a cada segurado, que ultrapassem a proporção atuarial entre a poupança individual e o respectivo benefício, fosse assunto privado entre cada segurado e o gestor da “economia coletiva”.

Na verdade, há uma terceira circunstância para que o contrato de *previdência social* adquira uma surpreendente relevância, se não prática ao menos heurística, no ambiente de revisão dos instrumentos de que hoje se ocupam os processualistas. Trata-se de inserir os contratos de índole *solidária* em alguma forma de “tutela diferenciada” que possa furtar-se ao tirânico exclusivismo do procedimento ordinário e das ações de natureza individual para as quais ele fora concebido.

Vislumbra-se pelas formas jurídicas a tendência, menos ou mais intensa, para o *solidarismo social* como instrumento de superação do *individualismo*, uma aproximação da idéia de “justiça coexistencial” preconizada por Cappelletti, justiça não de conflito, mas de conciliação.

Não seria exagero dizer que essas formas jurídico-processuais, de natureza supra-individual, de que são exemplos as ações coletivas, apontam para a superação do *individualismo* formado pela cultura da

modernidade.

São instrumentos que assinalam para o novo mundo do solidarismo social.

Muito obrigado.

Maurício Luis Pinheiro Silveira

Agradecemos ao professor Ovídio Baptista da Silva pela brilhante exposição. Passemos, então, às perguntas.

Ernesto Tzirulnik

Gostaria de registrar a presença do Marcos Sollero, filho do José Sollero Filho, grandes advogados, o pai e o filho. O Marcos Sollero e o Ayrton Pimentel são nossos veteranos aqui.

Marcos Sollero

Depois do Ayrton. Professor, agradeço ao Senhor por ter lavado minha alma. Faz muito tempo, penso que simplesmente ver o seguro como uma relação individual, essa definição do Código Civil que nós, como advogados, costumamos falar, é uma forma de encará-lo que precisa ser repensada. Lembro-me de uma séria discussão que tive com uma professora de direito civil, em São Paulo, a respeito da definição do contrato de seguro. O Senhor realmente deu aquele conteúdo que precisávamos ouvir, que é o sentido de coletividade, que é voltar ao princípio do mutualismo como base de tudo, que é não esquecermos de que formamos uma comunidade. Isso é o essencial, é o que deve renovar a nossa esperança de alcançarmos um mundo modificado. Muito obrigado, Professor.

Alessandro Octaviani

Professor, gostaria de ouvir a opinião do Senhor a respeito da lógica previdenciária como uma forma de nos precavermos contra riscos dessa natureza.

Ovídio A. Baptista da Silva

Mencionei este livro, que hoje é um livro citado inclusive pelos filósofos do direito, mas que não descreve propriamente um tema de filosofia pura, porque o título do livro é "*Sociedade do Risco*". Ele começa a mostrar os problemas que a ciência moderna tem criado para o homem moderno, chega à conclusão que nossos grandes problemas são criados pela ciência. De modo que pretendi significar, em última análise, na minha visão de processualista, a necessidade de romper, fundamentalmente, com o paradigma da separação de poderes. Basicamente é isso. Criar uma jurisdição criadora de direito e não reprodutora de uma lei cujo parlamento perdeu a legitimidade. Absolutamente perdeu. Vivemos a crise do Estado Democrático Representativo. Então, creio que precisamos repensar seriamente a jurisdição, seus limites, suas funções, seus conceitos e buscar superar, digamos assim, a modernidade, na medida em que, visualizando a modernidade, procuramos superar essa proibição que o juiz brasileiro tem de julgar com base no provável, na verossimilhança. Isso para quem não conhece processo, para quem não tem uma convivência mais estreita com processo, pode parecer uma coisa incompreensível ou exagerada, mas não é. Porque, vejam os senhores, tutelar preventivamente é tutelar contra o risco do provável. Toda tutela preventiva é uma tutela que usa, em maior ou menor dimensão, a idéia de verossimilitude. O juiz que provê pensando no futuro pode, evidentemente, errar. Então, nosso juiz é um juiz que conserta os estragos do passado, ele não está autorizado pelo sistema a proteger o futuro.

Agora os senhores tirem as conclusões que quiserem de um contrato que está tratando de seguro, que é uma das técnicas mais elaboradas para proteger contra o futuro. Então, os senhores verão como nosso processo está defasado. Está defasado justamente por isso, porque praticamos, com excesso de zelo, com perfeição talvez exagerada, o princípio da separação de poderes e a idéia cartesiana dos juízos de certeza.

Vejo seguidamente isso. Então, ouve-se, às vezes até se vê escrito, que o juiz ao proferir uma liminar não está decidindo. Não decide porque decidir é descobrir a vontade do legislador. Quem dá uma liminar ainda não sabe, ao certo, qual é a vontade do legislador. Então, desmorona toda a pretensão de tutela preventiva. Foi a partir dessa experiência que procurei mostrar que todos nós vivemos numa sociedade de risco, na ver-

dade, nem precisou o atentado de 11 de setembro para sabermos que vivemos em uma sociedade de risco.

Espero que o Professor Ulrich Beck ponha um posfácio no livro dele, quem sabe em uma edição nova, trate dos novos riscos. A verdade é essa: somos antípodas da sociedade otimista do século XIX e trabalhamos com o mesmíssimo instrumental processual. A não ser isso que estamos exumando do direito medieval, formas larvadas de tutela preventiva, não temos nada. O direito brasileiro não tem proteção preventiva.

Frederico da Silveira Barbosa

Professor, é muito fácil encontrar respostas quando está tudo certo. O fundo de previdência tem os recursos e tudo está sendo pago. Só que está sendo muito comum e acho que ainda ocorrerão muitas vezes, nos próximos anos, dos fundos não terem os recursos para cumprirem com o pagamento dos benefícios: acabou, não há uma reserva suficiente, uma reserva atuarial necessária.

A solução que o governo está encontrando para isso, que está propondo, está forçando, e muita gente é contra – conheço vários atuários que são contrários – é a questão dos planos de contribuição definida. Contribui-se e tem uma reserva individual, pode-se até escolher entre uma aplicação mais agressiva ou menos agressiva e, no dia que se adquire direito ao benefício, faz-se um cálculo e se pode inclusive pegar esse recurso e levar para outra entidade escolhendo a seguradora em que mais confia.

Então, é uma mera poupança individual ao longo do contrato. Não sei se isso voltaria um pouco para a relação individual ao longo do contrato, em oposição aos planos tradicionais que têm o benefício definido, o problema da solidariedade, do mutualismo.

Ovídio A. Baptista da Silva

Não tenho qualificação para lhe dar essa resposta porque é um problema técnico. O que posso dizer é o seguinte: todo plano de seguro é submetido, é sujeito, a uma lei absoluta que vincula a poupança ao retorno. Quando estudei previdência social, meu professor dizia "você pode fazer poupança guardando debaixo do colchão ou pode fazer poupança em uma

conta bancária, mas esse tipo de poupança individual, em geral, se frustra porque as pessoas não têm a perseverança de ficar vinte ou trinta anos guardando dinheiro debaixo do colchão e lá pelas tantas acabam esquecendo de fazer a poupança”.

Então, descobriu-se o seguro. Essa coisa prosaica. Nós todos nos cotizamos e fazemos um fundo. É claro que este fundo tem que ser calculado de tal modo que comporte uma indenização. Isso se faz por uma técnica matemática que se assenta na chamada “lei dos grandes números”.

Em pequenos números não sabemos, neste grupo, quantos se separarão, quantos casarão, quantos terão filhos. Isso é impossível. Mas, se dentro do grupo tivermos cem milhões, nem precisa tanto, um milhão de pessoas, qualquer estatístico vai dizer quantos automóveis serão furtados, quantas pessoas morrerão, quantas crianças nascerão. Então, por meio destes cálculos se procede a uma operação singela de proporcionalidade. Ocorrerão tantos nascimentos, pagaremos R\$ 1.000,00 para cada nascimento. Qual o valor da contribuição mensal? O valor é “x”.

O problema da previdência social – que não acontece na previdência privada, porque o controle é diferente – é que foi estabelecida por um sistema de capitalização e não por esse de repartição que está agora. Esse nasceu porque o outro foi destruído.

O que significa capitalização? Bem, resolve-se que será dada aposentadoria equivalente a “x” salários mínimos para todos os segurados; começa-se a receber e vai recebendo, mas não se paga nada porque a aposentadoria só ocorrerá daqui trinta anos. Então, forma-se o que os americanos usam muito e que agora estamos usando também: os fundos de previdência. São montanhas de recursos poupados à espera do reverso da medalha, quando as indenizações sobrepujarão em muito as contribuições. Mas o que o governo faz quando vê essa beleza de monte? Dá de mão. Não tenha dúvida. Foi o que aconteceu no Brasil. Então, digo que o sistema me parece, em princípio, viável, desde que essas proporções sejam mantidas.

Maurício Luis Pinheiro Silveira

Não havendo mais perguntas, passemos a palavra ao Dr. Ronaldo Porto Macedo Júnior.

QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FUNDOS DE PREVIDÊNCIA

RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR¹

Ronaldo Porto Macedo Júnior

Boa tarde a todos, é motivo de orgulho e muita satisfação participar desta mesa.

Assim que recebi o convite do amigo e presidente do IBDS, Dr. Ernesto Tzirulnik, me vi na obrigação de atendê-lo diante de uma tarefa inglória, que é substituir Dr. Justino Duque Dominguez. Quero desde logo deixar claro que não procurarei substituí-lo, mas sim trazer algumas reflexões sobre a natureza do contrato de previdência privada.

Antes, porém, gostaria de fazer uma breve observação sobre algo que me chamou atenção no painel anterior, que é a dimensão do direito público envolvido na questão do seguro e na questão também da previdência

1. Membro do Conselho Diretor do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro - IBDS. Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. "Visiting Scholar" junto a Harvard Law School (1994-1996). É Promotor de Justiça do Meio Ambiente da Cidade de São Paulo. Realizou especialização em Direito do Consumidor Europeu no Cours d'été en droit européen, realizado na Université Catholique de Louvain-la-Neuve. Professor de Direito do Consumidor na Escola Paulista da Advocacia e Escola Paulista do Ministério Público. Diretor de Comunicação do BRASILCON (Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor).

privada. Pareceu extremamente oportuna a inclusão do enfoque do direito público na questão do seguro, especialmente, porque ela nos obriga a pensar na natureza do contrato de seguro, que não é um contrato privado na acepção clássica e nem público na acepção contemporânea daquilo que é o público. Prefiro qualificar o contrato de seguro como uma dimensão do direito social. Parece-me uma das maiores lições que pode ser extraída dos trabalhos do nosso ilustre conferencista, François Ewald. Essa é uma das grandes idéias-força de sua obra, especialmente de seu trabalho que, a meu ver, é um divisor de águas, o *L'État Providence*.

Essa questão do direito público também me faz lembrar de uma outra questão, que é a dimensão concorrencial ligada ao direito do seguro. Há cerca de três semanas o CADE julgou um caso, ligado à concorrência no setor de seguros, admitindo plenamente a competência do CADE para examinar questões concorrenciais no setor de seguros.

Deixando de lado essas observações preliminares e entrando propriamente no tema de minha fala, gostaria de propor o seguinte: o contrato de previdência privada pode ser qualificado como um contrato relacional, embora não seja uma categoria consagrada ou tão conhecida no direito brasileiro, porém, por outro lado, insisto na idéia de que o contrato previdenciário é um contrato relacional de consumo, ou seja, esse fato enseja a aplicação de toda a principiologia prevista no Código de Defesa do Consumidor e que antecipa uma série de aspectos que foram reconhecidos pela nova lei de previdência complementar.

Feita essa caracterização, tratarei de dois aspectos básico: dever de informação adequada ao consumidor participante de um plano de previdência privada e, por outro lado, quero chamar a atenção para os elementos da tutela do consumidor do ponto de vista de sua submissão a riscos considerados normais e, portanto, a vedação da exposição do consumidor nesse tipo de contrato a riscos considerados anormais.

Portanto, a questão é saber em que medida os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, que regulam a questão do risco no contrato de consumo, aplicam-se aos contratos previdenciários.

Quero salientar, finalmente, alguns aspectos, já acentuados na brilhante palestra do professor Ovídio, da dimensão solidarística envolvida nos contratos de consumo de previdência privada, que se revelam seja por meio de um princípio próprio de solidariedade, a que não estamos acostu-

mados a trabalhar, seja por meio de seu conceito irmão, o conceito de boa-fé. Meu argumento é de que o conceito de boa-fé tem servido de instrumento de ampliação para um outro princípio, o da solidariedade.

Ao falar do contrato de seguro envolvendo a idéia de cooperação, faço uma associação necessária com a obra do ilustre civilista Clóvis do Couto e Silva que, em sua obra "A obrigação como processo", enfatiza de maneira muito forte essa natureza processual da obrigação. Portanto, se fosse fazer uma blague, diria que o contrato de seguro poderia ser visto, em grande medida, como um contrato enquanto processo, ou seja, o contrato é, na verdade, um processo pautado por um conceito relacional, procedimental de formação das obrigações.

Minha primeira observação é de que o contrato de previdência privada é um contrato relacional. Essa terminologia relacional não é consagrada no direito brasileiro, mas também não é inventada, quero deixar isso claro. Mas, afinal, o que são contratos relacionais? Contratos relacionais são aqueles que não se determinam exclusiva nem primordialmente pelo elemento promissório contido em um contrato. Em outras palavras, a concepção clássica definia o contrato basicamente como uma troca de promessas. A idéia de um contrato relacional envolve a mitigação da força obrigacional do elemento promissório em benefício de outras fontes obrigacionais, que seriam as fontes obrigacionais derivadas, seja das normas de ordem pública, seja da moralidade constituída no âmbito do desempenho da relação contratual (o âmbito das expectativas legítimas formadas no curso de uma relação), sejam também todos os outros elementos que envolvem o contexto da relação contratual, mas que não são necessariamente derivados da promessa contratual que deu origem à relação contratual.

Tentarei especificar um pouco mais por meio de um contraste entre o que chamaria de um *contrato pouco relacional* à idéia de um *contrato fortemente relacional*.

A doutrina liberal clássica, como dizia, costuma definir o contrato como algo descontínuo, como uma transação que se exaure no momento em que o contrato é formulado. Compra e venda simples, por exemplo. Descontínuo porque a relação contratual é entendida como esse instante, como a entidade separada de todas as outras transações que possam ter ocorrido antes e que venham a ocorrer posteriormente. O contrato, nessa visão, costuma ser visto como uma relação basicamente pessoal, ou seja,

uma relação que se estabelece entre sujeitos de direito capazes em torno de um objeto lícito e de uma forma não proibida em lei. Esse tipo de contrato descontínuo também tem uma característica que o grande teórico dos contratos relacionais, Ian McNeal, chama de elemento presentificador. O que esse neologismo quer traduzir? Presentificar significa trazer para o presente todas as contingências e circunstâncias futuras. Ou seja, o contrato tem a dimensão presentificadora na medida em que procura trazer ao presente tudo o que acontecerá no futuro. Essa é, basicamente, a idéia de um contrato, fortemente encontrada nesses contratos descontínuos (compra e venda simples, por exemplo).

Por fim, o contrato também envolve, nessa dimensão clássica, a dimensão de uma barganha instrumental, ou seja, o contrato pressupõe que haja uma livre manifestação de vontades que definam, por meio de um mútuo consentimento, as condições do próprio contrato. Em outras palavras, o contrato envolve algum tipo de negociação, um elemento importante do ponto de vista da justiça contratual pressuposta nessa definição de contrato, pois o objeto do contrato não é passível de ser qualificado como justo ou injusto. Ou seja, se quero vender meu relógio por cinco mil reais e encontro um agente capaz que queira voluntariamente pagar esse preço por esse relógio, esse contrato será lícito, desde que tenha havido livre manifestação de vontade das partes. Em outras palavras, não importa o preço pelo qual se paga o relógio, porque não é ele que define os termos da justiça contratual, pelo menos nessa definição clássica do que é um contrato. Veremos, posteriormente, como essa definição vem a ser, em grande medida, qualificada e quantificada em função de uma nova concepção de contrato encontrada, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor.

O que significa dizer onerosidade excessiva ou preço excessivo, tal como introduzido pela Lei 8.884 em uma das definições de cláusulas abusivas, incorporadas posteriormente pelo Código de Defesa do Consumidor? Parece-me haver uma contradição entre essa noção nominalista do que é um contrato e essa noção mais substantiva, quase medieval, com relação a essa dimensão do que seria um preço não abusivo ou, na terminologia medieval, a idéia de um preço justo para uma transação.

Contratos relacionais, em contrapartida, são contratos que se prolongam no tempo, não são descontínuos, pelo contrário, é isso que faz com que os contratos relacionais tenham, na maior parte das vezes, a caracte-

rística de contratos de longa duração. Há uma afinidade entre o conceito jurídico, este consagrado entre nós, de contratos de longa duração e a idéia de contratos relacionais. Mas não se identificam porque, na verdade, a longa duração é uma das dimensões que faz um contrato relacional, mas não é a única. É difícil, no entanto, encontrar um contrato de longa duração que não tenha forte característica relacional. O que traz de novo o fato de o contrato ser de longa duração e o contrato de previdência privada ser propriamente um contrato de longa duração? A grande novidade é que, na medida em que um contrato se projeta no tempo, as circunstâncias e o elemento aleatório do futuro dificilmente conseguem ser perfeitamente presentificados no momento da elaboração do contrato. O índice de contingências que deve ser absorvido pelo contrato é muito maior que em um contrato descontínuo. Um contrato de *joint venture* entre duas empresas que querem desenvolver um determinado produto traz certas circunstâncias particulares que tornam difícil a antecipação, no presente, de tudo o que pode acontecer.

É por isso que em contratos dessa natureza há uma progressiva substituição de cláusulas que antecipam completamente o que vai acontecer por cláusulas de natureza constitucional ou processual. Ou seja, o que se procura fazer é incluir, no âmbito do contrato, cláusulas que regulem a renegociação futura do próprio objeto da relação contratual. Utilizemos um exemplo radical: um contrato de *joint venture* entre a Nasa e a Lockheed para desenvolver um foguete; não se sabe com exata clareza o objeto que será produzido em dez ou quinze anos, sabe-se apenas que será um certo tipo de foguete, com certo tipo de tecnologia, mas não se sabe com certeza o preço que vai custar ou o tempo que vai demorar. Ou seja, não temos todos os elementos básicos que a doutrina liberal clássica pressupunha como elementos necessários até para que um contrato fosse válido. O que vem surgindo cada vez mais em contratos relacionais é a indefinição até mesmo dos elementos essenciais do contrato. Isso fica muito evidente em contratos de cooperação, em *joint ventures*, e, também, em contratos de longo prazo de maneira geral.

Interessante é que nesse âmbito, nesse tipo de relação contratual que, insisto, ocorre também nos contratos relacionais entre empresas, cada vez mais são forjados novos conceitos capazes de manter uma certa unidade e um certo respeito às expectativas criadas pelas partes contratuais.

Se tiver um contrato que vai se prolongado no tempo e se um contrato cujas cláusulas são profundamente abertas, como garantir as partes contratantes contra um eventual comportamento oportunista das próprias partes? Como garantir que o contrato se mantenha? Como evitar que uma das partes contratantes não se valha dessa vagueza para obter vantagens indevidas ou injustas. Ora, o mecanismo básico que o direito contratual relacional vem encontrando é, de um lado, a constituição de cláusulas de natureza processual, isto é, a regulação da maneira pela qual o contrato será renegociado e refeito e, de outro lado, a ampliação de uma dimensão cooperativa e solidária nesse tipo de contrato. Por exemplo, numa *joint venture* visando, digamos, a produção de determinado produto. O que tem ocorrido, e a jurisprudência já vem reconhecendo isso, é que a intenção do contrato, a intenção cooperativa, que é uma intenção de que os dois parceiros contratuais se beneficiem com aquela relação contratual, deve ser um critério norteador da interpretação daquela relação contratual caso vá aos tribunais. Essa intenção cooperativa será reprogramada no momento de sua renegociação.

Isto significa que a cooperação e solidariedade constituir-se-ão no novo elemento garantidor da coesão e da permanência nesses tipos de contratos relacionais de longa duração.

A boa-fé, esse antigo conceito, tem servido como o grande cimento para o reconhecimento dessa natureza cooperativa e, muitas vezes, solidária, que há nessas relações contratuais.

Ressalto que esse tipo de solidarismo presente nas relações interempresariais vem sendo reconhecido em relações entre fornecedores de veículos e franquias. Esses contratos, na sua vagueza, obrigam as empresas fornecedoras de veículos a cooperarem de modo a garantir a sobrevivência da própria empresa franqueada.

No âmbito do direito internacional europeu e americano há um sem número de casos desse tipo de reconhecimento pela jurisprudência: cooperação e solidariedade até mesmo no âmbito de relações interempresariais.

Não se trata, portanto, apenas da imposição de um dever ou de uma moralidade pública. Trata-se do reconhecimento de expectativas produzidas pela própria dinâmica da nova forma como as empresas se relacionam no mercado capitalista. O que estou chamando de cooperação pode ser definido como a associação entre duas entidades com vistas a um

benefício mútuo. Ou seja, a idéia de um mutualismo que também está presente, de maneira geral, na noção de contratos relacionais. De certo modo, isso faz com que os contratos relacionais, se comparados ao que a doutrina clássica qualificava como tipos contratuais diversos, passem a ser vistos como instrumentos semelhantes ao antigo contrato de sociedade.

Fiquei feliz em ver que o professor Duque Dominguez salienta, em contratos de sociedade, onde há uma parceria, tal como um escritório de advocacia, a existência de objetivo comum dos sócios. Um fim que muitas vezes não está totalmente predefinido: em que áreas o escritório vai avançar, se vai trocar de sede ou não vai trocar de sede, se vai ter filial. Enfim, uma série de elementos da sociedade não estão predefinidos no momento de ingresso na sociedade. No entanto, são esses elementos cooperativos que trazem, digamos, a moralidade interna do contrato de sociedade e permitem, também, informar como esse contrato será interpretado.

Parece-me que na definição do que é essa moralidade interna, ou seja, pelas expectativas formadas no curso da relação contratual é que poderemos reconhecer com muita clareza como elementos não promissórios são determinantes das relações que se passa a ter neste tipo de relação contratual.

Há uma situação curiosa e interessantíssima do ponto de vista teórico e epistemológico com relação a esse tipo de contrato. Refiro-me ao fato de que as expectativas formadas no âmbito desse tipo de contrato relacional, que requer um planejamento constante, são definidas, em grande medida, por aquilo que vai sendo reconhecido pelos parceiros contratuais como as expectativas normais dos parceiros. No entanto, o que se pode entender por expectativas normais? Mais do que isso, o que entender por normalidade? Ora, me parece que ninguém melhor do que o nosso primeiro ilustre palestrante, volto novamente a me referir ao professor François Ewald, para definir com muita riqueza conceitual o que se deve entender por normalidade.

Façamos uma pausa para analisarmos o conceito, que para mim é um conceito chave para entendermos as fontes obrigacionais em contratos previdenciários de natureza relacional. Quando se fala que o índice de homicídios da cidade de Porto Alegre é de 30 por cem mil habitantes ao ano, é impossível para cada um de nós qualificarmos esse índice como sendo normal ou anormal, só poderemos qualificar esse índice se o compararmos,

por exemplo, com as médias anuais de anos anteriores da cidade de Porto Alegre, ou se compararmos com médias de cidades semelhantes no porte, tais como Curitiba ou Recife e, portanto, verificarmos qual é a discrepância que passa a haver entre essa média. Se observarmos, por exemplo, que nos últimos dez anos, a média de homicídio em Porto Alegre foi de 20 por cem mil habitantes e que no último ano subiu para trinta, estaremos diante do reconhecimento de que houve um aumento anormal do índice de criminalidade. No entanto, se verificarmos que as médias variam de 29 a 31 nos últimos dez anos e que no último ano foi trinta, fatalmente seremos obrigados a reconhecer que os mesmos trinta homicídios por cem mil habitantes são um fato absolutamente normal.

Não quero chover no molhado, porque acho que aqui todos são familiarizados com essas noções próprias do direito do seguro, mas o que esse conceito traz, do ponto de vista teórico e epistemológico, de novidade? Ora, a novidade está no fato de que o conceito de normalidade é um conceito reflexionante. O que isso quer dizer? Ele toma as médias passadas como medidas de parâmetro para sua definição do “normal atual”. Sabemos o que é o normal de hoje comparando com o normal de ontem, ou comparando com outras taxas. E mais, no ano seguinte, poderemos saber qual será a média normal de criminalidade na cidade de Porto Alegre, tomando por bases a média do ano atual e a normalidade da média do ano anterior para definirmos a normalidade da média, digamos, do ano de 2002. Em outras palavras, o conceito de normal é cambiante, ele se altera.

Lembro-me de uma das respostas do professor François Ewald ao ser perguntado sobre o que seria o risco anormal para os israelenses: os israelenses, hoje, em grande medida, já consideram aquele tipo de risco que seria absolutamente anormal em uma sociedade não em guerra, como é a sociedade israelense, como uma coisa por um lado normal na sua vida cotidiana, porém, de outro lado anormal do ponto de vista de seus sentimentos, isto é, eles acham que alguma coisa está errada – para o sentimento íntimo continua anormal. Em outras palavras, a idéia do que seja uma expectativa legítima tem a mesma natureza e depende daquilo que é reconhecido como normal no âmbito das obrigações formadas em uma relação contratual.

Pois bem. Passarei agora para minha segunda qualificação, ou seja, a de que o contrato previdenciário é um contrato relacional, porque envolve todas essas dimensões; é também um contrato de consumo.

Em primeiro lugar: por que ele é um contrato de consumo? Ele é um contrato de consumo porque o CDC expressamente assim o define. O art. 3º, parágrafo 2º, do CDC, diz: para efeitos dessa lei, serviço é qualquer atividade de fornecimento no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. Ora, me parece que a norma é expressa e clara. Qual é a importância disso? Há inúmeras importâncias. Em primeiro lugar, o reconhecimento do contrato previdenciário como um contrato de consumo nos traz uma série de institutos e mecanismos jurídicos próprios da defesa do consumidor.

Reconhecer que o CDC se aplica aos contratos previdenciários significa admitir uma importação principiológica. Em outras palavras, o CDC representa um ponto de ruptura muito forte em relação à tão criticada tradição privatística-ortodoxa que já foi objeto dos demais painéis. O CDC introduz uma nova concepção do que é contrato: a dimensão social do contrato. O CDC amplia de maneira jamais vista o reconhecimento da dimensão relacional dos contratos de maneira geral. Em outras palavras, o CDC é uma espécie de cunha, uma espécie de abertura, para novos princípios no âmbito do direito privado.

Se pegarmos, por exemplo, o art. 6º, inc. V, do CDC, são direitos básicos do consumidor: a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. O que esse dispositivo está dizendo? Está dizendo que é um direito do consumidor a modificação das cláusulas contratuais quando fatos supervenientes, fatos completamente estranhos às promessas das partes no momento em que celebraram o contrato, fatos externos, posteriores, venham a tornar a relação contratual excessivamente onerosa. Ora, o que é ônus, todos nós sabemos – peso, carga, prejuízo, sacrifício – no entanto, o que é excessivamente? Esse conceito, bem como tantos outros do CDC, costumam dar certo arrepio a muitos civilistas com uma formação mais ortodoxa ou mais liberal. Por quê? Porque o conceito de excesso, de onerosidade excessiva, tem exatamente a mesma característica conceitual do conceito de normalidade a que me referi agora há pouco. Ou seja, o excesso não se define por uma medida a priori. O excesso se define reflexivamente tal qual o conceito de normalidade. Aquilo que, em determinado contexto pode ser excessivo, em

outro pode não ser. Uma mesma cláusula contratual, no momento da celebração do contrato, pode não ser excessiva e, no futuro, fatores supervenientes externos podem vir a qualificar a mesma cláusula como excessivamente onerosa. Em outras palavras, essa idéia curiosa nos traz a noção de que não podemos predeterminar com toda clareza o que são cláusulas abusivas e o que não são. Uma cláusula que é abusiva em um tipo contratual pode não ser em um outro tipo contratual.

Quando é que saberemos se uma cláusula é abusiva ou não? Saberemos se o ônus que essa cláusula importar para uma das partes contratantes for anormalmente grande, ou seja, o ônus excessivo é o ônus anormal, com essa dimensão que procurei salientar aos senhores. Um outro aspecto interessante da aplicabilidade do CDC aos contratos previdenciários reside no fato de que o CDC expressamente exclui, recrimina e invalida cláusulas e práticas contratuais que sejam discriminatórias.

Ora, isso significa que não pode haver discriminação nas relações contratuais previdenciárias. E com isso também me alio às conclusões do Professor Duque Dominguez em seu interessantíssimo trabalho.

Gostaria também de salientar o dever de informação e a regulação dos riscos que a aplicação do CDC traz para a análise dos contratos previdenciários. Em primeiro lugar, a questão dos riscos. E antes dela, é importante notar que o CDC é um código discriminatório, pois faz uma discriminação positiva em favor do consumidor, o que significa que no âmbito da principiologia do CDC o princípio da igualdade tem que ser temperado a partir dessa sua perspectiva. Ou seja, o princípio da igualdade não é a igualdade formal; o princípio da igualdade se reporta, se mitiga e se qualifica a partir da presunção de vulnerabilidade do consumidor. Isso significa que qualquer informação que venha a ser prestada pelo fornecedor ao consumidor tem que tomar em consideração a vulnerabilidade do consumidor.

O conceito de informação adequada, uma das garantias do consumidor, ou seja, o direito à informação adequada sobre os serviços e sobre os riscos a que está submetido deve ser adequado em função do consumidor. Ora, o CDC traz no seu art. 20 uma série de considerações que definem o que é serviço impróprio para consumo (art 20, parágrafo 2º). O que o CDC está dizendo aqui? Está dizendo que um serviço impróprio durante um contrato é aquele que frustra o fim previdenciário que se espera de um contrato previdenciário.

Ora, qual é o fim básico do contrato previdenciário, ponto também salientado pelo professor Duque Dominguez, qual é finalidade básica do contrato previdenciário? É a garantia do futuro de uma certa estabilidade; o elemento segurança é a dimensão mais importante do contrato previdenciário, essa sua finalidade é fundamental para entendermos a natureza própria do contrato previdenciário. Ele não é um contrato aleatório de risco, mas um contrato que visa garantir segurança. Que conseqüências podemos extrair disso? Várias. Uma delas é a de que um contrato previdenciário que seja gerido, que tenha um fundo gerido em desconsideração a essa finalidade da garantia terá uma gestão inadequada e poderá tornar a prestação do serviço previdenciário inadequada do ponto de vista do consumidor. Por exemplo, a administradora de um fundo, que administra um fundo de maneira a obter altos ganhos, para o que impõe altos riscos ao fundo, estará administrando o fundo de maneira inadequada, mesmo que até aquele momento não tenha gerado nenhum tipo de prejuízo, mas sim altos lucros. Mas por que será inadequada? Será inadequada porque será considerada incompatível com os riscos esperados por esse tipo de contrato e pela finalidade própria desse tipo de contrato.

É interessante notar que o CDC também traz alguns dispositivos genéricos sobre o conceito de risco razoável. Diz o art 6º, inc. III, do CDC: "São direitos básicos do consumidor: III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem."

Ora, eu me perguntaria: quais são os riscos que há para o consumidor nos contratos previdenciários e o que significa uma informação adequada ao consumidor nesse tipo de contrato? Se olharmos o passivo, a nossa história pretérita e recente dos contratos previdenciários, veremos o que? Em 1996, a revista *Veja* fez uma matéria longa sobre previdência privada e com base em dados que depois foram levantados por uma CPI na Câmara dos Deputados, chegou-se à conclusão de que, desde 1945, teria havido mais de 6 mil consumidores vítimas de contratos de previdência privada. Por que essas pessoas foram vítimas? O fenômeno básico foi o seguinte: o dinheiro sumiu. Isto é, como em uma das perguntas salientadas no painel anterior, na hora de ter o benefício pago, o consumidor se viu diante de duas situações: seu benefício não tinha sido corrigido monetaria-

mente e uma jurisprudência absolutamente insensível aos princípios fundamentais do Código Civil de 1917 e do CDC dizia que se o contrato não previa correção monetária, nada poderia ser feito.

É notável que, em 1995, até mesmo o superintendente da SUSEP tenha corroborado com esse tipo de entendimento. Não fosse isso, fato mais comum ainda era o consumidor encontrar o fundo quebrado e daí não tinha mais dinheiro para pagar.

Pois bem. Diante desse quadro, qual é a informação adequada, básica, mais importante a que o consumidor tem direito? Ele tem que ser informado sobre os riscos que corre, sobre a gestão do dinheiro que lhe vai garantir a contraprestação contratual. Ou seja, informação adequada e direito a riscos razoáveis significa a possibilidade de o consumidor ser informado continuamente, porque se é um contrato de longa duração a informação tem que ser contínua, não pode ser prestada somente no momento em que contrata o plano, ela tem que permanecer no tempo enquanto o contrato durar; tem também direito ao monitoramento razoável, ou seja, que haja uma gestão prudente e controlada desse mesmo fundo, para que os riscos a que se submete sejam sempre mantidos no plano da razoabilidade, sob pena do contrato se tornar oneroso.

É simples e óbvio, mas isso jamais foi respeitado, nem mesmo na época da promulgação do CDC. De que forma isso pode ser feito? Parece-me que há vários dispositivos. O direito material substancial, o CDC, por exemplo, certamente traz uma série de dispositivos. A nova lei de previdência complementar traz uma série de novos dispositivos, como o princípio da solidarização dos lucros e o direito da portabilidade, como mecanismos para que o consumidor não se veja preso à relação contratual; há inclusive o direito às informações adequadas, que também está contemplado em alguns dispositivos da nova lei. Parece-me também que isso importa em um direito da participação do consumidor no controle, na gestão do fundo, participação que pode ser feita de muitas formas: seja de forma indireta, por meio das agências reguladoras, seja de forma direta. O que quero concluir, portanto, é que essa dimensão cooperativa, relacional e solidária dos contratos relacionais de consumo e dos contratos previdenciários em particular envolve, digamos, um direito acessório, um direito à participação, um direito ao controle da gestão, cuja inexistência, infelizmente, tem sido a causa do desrespeito sistemático aos participan-

tes e consumidores de planos de previdência privada. Era só o que eu tinha para falar. Desculpa por ter excedido o tempo.

Maurício Luis Pinheiro Silveira

Passemos, então, a palavra à platéia, para aqueles que tenham perguntas para fazer ao professor.

Ernesto Tzirulnik

Eu acho que nós estamos com o seguinte problema: o professor Stiglitz não vai poder se atrasar porque ele vai falar e viajar ainda hoje para Buenos Aires. Eu acho que nós deveríamos encerrar. Eu só queria fazer um rápido comentário. O Ovídio começou dizendo que ele não é um especialista, ele é um processualista. Mas, com toda sinceridade, eu queria saber quem nesse país assistiu uma palestra de direito do seguro feita por um juiz de direito de seguro que tivesse uma parte dessa qualificação. Eu nunca assisti. A outra coisa é o seguinte: nós ouvimos o Ronaldo falar. Eu ouvi e prestei muita atenção, mas, no decorrer da palestra, cheguei a algumas conclusões de que eu vinha me enganando na análise – e estou falando de detalhes, da técnica contratual securitária. Eu acho que hoje nós tivemos aqui uma prova de que nós temos quadros qualificadíssimos que estão espalhados por todas as áreas do direito. Nós temos que nos relacionar com outras áreas e é esse um dos tabus que nós queremos quebrar.

NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÃO DOS PLANOS DE PREVIDÊNCIA

JUSTINO F. DUQUE DOMINGUEZ¹

I. A INSTITUIÇÃO DOS PLANOS DE PENSÕES

- A. Descrição geral
- B. Justificativa da instituição

II. OS PLANOS DE PENSÕES

- A. O Plano de Pensões
- B. As modalidades dos Planos de Pensões
- C. Princípios básicos
- D. Os sujeitos e elementos pessoais
- E. Constituição
- F. Organização

1. Doutor em Direito, é Catedrático de Direito Mercantil da Faculdade de Direito de Valladolid.

III. FUNDO DE PENSÕES

Aspecto patrimoniais
Administração

IV. A POSIÇÃO DO PARTÍCIPE: CONTRIBUIÇÕES E PRESTAÇÕES

V. NATUREZA JURÍDICA DOS PLANOS DE PENSÃO

- A. A indubitável base voluntária
- B. O plano de pensão como contrato de seguro: crítica
- C. O plano de pensão como fundação
- D. Os planos de pensão como contrato associativo de base mutualista
- E. Conclusão

O objetivo do presente estudo é determinar a natureza jurídica dos planos e fundos de pensão, instituição nova no mercado da previdência social, conforme o modelo espanhol, manifestada nas principais características que a legislação vigente lhes atribui.

I. A INSTITUIÇÃO DOS PLANOS DE PENSÃO

A. Descrição geral

No quadro da previdência social, os Planos de Pensão se configuram – de acordo com o art. 41 da CE – como instituições de reserva voluntária e livre, cujas prestações de caráter privado podem ou não ser complemento do anterior sistema de Previdência Social obrigatória, mas em nenhum caso a substituem.

Deve ficar claro, então, que, por um lado, esses Planos de Pensões são constituídos voluntariamente e, por outro, as prestações concedidas pelo Plano de Pensões não serão, em nenhum caso, substitutivas das previstas no regime correspondente da Previdência Social pública, tendo, conseqüentemente, caráter privado e complementar ou não daquelas (art.1.2 Lei).

A finalidade da instituição vem descrita normativamente, tanto na Lei 8/1987, como em sua regulamentação, mediante a delimitação do direito das pessoas em favor das quais são constituídas para perceber rendas ou capitais por aposentadoria, sobrevivência, viuvez, orfandade ou invalidez. E, como contrapartida, estabelece também as obrigações de contribuição aos mesmos. Finalmente, nos Planos são previstas, na medida permitida pela Lei, as regras de constituição e funcionamento do patrimônio que no cumprimento dos direitos que reconhece deve afetar-se.

B. Justificação da instituição

Quais são as razões que explicam a aparição desta nova instituição e legitimam esta figura no elenco dos instrumentos de previdência social?

Os negros prognósticos que alguns analistas financeiros têm feito sobre o futuro do sistema público de pensões determinam que se busquem soluções para substituir, ou ao menos complementar, as pensões procedentes do sistema público².

O sistema público, assentado sobre um sistema de repartição, havia criado um clima de segurança entre os cidadãos frente às situações de enfermidade e aposentadoria. O sistema, exposto sinteticamente, consistia em que, com o que foi pago por trabalhadores ativos e empresários, se atenderia os pagamentos requeridos pelas prestações devidas aos beneficiários (aposentados, enfermos...) nas condições previstas. O fundo comum formado pelas contribuições dos sujeitos ativos era suficiente para atender os pagamentos dos aposentados, porque o número de contribuintes era maior que o número dos aposentados.

Mas essa situação de equilíbrio está sendo alterada como consequência de vários fatores. Em primeiro lugar, a alteração da pirâmide etária: o número de nascimentos diminui de forma constante, o número de beneficiários aumenta e, assim, cada vez mais, será menor o número de sujeitos contribuintes para atender a um número maior de beneficiários.

2. AA.VV., *El futuro de las pensiones en España*. Seguridad Social y Fondo de Pensiones. Madri, 1985.

Em segundo lugar, a melhora das condições de vida e a melhor e generalizada atenção médica fazem com que, simultaneamente à diminuição das contribuições, aumente o número de beneficiários.

Em terceiro lugar, e coadjuvando com esta causa, o número de beneficiários aumenta pois a idade de aposentadoria vem diminuindo e, além disso, a prática das aposentadorias antecipadas incrementou o número de beneficiários.

Finalmente, a melhoria dos cuidados médicos tem feito com que os beneficiários, cujo coletivo cresce pelas causas já enumeradas, tenham uma esperança de vida superior, fato que leva a que um número maior de beneficiários perceba prestações durante um período maior de tempo, atendido com as contribuições de um coletivo de população ativa cada vez menor e que pára de ser ativo – e, portanto, deixa de cotizar antes – porque é antecipada a idade de aposentadoria. O resultado será o aumento do gasto.

Neste momento, em 2001, existem, segundo informações oficiais, 15,5 milhões de contribuintes da previdência social, que irão elevar as cifras do Fundo de reserva até alcançar a cifra estimada de 700 bilhões em 2004.

Mas as previsões sobre o futuro do sistema não são muito animadoras. Os especialistas financeiros e da previdência social divergem quanto ao ritmo e à data em que se produzirá a quebra definitiva. Segundo essas previsões, em 2015, o sistema começará a gerar déficit. Em 2022, o fundo de reservas, formado pelo Pacto de Toledo, que agora cobre alguns dos déficits orçamentários, estará esgotado. E, em 2050, as perdas representarão 6,15% do PIB espanhol.

Que medidas tomar para enfrentar esta situação de deterioração do valor da previdência social que se arraigou tão profundamente na consciência das pessoas?

O investimento pessoal em imóveis se fez inacessível para a grande maioria da massa com ingressos procedentes de suas rendas salariais. O investimento em valores, ainda quando estava crescendo o chamado capitalismo popular durante o auge econômico, não era suficiente, porque os recursos individuais impediam constituir uma massa patrimonial que pudesse fazer frente a determinadas contingências – algumas, como a morte prematura, sem possibilidade de prognóstico temporal – e, além disso, o

investimento estava sujeito aos riscos de um mercado, flutuante e desconhecido para os possíveis investidores inexperientes.

Tentou-se eliminar os riscos mediante as diversas modalidades de seguro de vida, primeiro com os seguros individuais e, depois, com os seguros coletivos ou de grupo. Do mesmo modo, a política de um seguro social havia se enraizado em diversas instituições relacionadas aos seguros sociais, sendo a mais importante a das mutualidades de previdência social³. Do mesmo modo, tentaram se esquivar das vicissitudes negativas que poderiam afetar os investimentos individuais em um mercado de capitais com as instituições de investimento coletivo.

São os planos de pensões que pretendem ocupar o espaço que, deslocada pela conjuntura econômica, vai deixando a previdência social, aumentando as vantagens de um investimento coletivo que diminuiria tecnicamente os riscos do mercado, para poder dispor das prestações necessárias mediante as poupanças acumuladas e indisponíveis para o poupador até que chegasse o momento em que fosse preciso cobrir a necessidade gerada pelas contingências negativas que houvessem podido produzir em sua pessoa ou atividade profissional.

Por isso, trata-se de complementar as indispensáveis contribuições da previdência social com contribuições procedentes da iniciativa privada, organizadas em um sistema misto de previdência social.

Nem sempre se obteve a compensação dos riscos nos planos de pensões. A situação financeira geral gerou nos planos de pensões individuais uma perda acumulada nos últimos doze meses que chega a 6,42%⁴.

Por isso, o Conselho de Ministros de 28 de setembro de 2001 aprovou um pacote de medidas como "resposta à incerteza internacional",

3. V. MALDONADO MEDINA, F.J., Aspectos societarios de las Mutualidades. Madri, 2001.

4. O dado foi fornecido pelo sindicato patronal do setor, Inverco, no dia 31 de agosto último. A modalidade de cada plano determina que alguns tenham obtido rentabilidade positiva. Os planos individuais que obtiveram rentabilidade positiva no último foram os de renda fixa -que tiveram uma revalorização de 4,41%. Por outro lado, destacam-se os planos de pensões de renda variável e os de renda variável mista, que perderam 27,6% e 14,6%, respectivamente.

que melhora o tratamento fiscal dos planos de pensões individuais ou de emprego⁵. Sem ir a fundo nos estudos dos aspectos fiscais dos fundos de pensões, deve ressaltar-se a dedução que se estabelece sobre a quota do imposto sobre sociedades de 10% das contribuições que as empresas realizem nos planos de pensões de emprego. O incentivo para as empresas não será a dedução indicada, senão que, além disso, a contribuição será gasto dedutível na base imponible. Por outro lado, tanto nos planos de emprego como individuais foram suprimidas as porcentagens que limitavam a contribuição, estabelecendo um pico anual de 7.212 euros⁶.

Prescindindo de alguns antecedentes – imprecisos em sua admissão e perfis operativos -, é a Lei 8/1987, de 8 de junho, reguladora dos planos e fundos de pensões (LPFP), que introduz na Espanha uma regulação específica desta instituição, superando assim a imprecisa e fragmentada legislação que contemplava somente aspectos isolados de instituições de previdência social.

Na Exposição de Motivos, em sua regulamentação (RD 1.307/1988), de 30 de setembro, a Lei 8/1987 é qualificada como um “marco” na regulamentação que respondia a demandas crescentes da sociedade de “um sistema privado de pensões”, com “regulamentação e controle pela Administração” (E de M da LPFP)⁷.

Antes de empreender a análise e o estudo dos Planos e Fundos de Pensões (FP), é necessário realizar uma exposição da delimitação que

5. Sobre esses conceitos v. ALONSO MURILLO, *Tributación de los Planes y Fondos de Pensiones*. Madri, 1986; e, sobretudo, *Los sistemas privados de pensiones en la imposición estatal sobre la renta (IRPF e Impuesto sobre sociedades)*. Valladolid, 2000.

6. Além disso, outras melhores estão previstas. Em primeiro lugar, os contribuintes que tenham 52 anos ou mais poderão aportar 1.202 euros adicionais aos 7.212 euros por ano até o máximo de 22.838 euros. Em segundo lugar, permite-se a qualquer contribuinte realizar aportes a planos de pensões com independência da origem de suas rendas. Em terceiro lugar, suprime-se o limite conjunto para aportes de planos de pensões individuais e de emprego. Por último, os empresários individuais poderão realizar aportes como partícipes.

7. V. SANCHEZ CALERO, «Delimitación y notas características de los Planes de Pensiones», em AA.VV., *Régimen jurídico*, cit., pp. 7 e ss.

fazem as normas espanholas desta modalidade, assim como das modalidades desta instituição que são admitidas e as principais normas que regem sua individualização institucional e comercial e sua organização e funcionamento⁸.

II. OS PLANOS DE PENSÕES

A instituição complexa abarca duas instituições funcionalmente vinculadas: os Planos de Pensões e os Fundos de Pensões.

A legislação espanhola estabelece uma dupla perspectiva da instituição. A Lei contempla em primeiro lugar os Planos de Pensões, o que, do ponto de vista sistemático, é congruente, pois é indiscutível que se deve dar preferência expositiva à regulamentação sistemática dos Planos de Pensões, porque eles estabelecem as condições contratuais de constituição de poupança-pensão, previamente ao instrumento de investimento de tal poupança, que é o fundo de pensões.

Os FP são o meio idôneo de instrumentação de um plano de pensões prévio. Como indica o art. 2 da Lei 8/1987 e o art. 25 RFPF, "os Fundos de Pensões são patrimônios criados com o objetivo único de dar cumprimento a Planos de Pensões, cuja gestão, custódia e controle se realizarão de acordo com a Lei".

A. O Plano de Pensões

A individualização dos Planos de Pensões, sobretudo em relação à previdência social, segundo o art. 11 do RFPF: "Os planos de pensões definem o direito das pessoas, em cujo favor se constituem, de perceber rendas ou capitais por aposentadoria, sobrevivência, viuvez, orfandade ou invalidez, as obrigações de contribuição aos mesmos e as regras de constituição e funcionamento do patrimônio que ao cumprimento dos direitos que reconhece deve afetar-se".

8. AA.VV., Régimen jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones. Madrid, 1989, 2ª ed.

As relações das contribuições aos Fundos de Pensões e as procedentes da Previdência Social são tratadas especialmente pela legislação, já que as contribuições dos Planos não serão, em nenhum caso, substitutos das contribuições ao regime correspondente da Previdência Social, tendo, conseqüentemente, caráter privado e complementar ou não daquelas.

De modo semelhante ao que ocorre com as mutualidades da previdência social, a fim de manterem separadas as diversas estruturas que realizam funções de previdência social, evitando assim a confusão de figuras no processo, fica reservada a denominação de “Planos de Pensões”, assim como suas siglas, aos Planos ajustados à Lei 8/1987, de 8 de junho, que regula os Planos e Fundos de Pensões que são os únicos que poderão aceder ao regime financeiro e fiscal previsto nesta normativa.

B. As modalidades de Planos de Pensões

A diferenciação de modalidades de Planos de Pensões é um conceito fundamental para estabelecer diversas matizações, em função dos critérios que se estabelecem para agrupar os Planos de Pensões em categorias.

Em razão dos sujeitos constituintes, procede diferenciar, segundo a LPPF, as seguintes categorias:

O sistema de emprego abarca os Planos cujo promotor é qualquer entidade, corporação, sociedade ou empresa, cujos partícipes são seus empregados.

O sistema associado compreende os Planos cujo promotor é qualquer associação, sindicato, grêmio ou coletivo, sendo os partícipes seus associados, membros ou afiliados.

Estes entes associativos ou coletivos deverão estar delimitados por alguma característica comum, estranha ao propósito de configurar um Plano de Pensões.

O sistema individual compreende os Planos cujo promotor são uma ou várias entidades de caráter financeiro e cujos partícipes são quaisquer pessoas físicas, à exceção das que estejam vinculadas aquelas por relação laboral e seus parentes até o terceiro grau, inclusive.

Para esses efeitos, são consideradas entidades de caráter financeiro: os bancos, caixas de poupança, Confederação Espanhola de Caixas de Poupança, cooperativas de crédito, entidades oficiais de crédito, entidades

seguradoras, sociedades mediadoras no mercado de dinheiro e as empresas com tal caráter, inscritas nos Registros Especiais dependentes do Ministério da Economia e Fazenda.

O critério das obrigações estipuladas nos Planos de Pensões deverá acolher-se em alguma das modalidades tipificadas legalmente como modalidades dos Planos.

Os planos de prestação definida podem ter duas sub-modalidades. Em primeiro lugar, aqueles nos quais se define como magnitude pré-determinada ou estimada a quantia de todas as prestações a serem percebidas pelos beneficiários.

A definição da prestação poderá ser realizada em termos absolutos ou em função de alguma magnitude, tal como salários, antiguidade na empresa, proventos complementares ou outras variáveis suscetíveis de servir de referência. Os planos de contribuição definida podem também ser planos nos quais a magnitude pré-determinada é a quantia das contribuições dos promotores e, nesse caso, as contribuições dos partícipes do Plano.

A contribuição poderá ser fixada em termos absolutos ou em função de outras magnitudes como salários, fluxos empresariais, cotizações da Previdência Social ou outras variáveis suscetíveis de servir de referência.

Nesta modalidade de planos, as prestações serão quantificadas no momento de produzir-se a contingência, como resultado do processo de capitalização desenvolvido pelo Plano.

Os planos mistos, cujo objetivo é, simultânea ou separadamente, a quantia da prestação e a quantia da contribuição.

Em particular, entendem-se incluídos nesta modalidade:

Os planos nos quais, estando definida a quantia das contribuições, fica definida a importância das prestações correspondentes a todas ou a algumas das contingências previstas.

Os planos que combinam contribuição definida para alguma contingência, com a prestação definida para outra ou outras das contingências cobertas por tais planos.

Quanto à compatibilidade das diversas modalidades de Planos de Pensões, estabelece-se legalmente que os Planos dos sistemas de emprego e associado poderão ser de qualquer das três modalidades anteriores e os do sistema individual somente da modalidade de contribuição definida.

Por outro lado, a garantia de juro mínimo é incompatível com a modalidade de contribuição definida.

Ainda que sempre seja o de maior risco, o sistema individual é o que mais tem sido utilizado. Representa mais de 50% do total dos patrimônios investidos nestes fundos⁹.

Os Planos de Pensões do sistema de emprego, apesar disso, deverão experimentar um forte crescimento nos próximos anos devido à obrigação que terão todas as empresas que tenham assumido compromissos por pensões com seus trabalhadores de exteriorizar isso, mediante a contratação de um seguro coletivo de vida, um plano de pensões ou uma combinação de ambos, tal como regula a LOSSP. Esses compromissos por pensões estão estimados em uns três bilhões de pesetas¹⁰.

C. Princípios básicos

São as compilações de normas que dotam os planos de seu perfil característico e que permitem conhecer sua natureza jurídica.

Os princípios exigidos para que uma instituição de previdência possa qualificar-se como plano de pensões estão enumerados cuidadosamente na LPFP e desenvolvidos pela RPRR.

O princípio de não discriminação impõe aos Planos garantir o acesso como partícipe de um plano a qualquer pessoa física que reúna as condições de vínculo ou de capacidade de contratação com o promotor que caracterizam cada tipo de contrato.

Para cumprir o princípio de capitalização, os planos de pensões utilizarão sistemas financeiros e atuariais de capitalização. Como consequência, as prestações se ajustarão estritamente ao cálculo derivado de tais sistemas.

O princípio de irrevogabilidade das prestações estabelece que as contribuições do promotor aos planos de pensões terão caráter irrevogável.

O de atribuição de direitos estabelece que as contribuições dos

9. Os dados estão em HURTADO, J.M., «Planes y fondos de pensiones», em Seguros de vida, accidentes, salud y planes de pensiones. Madri, Ed. Mapfre, 2000.

10. Na última reforma se estimulou a aceleração deste processo de externalização.

partícipes aos planos de pensões determinam para os citados partícipes alguns direitos econômicos que definem as prestações nos termos previstos nesta normativa.

Finalmente, o da integração obrigatória se refere à integração obrigatória a um Fundo de Pensões, nos termos fixados por esta regulamentação, das contribuições econômicas a que os promotores e partícipes estivessem obrigados e quaisquer outros bens adstritos a um plano.

Perto dos princípios, são reguladas as "características básicas" dos planos de pensões. Em primeiro lugar, a supervisão pela Comissão de Controle do Plano de Pensões, em virtude da qual o funcionamento e a execução de cada plano de pensão será supervisionado por uma comissão de controle.

Em segundo lugar, as contribuições anuais máximas de uma pessoa física ou de sua unidade familiar aos Planos de Pensões reguladas legalmente, incluindo, nesse caso, as que os promotores de tais planos imputem a tal pessoa ou aos membros de sua unidade familiar, não poderão ultrapassar, em nenhum caso, a quantia de 750.000 pesetas.

Para esses efeitos, a unidade familiar ficará definida nos termos previstos no artigo 5º da Lei 44/1978, de 8 de setembro, do Imposto de Renda das Pessoas Físicas.

O princípio da não discriminação se concretiza diversamente para os planos de pensões do sistema de emprego e para os planos de pensões de sistema associado e dos planos de pensões do sistema individual.

1. Um plano do sistema de emprego será não discriminatório quando a totalidade do pessoal empregado pelo promotor, com pelo menos dois anos de antiguidade, esteja acolhido ou em condições de ser acolhido pelo citado plano. Mas, qualquer plano do sistema de emprego poderá prever em sua formulação o acesso de empregados com uma antiguidade inferior aos referidos dois anos.

Nestes planos, quando sejam das modalidades de prestação definida ou mista, o empregado em condições de ser acolhido poderá exercer seu direito de adesão ao plano, dentro do ano natural no qual alcance aquelas condições.

Com periodicidade não superior a cinco anos, nem inferior a três, serão estabelecidos adicionais para que se possa conceder a condição de partícipes àqueles empregados que não exerceram sua opção no momento antes assinalado.

Nos planos do sistema de emprego de contribuição definida, o empregado poderá aderir em qualquer momento a partir da data em que reúna os requisitos exigidos pelos planos. Não obstante, o promotor poderá reservar-se o direito de não realizar contribuições, por esse novo partícipe, até o ano natural imediatamente posterior à data em que este manifeste seu desejo de incorporação.

Os planos podem referir-se aos direitos dos partícipes desde a data em que exerçam sua opção de adesão.

Serão admissíveis restrições às adesões em períodos adicionais posteriores no caso de planos de pensões que sejam embasados em sistemas de capitalização coletiva.

A não discriminação no acesso a um plano de pensões não é incompatível com a diferenciação de contribuições realizadas pelo promotor e imputáveis a cada partícipe, sempre que esta se fundamente em critérios objetivos baseados em algumas das seguintes circunstâncias:

- a) Idade do partícipe;
- b) Salário segundo convênio, retribuições satisfeitas em conceito de rendimento de trabalho ou diferenças entre tais retribuições e as bases de cotização ao sistema público de pensões;
- c) Serviços passados, assim entendidos os prestados por caráter prévio a um momento determinado;
- d) Complemento requerido sobre prestação do sistema público de pensões até cobrir a totalidade ou uma fração da última remuneração ativa ou da média das últimas remunerações ativas para o período que fixe o plano de pensões.
- e) Contribuições diretas do próprio partícipe.

Esses critérios utilizados deverão estar aceitos pelo plano, como resultado da negociação coletiva.

Essa diversificação de contribuições do promotor em função dos critérios reconhecidos legalmente de forma exaustiva permitirá articular distintos sub-planos dentro de um mesmo plano de pensões do sistema de emprego.

Cada sub-plano integra um coletivo do plano total, que se verá afetado pela aplicação de certas especificações diferenciadas dentro do correspondente plano de pensões, sendo admissível a existência de distintas contribuições e prestações em cada sub-plano.

Um mesmo partícipe poderá encontrar-se inscrito em mais de um sub-plano sempre que isso não constitua uma discriminação.

Os sub-planos poderão ser de modalidades diferentes, de prestação definida, contribuição definida ou mista, sendo, nesse caso, qualificado como misto.

2. Um plano de sistema individual será não discriminatório quando qualquer pessoa que manifeste vontade de adesão e tenha capacidade de obrigar-se possa fazê-lo nos termos contratuais estipulados para qualquer dos membros.

São excluídos como partícipes desses planos as pessoas físicas empregadas da entidade financeira promotora, assim como os integrantes das unidades familiares daquelas e seus parentes até o terceiro grau.

Nos planos do sistema individual não existirá contribuição da entidade promotora.

3. Um plano do sistema associado será não discriminatório quando todos os associados da entidade ou coletivo promotor possam ser admitidos no plano em igualdade de condições e de direitos, sem prejuízo dos diferentes direitos consolidados que sejam derivados das diferentes contribuições e dos partícipes.

Nos planos do sistema associado não existirá contribuição da entidade ou coletivo promotor. Conseqüentemente, não é admissível a existência de sub-planos.

Um mesmo promotor pode instar a constituição de planos do sistema associado de distintas modalidades.

D. Os sujeitos e elementos pessoais

Os sujeitos que intervêm nos planos de pensões estão distribuídos entre "sujeitos constituintes" e os "elementos pessoais"¹¹.

No art. 2 RFPF estão definidos os promotores e os partícipes. Podem ser promotores qualquer entidade, corporação, sociedade, empresa,

11. TIRADO, F.J., «Posición jurídica de los promotores, partícipes y beneficiarios», en AA.VV., Régimen jurídico.... cit., pp. 93 e ss.

associação, sindicato ou coletivo de qualquer classe que inste sua criação ou participe em seu desenvolvimento.

Os partícipes são as pessoas físicas no interesse das quais se cria o plano, independentemente de realizarem ou não contribuições. Em qualquer caso, irão adquirir titularidade das contribuições realizadas pelo promotor, de acordo com os critérios de imputação previstos na formulação do plano.

Os elementos pessoais dos fundos de pensões são os promotores e os beneficiários.

Quanto aos partícipes, já definidos como os sujeitos constituintes, se enumeram os partícipes em suspenso, conjunto que compreende os partícipes que tenham cessado a realização de contribuições, diretas ou imputadas, mas mantêm seus direitos consolidados dentro do plano, de acordo com as previsões deste.

Os beneficiários são as pessoas físicas com direito à percepção de prestações, tenham ou não sido partícipes¹².

E. Constituição

A individualização dos planos e fundos de pensões se realiza mediante reserva da denominação, “fundos de pensões” (art.11.6 LPFP) e sua sigla FP¹³.

As formalidades de constituição são estruturadas em três elementos, que acompanham a vontade de contribuir ao fundo.

A autorização prévia administrativa – os promotores deverão, com caráter prévio à constituição do fundo obter autorização do Ministério da Economia e Fazenda –, em cujos termos se acomodará a escritura de constituição. É estabelecido que a outorga da autorização em nenhum caso poderá ser título que cause a responsabilidade da Administração Pública¹⁴.

12. TIRADO, F.J., «Posición jurídica...», cit., pp. 108 e ss.

13. ANGULO, L., «Constitución y régimen de organización de los fondos de pensiones», em AA.VV., Estudios sobre Planes y Fondos de Pensiones. Barcelona, 1989.

14. AGUILAR, J., «El régimen de control por la administración pública», em AA.VV., Régimen jurídico..., cit., pp. 125 e ss., especialmente pp. 128 e ss.

A escritura de constituição terá de conter "necessariamente" algumas menções ou cláusulas, que servirão para individualizar o fundo de pensões e para servir de suporte à posterior inscrição:

a) a denominação ou razão social e o domicílio da entidade ou entidades promotoras.

b) a denominação ou razão social e o domicílio das entidades gestora e depositária e a identificação das pessoas que exercem a administração e representação daquelas.

c) a denominação do fundo, que deverá ser seguido, em todo caso, da expressão "fundo de pensões".

d) O objeto do fundo conforme a presente lei.

e) As normas de funcionamento que especificarão, ao menos:

O âmbito de atuação do fundo;

O procedimento para eleição e renovação e a duração do mandato dos membros da Comissão de Controle do Fundo, assim como do funcionamento desta;

A política de investimentos dos recursos aportados ao fundo;

Os critérios de imputação de resultados, em conformidade com o disposto na presente lei;

Os sistemas atuariais que podem ser utilizados na execução dos planos de pensões;

A comissão máxima que tenha que se satisfazer na entidade gestora, sem prejuízo do disposto no art. 20.4 desta lei;

Os requisitos de distribuição dos gastos de funcionamento a que se refere o art. 14.6 dessa lei;

Os requisitos para a modificação do regulamento e para a substituição das entidades gestora e depositária. Em nenhum caso poderá operar-se a substituição sem prévio acordo da Comissão, ouvidas as sub-comissões, de controle do fundo de pensões, salvo o estabelecido no art. 23 dessa lei.

As normas que regem a dissolução e liquidação do fundo;

Finalmente, a publicidade do registro e administrativa. Os fundos de pensão estão sujeitos a uma dupla publicidade. Uma de caráter administrativo, em um registro especial administrativo, cuja finalidade é informativa para os interessados e para a própria administração, que assim poderá seguir a vida da instituição. Outra de caráter comercial, no Registro

Comercial, com finalidade de proteção própria da instituição de registro comercial (art. 1 RRM), assegurada em virtude dos princípios de registro que protegem terceiros (v. arts. 6 e seguintes do RRM).

Com efeito, o art. 11.1 LPFP determina que “os fundos de pensões se constituirão, mediante prévia autorização administrativa do Ministério da Economia e da Fazenda, em escritura pública outorgada pela entidade promotora e serão inscritos no registro especial administrativo que se estabeleça para o efeito e no Registro Comercial”.

Uma vez que tenha obtido a autorização administrativa prévia, no Registro Comercial se abrirá para cada Fundo uma folha de inscrição na qual primeiro constará o correspondente da escritura de constituição e conterá os extremos que esta deva expressar, aplicando-se as normas que regulam o Registro Comercial.

Para tal efeito, a LPFP estabelece no art.11.5: “Serão criados no Ministério da Economia e Fazenda o Registro Administrativo de Fundos de Pensões e o de Entidades Gestoras de Fundos de Pensões. Os Fundos de Pensões serão inscritos necessariamente no registro administrativo, no qual se fará constar escritura de constituição e modificações posteriores autorizadas na forma prevista neste artigo. Além disso, deverá fazer constar o Plano ou Planos de Pensões a que cada fundo esteja submetido, assim com as sucessivas incidências que lhes afetem”.

A coordenação de ambas publicidades se realiza basicamente pelo art. 288 RRM, segundo o qual a inscrição administrativa será prévia à inscrição no Registro Comercial, pois mencionado preceito “não se registrará nenhuma nota posterior ao regulado no artigo precedente, enquanto não se estenda na margem da mesma nota que acredite a inscrição do fundo no registro administrativo especial correspondente”.

A inscrição no registro administrativo exige o prévio cumprimento de todos os demais requisitos de constituição.

Os fundos de pensões deverão ser inscritos no Registro Comercial (art. 16.1. 4ª do Código Comercial). A norma se reporta explicitamente no art. 81.1.i do RRM, em que se determina que “será obrigatória a inscrição no Registro Mercantil dos seguintes sujeitos”, entre os quais se enumeram os Fundos de Pensões. Esta previsão normativa se concretiza no capítulo X, dedicado à “inscrição de outras sociedades”, dedicando sua seção terceira à inscrição dos fundos de pensões.

A inscrição dos fundos de pensões se realizará no Registro Comercial do domicílio da entidade gestora. Também poderá inscrever-se no Registro correspondente ao domicílio de qualquer dos promotores (art.285 RRM).

Na primeira inscrição deverão constar as seguintes circunstâncias segundo o art. 287 RRM:

1ª A denominação do mesmo, seguida da expressão "Fundos de Pensões" ou, em sigla, FP;

2ª A identidade da entidade ou entidades promotoras e as das entidades gestora e depositária;

3ª A natureza aberta ou fechada do fundo, assim como as classes de planos que possa integrar;

4ª O patrimônio inicial do fundo, se o tiver, descrevendo, nesse caso, as contribuições realizadas conforme sua natureza;

5ª As normas de funcionamento.

Essa primeira inscrição abre a folha de registro do Fundo de Pensões, na qual deverão constar os seguintes dados referentes à constituição e às eventuais incidências que podem produzir-se durante seu desenvolvimento.

1º A constituição do fundo, que necessariamente será a inscrição primeira;

2º Os acordos de integração de planos de pensões no mesmo, assim como sua mobilização para outro fundo de pensões;

3º A nomeação e a destituição dos membros da Comissão de Controle;

4º A delegação das faculdades de representação do fundo que realize a Comissão de Controle na entidade gestora;

5º A modificação das normas de funcionamento do fundo, assim como a alteração de sua natureza aberta ou fechada;

6º A substituição da entidade gestora e da depositária e a cessação de sua atividade, qualquer que seja a causa;

7º As medidas administrativas que afetem a entidade gestora ou seus administradores, o fundo de pensões ou algum dos planos integrados no mesmo, ou suas comissões de controle, nos termos previstos nos arts. 326 e seguintes;

8º A dissolução e liquidação do fundo.

E, além disso, deverão fazer constar, “em geral, os atos e contratos que modifiquem o conteúdo das notas praticadas ou cuja inscrição esteja prevista pelas Leis - RRM, arts. 292 e 293” (art.287.2 RRM).

F. Organização

Um aspecto importante dos PFP é a organização. Isso será um dos fios condutores para averiguar a natureza da instituição.

Os fundos de pensões estão privados de personalidade jurídica (art. 11.1 i.f. LPFP). No entanto, o RRM lhes denomina “sujeitos jurídicos”, ainda que ao longo da norma se vale da denominação mais imprecisa de “entidades”. Essa aparente contradição pode dever-se ao fato de que o legislador espanhol está influenciado pela distinção entre subjetividade e personificação e, portanto, ainda que não os considere pessoa jurídica em sua plenitude, não deixa de reconhecer-lhes, pelo menos para efeito de sua inscrição, uma certa subjetivação.

A peça básica da organização é a Comissão de Controle do Plano, um órgão de ligação entre os planos e os fundos, pois é um órgão comum.

Em primeiro lugar, a Lei estabelece a necessidade de uma Comissão de Controle, pois, ratificando o disposto na LFPP, o art. 21 do RFPF determina que o funcionamento e a execução de cada plano de pensão serão supervisionados por uma Comissão de Controle.

A formação deste órgão pretende ser plural e estará formada por representantes do promotor ou promotores, partícipes ou beneficiários, de forma que se garanta a presença de todos os interesses, mantendo-se a maioria absoluta da representação dos partícipes.

As funções da Comissão de Controle do Plano são variadas, pois não somente terá de supervisionar o cumprimento do Plano, nomear os representantes da Comissão do Plano, mas também deverá representar judicial e extra-judicialmente os interesses do Plano.

De uma maneira analítica tais funções são:

- a) Supervisionar o cumprimento das cláusulas do plano em tudo o que se refere aos direitos de seus partícipes e beneficiários;
- b) Selecionar o atuário ou atuários que devem certificar a situação dinâmica do plano;

c) Nomear os representantes da Comissão de Controle do Plano na Comissão de Controle do Fundo de Pensões em que está inscrito;

d) Propor modificações que considere pertinentes sobre contribuições, prestações ou outras variáveis, derivadas das revisões atuariais requeridas pela presente normativa e especificações do próprio plano;

e) Supervisionar a adequação do saldo da conta de posição do plano, em seu respectivo fundo de pensões aos requerimentos do regime financeiro do próprio plano;

f) Propor e, nesse caso, decidir nas demais questões sobre as que a presente regulamentação lhe atribui competência;

g) Representar judicialmente e extra-judicialmente os interesses dos participantes e beneficiários do plano ante a entidade gestora do fundo de pensões.

A constituição da Comissão de Controle de Pensões se ajusta às normas reguladoras.

O número de membros da Comissão de Controle de Planos de Pensões se fixará nas especificações deste, não podendo ser inferior a cinco. A Comissão estará composta por representantes dos participantes e dos beneficiários, assim como pelos designados pela entidade promotora.

Nesse caso, deverá garantir-se a representação de cada um dos sub-planos que sejam definidos dentro de um plano de pensões do sistema de emprego.

Os membros serão nomeados por um período máximo de quatro anos, podendo ser reeleitos.

Em todos os planos, qualquer seja seu sistema, a distribuição de representantes na Comissão de Controle será a prevista nas especificações de cada plano, garantindo sempre a maioria absoluta correspondente aos representantes dos participantes.

Não poderão ser membros da Comissão de Controle de um plano de pensões as pessoas físicas que ostentem, direta ou indiretamente, uma participação em uma atividade gestora de fundos de pensões, superior a 5% do capital social desembolsado dessa entidade.

Os membros de uma Comissão de Controle de Planos não poderão adquirir direitos nem ações da entidade gestora de seu fundo de pensões durante o desempenho de seu cargo em tal comissão. Caso participe de alguma forma de uma aquisição, deverá ser afastado da Comissão de Controle.

Para todo plano, qualquer que seja o sistema, quando a inexistência ou o reduzido número de participantes e/ou beneficiários impeça a cobertura dos percentuais atribuídos a cada um dos grupos, operar-se-á com um coletivo único dos representantes de participantes e beneficiários, cujo volume de representação na citada comissão será a soma das magnitudes atribuíveis a ambos os grupos. Não obstante, se persistir a insuficiência numérica de participantes e beneficiários, deverá ser reduzido o número de membros da Comissão de Controle, até garantir a maioria absoluta desses representantes frente aos da entidade promotora.

A eleição se realiza mediante votações nos dois colégios eleitorais para participantes e para beneficiários.

A eleição dos representantes dos participantes e beneficiários em um plano de pensões do sistema de emprego ou associado será caracterizada pelas seguintes notas:

Existência de dois colégios eleitorais, um de participantes e o segundo de beneficiários. Nesse caso, serão constituídos dois colégios para cada sub-plano existente;

A representação dos partícipes e beneficiários será repartida proporcionalmente segundo o número de integrantes de cada sub-plano;

Listas abertas. Para a apresentação de cada lista será preciso o aval de um número de assinaturas de eleitores superiores a 15% do total de integrante de cada colégio eleitoral. No caso de planos do sistema de emprego, poderão apresentar tais listas os sindicatos de trabalhadores legalmente constituídos;

Voto pessoal, livre, direto e secreto. O voto delegado não é admissível, somente o voto pelo correio;

Em nenhum caso o voto poderá ser ponderado pelos direitos econômicos atribuíveis a cada eleitor ou a seus colégios;

A eleição dos representantes dos participantes e beneficiários em um plano de pensões do sistema individual será realizada entre os compromissários. A condição de compromissário recairá mediante sorteio público, realizado a partir de listas únicas que englobem, cada uma delas, a totalidade de participantes e beneficiários, no caso em que esses existam;

A renovação dos representantes eleitos se realizará por metades. Por consequência, a metade dos componentes eleitos no primeiro proces-

so de constituição de uma Comissão de Controle deverá ser renovada depois de dois anos.

III. FUNDOS DE PENSÕES

O fundo de pensões é o instrumento de caráter patrimonial pelo qual os planos de pensões vão cumprir sua finalidade econômica. Não pode existir um plano de pensões sem que tenha um fundo de pensões.

A. Aspectos patrimoniais

No que se refere aos aspectos patrimoniais, o fundo de pensões foi organizado tendo presente o modelo das instituições de investimento coletivo. Esse fato tem sua explicação na finalidade comum de ambas instituições. Tanto os fundos de investimentos como os fundos de pensões têm como uma de suas finalidades minimizar os riscos do mercado, diversificando os investimentos nos quais se materializam as contribuições dos participantes, selecionando-os por meio de critérios técnicos de segurança e rentabilidade, otimizando ambas dimensões e estabelecendo certos investimentos de duração dilatada.

Para alcançar os objetivos institucionais dos planos de pensões, é estabelecida uma determinada composição do patrimônio do fundo, que obedece aos princípios de segurança, rentabilidade e diversificação.

A massa patrimonial do fundo de pensões será composta, em princípio, por contribuições dos participantes e dos promotores. A composição do patrimônio do fundo pode estruturar-se da seguinte forma: no conjunto dos bens e direitos se encontram os imóveis, os investimentos, as dívidas, fianças, créditos, tesouraria e, por último, outros devedores. No capítulo das obrigações se enumeram a comissão da entidade gestora, a comissão da entidade depositária, os gastos de auditoria, os créditos da Fazenda Pública, a provisão para investimentos e, finalmente, outros credores.

O patrimônio está integrado por um número determinado de participações (v. Cap. V da LPPF e o cap. II do RPPF). O valor do fundo vem determinado pelo produto de todas as participações pelo valor de liquidação da participação.

O valor de liquidação de cada participação é calculado todos os dias. Essa operação de cálculo requer a periodização de todos os ingressos e gastos do fundo para proceder ao fechamento contábil do fundo de pensões. O valor de liquidação é o quociente entre o patrimônio do fundo pelo número de participações.

O ativo dos fundos de pensões deve estar investido conforme um dos princípios estabelecidos no art.16.I LPFP para que os fundos de pensões cumpram suas funções institucionais que justificam a admissão e incentivos que se concedem a essas instituições. Os princípios estão enumerados na norma citada. O ativo dos fundos de pensões, com exceção das dotações para o pagamento de prêmios em virtude de planos total ou parcialmente segurados, estará investido de acordo com critérios de segurança rentabilidade, diversificação e congruência com prazos adequados a suas finalidades.

A norma básica e geral (art.16 LPFP) para os investimentos do fundo de pensões é que estabelece o mínimo que cada fundo de pensão terá de investir em ativos financeiros contratados em mercados organizados reconhecidos oficialmente e de funcionamento regular aberto ao público ou, ao menos, às entidades financeiras, em créditos com garantia hipotecária e em imóveis.

Esse mínimo era na LPFP legalmente 75%, mas poderá ser aumentado por lei. Relembrando o que se diz na lei, 75% do patrimônio será investido em: renda fixa, seja pública ou privada, ou renda variável com cotação oficial na bolsa, títulos do mercado hipotecário, imóveis situados na Espanha ou outros ativos financeiros dos mercados organizados e oficiais.

Desse modo, atribui-se aos regulamentos a faculdade de fixar as porcentagens mínimas ou máximas de investimentos em determinadas categorias gerais de investimentos em que se materialize o ativo dos fundos de pensões. Essa norma tem a finalidade de assegurar a liquidez ou a solvência do fundo. Mas, em nenhum caso, poderá assumir obrigações de investimentos em ativos financeiros específicos cuja rentabilidade não se pode adequar às condições gerais dos mercados financeiros.

Essas normas gerais encontram especificações quando se trata de investimento em ativos estrangeiros, assim como os percentuais que o fundo poderá investir em uma mesma entidade.

No que diz respeito aos investimentos em títulos emitidos ou avaliados por uma mesma entidade, não poderão exceder o valor nominal da percentagem estabelecida pelo governo no limite máximo de 5% do total dos títulos em circulação daquela. A soma dos investimentos mencionados em uma mesma entidade, mais os créditos outorgados a ela ou avaliados pela mesma, não poderá exceder a percentagem fixada pelo governo, no limite máximo de 10% do total de ativos financeiros integrado no fundo de pensões.

Como também se trata de evitar a concentração de grupos, contempla-se o investimento nos grupos. Como os grupos de empresas constituem uma unidade econômica, organizada sobre a base de uma direção única, ainda que formalmente mantenha a independência jurídica de uma das empresas agrupadas, aplicava originalmente o limite máximo de 10% do total de ativos financeiros de cada fundo aos ativos financeiros que figurem no passivo de empresas promotoras dos planos de pensões que participam do fundo, das gestoras ou depositárias do fundo ou das empresas pertencentes ao mesmo grupo daquelas.

O conceito de grupo a que refere a LPFP é o previsto no art. 4 da Lei 24/198-8, de 28 de julho do Mercado de Valores.

Para facilitar a colocação de títulos emitidos por entidades públicas ou para-públicas, a Lei rompe a norma rígida das limitações quando o investimento se refere a ativos emitidos ou avaliados pelo Estado ou seus organismos autônomos, comunidades autônomas, entidades públicas estrangeiras, organismos financeiros internacionais dos quais a Espanha seja membro, por aqueles outros que resultem de compromissos internacionais que a Espanha possa assumir.

Mas o conceito de grupo não contempla somente o fenômeno dos grupos de empresas previsto no art. 4 da Lei sobre Mercado de Valores, porque no caso de Fundos de Pensões administrados por uma mesma entidade gestora ou por distintas entidades gestoras pertencentes a um mesmo grupo de sociedades, o governo poderá dispor que as limitações estabelecidas no número 4 anterior sejam calculadas também com relação ao balanço de tais fundos.

Finalmente, quando o grupo se constitua posteriormente à realização do investimento, o Fundo deverá regularizar a composição de seu ativo em um prazo de um ano.

De tudo isso resulta que o investimento de um Fundo de Pensões manifesta a seguinte estrutura patrimonial: investimento controlado, 90%; mínimo de liquidez, 1%; investimento livre, 9%; e máximo de depósitos bancários, 15%.

B. Administração

A administração dos fundos de pensões se realiza com as limitações estabelecidas no art. 30 do regulamento, por uma entidade gestora em concurso com um depositário e sob a supervisão de uma comissão de controle¹⁵.

A organização do fundo de pensões se estrutura, por tanto, ao redor da entidade gestora, da entidade depositária e da comissão de controle do fundo.

As funções da entidade gestora e do depositário de um mesmo fundo não poderão recair em uma mesma entidade.

A entidade gestora é a encarregada de administrar o fundo. Suas funções são fazer a contabilidade, emitir certificados de pertencimento e controlar a entidade depositária.

Essas funções se materializam no art. 40 da RFPF, dedicado a este órgão. São atribuições legais:

a) Intervenção na outorga da correspondente escritura pública de constituição do Fundo como, em seu prazo, as modificações ou liquidação do mesmo. No caso, poderá colaborar ou realizar outras tarefas relacionadas com a elaboração de tais documentos.

b) Elaboração da contabilidade do Fundo de Pensões e consolidação das contas na forma prevista nesta normativa.

c) Determinação dos saldos das contas de posição e dos direitos e obrigações derivadas de cada plano de pensões integrado. Seguirá as instruções pertinentes para o repasse das contas e dos direitos implicados.

d) Emissão, juntamente com o depositário, dos certificados de participação nos planos de pensões, requeridos pelos partícipes cujos planos

15. De um ponto de vista negocial, VERGEZ, M., «Los contratos de gestión y depósito de fondos de pensiones», em AA.VV., Régimen jurídico, cit., pp. 111 e ss.

integrem o fundo. Será enviada anualmente certidão sobre contribuições realizadas e imputadas a cada partícipe, assim como do valor, para que possam exercer seus direitos consolidados.

e) Determinação do valor da conta de posição mobilizável a outro fundo de pensões, quando assim solicite o plano correspondente.

f) Controle da entidade depositária do fundo de pensões quanto ao estrito cumprimento das obrigações desta, com base no princípio de responsabilidade estipulado nesta normativa.

Mas, além disso, a Comissão de Controle poderá outorgar à entidade gestora outras faculdades, com as limitações que considere pertinentes:

a) Exercício dos direitos derivados dos títulos e demais bens integrantes do fundo.

b) Autorização para a transferência de contas de posição a outros Fundos.

c) Seleção dos investimentos a serem realizados pelo fundo de pensões, de acordo com as normas de funcionamento e as prescrições administrativas aplicáveis sobre tal matéria.

d) Ordem ao depositário de compra e venda de ativos.

Somente poderão ser Entidades Gestoras as entidades que cumprem os requisitos legalmente estabelecidos.

As Entidades Gestoras de Fundos de Pensões serão sociedades anônimas que, havendo obtido autorização administrativa prévia, reúnam os seguintes requisitos:

1. Ter um capital integralizado da seguinte forma:

- Em todo caso, 100 milhões de pesetas.

- Adicionalmente, o 1% do excesso do ativo do fundo sobre um bilhão de pesetas.

2. Suas ações serão nominativas.

3. Ter como objeto social e atividade exclusivos a administração de Fundos de Pensões.

4. Não poderão emitir obrigações nem recorrer a crédito e terão materializado seu patrimônio de acordo com o anexo seguinte.

5. Deverão estar domiciliadas na Espanha.

6. Deverão inscrever-se no Registro Administrativo estabelecido na presente regulamentação.

Também poderão ser entidades gestoras de fundos de pensões as seguradoras autorizadas a operar na Espanha no ramo vida, sempre que cumpram os requisitos previstos nos itens “a”, “e” e “f” do número 1 do presente artigo.

O requisito contido na letra “e” do número 1, antes citado, se entenderá cumprido com a existência de estabelecimento permanente na Espanha da entidade estrangeira autorizada.

O limite previsto no item “a” do número 1 se entenderá aplicável, por sua vez, ao fundo mútuo das entidades de previdência social e ao das mútuas de seguros. Dessa forma, se entenderá aplicável tal limite ao fundo permanente com a casa central das delegações de entidades estrangeiras, nos termos previstos na legislação específica de seguros.

O acesso das entidades de previdência social à gestão de fundos de pensões se fará com prévia notificação ao Ministério de Economia e Fazenda.

O cumprimento desses requisitos implica a utilização da denominação oportuna, já que a denominação da entidade gestora de fundos de pensões fica reservada exclusivamente às entidades que cumpram os requisitos previstos nos números precedentes.

A entidade depositária – que terá de ser única para cada Fundo de Pensões – tem como função principal a custódia e depósito dos valores mobiliários e demais ativos financeiros integrados nos fundos de pensões, que terá de ser entidade de depósito domiciliada na Espanha.

Mas, além da função de custódia, exercerão a de vigilância da entidade gestora ante as entidades promotoras, partícipes e beneficiários, devendo efetuar unicamente aquelas operações acordadas pelas entidades gestoras que se ajustem às disposições legais e regulamentares.

A função básica se concretiza nos seguintes aspectos:

1. Intervenção na outorga das escrituras de constituição e de modificação ou liquidação do fundo de pensões e em tarefas relacionadas com a elaboração de tais documentos.

2. Controle da sociedade gestora do fundo de pensões no que se relaciona ao estrito cumprimento das obrigações desta, com base no teor do princípio de responsabilidade estipulado nesta normativa.

3. Emissão, com a entidade gestora, dos certificados de participação dos partícipes dos planos de pensões que integram o fundo.

4. Instrumentação, que pode se realizar junto à entidade gestora, das cobranças e pagamentos derivados dos planos de pensões, em sua dupla vertente de contribuições e prestações, assim como do repasse de direitos consolidados entre planos, quando proceder.

5. Exercício, por conta do fundo, das operações de compra e venda de valores, a cobrança dos rendimentos e dos investimentos e a materialização de outras rendas, via transmissão de ativos e quantas operações derivem do próprio depósito de valores.

6. Canalização do repasse de uma conta de posição a outro.

7. Recepção dos valores de propriedade do fundo de pensões, constituição em depósito garantindo sua custódia e expedindo os documentos justificativos.

8. Recepção e custódia dos ativos líquidos dos fundos de pensões.

A comissão de controle de um fundo que instrumenta diversos planos se formará com a representação de todas as comissões de controle dos planos. A eleição de tais representantes, por parte de cada Comissão de Controle do plano de pensões, será realizada entre seus membros. O voto dos designados de cada plano será ponderado de acordo com seu número e com a proporção de interesse econômico que o plano tenha no fundo.

Na hipótese em que o plano de pensões instrumente um fundo de pensões, a comissão de controle do plano exercerá as funções de comissão de controle do fundo.

A função principal é a supervisão do cumprimento dos planos adscritos.

Mas, além disso, outras funções são determinadas pela legislação, relacionadas com essa básica:

1. Controle da observância das normas de funcionamento, do próprio fundo e dos planos.

2. Nomeação dos especialistas cuja atuação esteja exigida na Lei 8/1987, de 8 de junho, sem prejuízo das faculdades previstas dentro de cada plano de pensões.

3. Representação do fundo, podendo delegar esta função à entidade gestora.

4. Exame e aprovação da atuação da entidade gestora em cada exercício econômico, exigindo-lhe a responsabilidade prevista no artigo 42 deste Regulamento.

5. Substituição da entidade gestora ou depositária nos termos previstos no artigo 44 desta norma.

6. Suspensão da execução de atos e acordos contrários aos interesses do fundo, nos termos e com os limites derivados da natureza daqueles.

7. Aprovação da integração no fundo de novos planos de pensões. A admissão do primeiro plano que pretenda integrar-se no fundo será acordada juntamente pela entidade promotora do fundo e por sua entidade gestora.

8. Proposta e decisão nas demais questões sobre as que a presente normativa lhe atribua competência.

Para atender as diversas classes dos planos de pensões adscritos a um mesmo fundo, poderão ser estabelecidas, no seio da comissão de controle, várias subcomissões que se ocuparão segundo áreas homogêneas de planos e segundo modalidades de investimento.

IV. A POSIÇÃO DO PARTÍCIPE: CONTRIBUIÇÕES E PRESTAÇÕES

A posição jurídica do partícipe oferece os aspectos passivo e ativo.

As contribuições dos partícipes não poderão ser retiradas até o momento em que ele mobilize seus direitos consolidados ou para perceber as prestações por que se produziram contingências.

A quantia das contribuições que pode realizar uma mesma pessoa está limitada anualmente. A tendência tem sido ampliar a quantia máxima.

O partícipe pode pedir o traslado de seus direitos consolidados para outra entidade. Os direitos consolidados estão integrados pelas contribuições realizadas mais os rendimentos que tenham produzido suas prestações. O fundo não poderá pedir nenhuma comissão e deverá atender a petição do partícipe no prazo de três meses.

O partícipe tem o direito a perceber as prestações pactuadas na quantia dos direitos consolidados. As prestações poderão ser percebidas conforme três modalidades, que lembram as modalidades de prestação das indenizações dos seguros de pessoas.

As prestações podem adotar diversas modalidades. O partícipe pode eleger entre perceber sua participação em forma de capital – entrega dos direitos consolidados em um só pagamento, de renda – pagamentos periódicos durante o tempo estabelecido, temporalmente ou enquanto viva o beneficiário – ou misto – combinação das duas modalidades anteriores.

As contingências que determinam o pagamento das prestações são enumeradas legalmente: a aposentadoria, a invalidez ou o falecimento.

A aposentadoria é o momento em que o partícipe passará a ser o beneficiário de seu plano de pensões e, portanto, poderá receber os direitos consolidados ao chegar sua aposentadoria ou "situação similar", ou seja, a uma aposentadoria antecipada. Indica, além disso, que aqueles partícipes que não puderam chegar à aposentadoria (profissionais liberais, por exemplo) terão acesso a seus direitos consolidados a partir dos 60 anos.

A invalidez cobre a invalidez permanente total (conhecida como profissional), a invalidez absoluta e permanente (para todo tipo de trabalho) e a grande invalidez (que exige ajuda exterior para as funções básicas da vida de uma pessoa). A prestação seria recebida pelo partícipe inválido.

Finalmente, em caso de falecimento do partícipe, os direitos consolidados serão entregues aos beneficiários designados pelo mesmo (cônjuge, filhos,...).

Mas fora desses casos, prevê-se que, rompendo a irrevogabilidade e superando a obrigação de transmissão dos direitos consolidados a outras entidades, existem outras possibilidades antes determinadas situações extraordinárias:

1. Possibilidade de crédito aos partícipes. A lei estabelece que, em situações de greve, enfermidade grave, aumento extraordinário de gastos ou redução importante de ingressos, o partícipe poderá solicitar um crédito à comissão de controle do plano sem que a quantia do mesmo possa superar 80% dos direitos consolidados.

2. Situações de liquidez. Em 1999, foi introduzida uma novidade (artigo 7º do Real Decreto pelo qual se modifica a regulamentação de planos e fundos de pensões), segundo a qual o partícipe pode solicitar seus direitos consolidados nas hipóteses de greve prolongada e de enfermidade grave.

Em caso de enfermidade grave, poderão fazer efetivos seus direitos consolidados o seu cônjuge ou algum dos ascendentes ou descendentes do partícipe.

Será considerada enfermidade grave aquela doença ou lesão física que incapacite temporariamente para a atividade habitual da pessoa durante um período continuado mínimo de três meses e que requeira intervenção clínica de cirurgia maior em um centro hospitalar ou o tratamento

no mesmo; ou que haja seqüelas permanentes que limitem parcialmente ou impeçam totalmente a ocupação ou atividade habitual da pessoa afetada.

Igualmente em caso de desemprego de longa duração: será a situação legal de desemprego do partícipe durante um período continuado de pelo menos doze meses, sempre que não perceba prestações por desemprego em seu nível contributivo.

V. NATUREZA JURÍDICA DOS PLANOS DE PENSÕES

Examinadas, ainda que brevemente, as principais características dos planos e fundos de pensões, é o momento de precisar, à luz dessas normas e de sua finalidade socio-econômica, a natureza jurídica da instituição.

A. A indubitável base voluntária

A própria LPFP proporciona o ponto de partida quando, em seu art. 1º, diz que os planos serão constituídos voluntariamente.

A doutrina que refletiu sobre o tema tentou enquadrar os PFP no esquema das fontes das obrigações, conforme o estabelecido no art. 1089 do Código Civil, vez que dos planos de pensões vão surgir direitos e obrigações para os que intervêm no ato. É indubitável, portanto, que nos encontramos diante de um ato de caráter negocial, imputável aos particulares que, utilizando as faculdades e autonomia da vontade, estabelecem uma determinada relação jurídica geradora de direitos e obrigações de conteúdo patrimonial. Na continuação, surge a questão referente à classe do ato de autonomia negocial.

Em princípio, parece que ficariam excluídos dos atos imputáveis à vontade unilateral do promotor. Ainda que não mencionada na lei, a jurisprudência (v. STS de 17 de outubro de 1975), dado o caráter exemplificativo e não taxativo da norma codificada, acabou reconhecendo a vontade unilateral como fonte de obrigações, como ato puro de autonomia da vontade¹⁶. Com isso, abre-se a possibilidade de que um ato de disposição

16. MARTINEZ DE AGUIRRE, C., La promesa pública de recompensa. Barcelona, 1985, especialmente pp. 312 e ss.

de fundos contido em um testamento, provisionado com um fundo patrimonial chamado a ser o fundo de pensões, constituísse um plano de pensões, considerando que o testador era o promotor. A questão que surgiria nesta hipótese é a de que estaríamos diante de uma fundação ou se, por outro caminho, haveria que existir a presença dos promotores, que assumiriam formalmente a vontade do testador, convertendo-se, assim, no cumprimento da vontade negocial.

Mas, se descartada por insegura, a possibilidade de constituir um plano de pensões, então, fica aberta somente a opção de uma criação por contrato¹⁷. Não somente esse raciocínio de exclusão, mas também as expressões utilizadas pela lei ao longo de seu texto: condições contratuais na constituição da poupança-pensão, é a expressão da Exposição de Motivos, ou a de «termos contratuais» (art. 5.1.a). O ato de constituição é, portanto, um contrato celebrado pelos promotores, figura que pode em alguns casos ser identificada com os partícipes.

B. O plano de pensões como contrato de seguro: crítica

Esta última conexão conduz o intérprete da natureza jurídica dos planos de pensões ao contrato de seguro. A tese dos planos e fundos de pensões como contratos de seguros, examinada por ANGULO¹⁸, e mantida por MANSILLA¹⁹, não deixa de ser uma analogia baseada na função socio-econômica que cumpre cada uma das instituições.

A analogia dos planos de pensões com um contrato de seguro se apóia, sobretudo, na terminologia utilizada e que reflete uma realidade causal. Como se comprova com o exame da lei, essa modalidade da previdência, baseada na poupança acumulada durante anos, vai concretizar-se no "direito a perceber rendas ou capitais" (art. 1º LPFP) quando sucedam determinadas "contingências" (art. 8.6 LPFP) que serão produzidas em um

17. V. A discussão em SANCHEZ CALERO, op. cit., p. 16.

18. ANGULO, L., «Los planes y fondos de pensiones y la Ley de contrato de seguro y demás normativa aseguradora», em Régimen jurídico..., cit., pp. 35 e ss.

19. MANSILLA, F., «Fondos de pensiones y seguros», em Régimen jurídico..., cit., pp. 159 e ss.

tempo indeterminado (incerteza sobre o quando: morte, aposentadoria) ou que não se sabe se serão produzidas (invalidez, viuvez, desemprego continuado). Estas contingências podem ser equiparadas aos riscos cobertos pelo segurador mediante o pagamento de uma contribuição (equiparável ao prêmio do seguro).

Esta estrutura, unida à função que cumprem os planos, equiparável à do seguro, identifica o pagamento do capital ou rendas periódicas ou de forma mista com o pagamento da indenização no seguro (art. 1 Lei 50/1980, de contrato de seguro; art. 8 LCS), estando assegurado o cumprimento destas prestações graças à instrumentação de “sistemas financeiros e atuariais de capitalização” (art. 6.1), com os quais se formam os “fundos de capitalização”, assegurados tecnicamente com a aplicação de técnicas utilizadas na relação de seguro (provisões matemáticas e outras provisões técnicas).

Por outro lado, o art. 3.1 LOSSP enumera entre as operações incluídas no âmbito “das de seguro de vida”, as operações de capitalização baseadas em técnica atuarial que consistam em obter compromissos determinados quanto a sua duração e a seu importe em troca de desembolsos únicos ou periódicos previamente fixados.

Neste sentido, a disposição adicional 1ª da LOSSP estabelece no item 2 que o seguro direto sobre a vida se inclua somente em um ramo, o ramo de vida. E quando são enumeradas as operações que se compreenderão no seguro de vida, aparecem junto a outras modalidades, sem dúvida, de caráter segurador, as operações de capitalização do art. 3.2 da mesma Lei e as operações de gestão de fundos coletivos de aposentadoria, definindo-se, na seqüência, o que deve ser entendido por gestão de fundos coletivos de aposentadoria²⁰.

A analogia é tão forte que a Disposição Adicional 1ª.2 da Lei de ordenação e supervisão de seguros cuida expressamente de excluir do âmbito do ramo de vida as operações de gestão de fundos de pensões regulados pela LPPF²¹.

20. Esses argumentos são desenvolvidos amplamente por MANSILLA em «Fondos de pensiones y seguros», op. cit., passim, em relação com as Diretivas do Conselho em matéria de seguros.

21. O argumento é de MANSILLA, ob. e loc. citis.

As razões pelas quais os planos e fundos de pensões não podem ser totalmente identificados com um contrato de seguro, apesar das semelhanças externas, encontram-se em elementos identificadores de uma e outra espécie contratual. Com efeito, o art. 1º da Lei de contrato de seguro de 1980 exige a presença de um segurador e que, além disso, seja uma pessoa jurídica pertencente a um dos tipos sociais previstos no art. 7.1 e 2 da Lei 30/1995 de ordenação e supervisão dos seguros privados. Quando nos planos segurados²² aparece um segurador (art. 17.4 e 5 Lei 8/1987, sobre planos), o segurador fica fora do contrato de planos e somente se concretiza sua prestação no momento em que se façam efetivos os direitos dos partícipes beneficiários por haver sido produzida uma contingência, que gere para o plano o dever de cobrir a necessidade criada. A garantia das prestações se faz por uma pessoa que mantém relações com um terceiro – o segurador –, em virtude da qual o segurador assume uma obrigação especial e complementar de garantia, enquanto que promete um resultado quando o funcionamento normal dos planos com seus fundos tenha chegado ao resultado previsto e que era considerado satisfatório para cobrir as necessidades.

A possibilidade de que os partícipes como coletividade assumam as obrigações típicas do segurador, sendo ao mesmo tempo segurados (como acontece nas mutualidades) não é tecnicamente possível, porque o legislador espanhol não atribui aos planos a personalidade jurídica, mas segue o modelo da *Employer Requirement Income Security Act* (ERISA) nos E.U.A.²³.

A organização dos planos, conseqüentemente, baseia-se na manutenção de relações de caráter obrigacional diretas entre as partes intervenientes nos planos, ainda que, do ponto de vista real, a titularidade dos bens dos fundos pertence aos partícipes e aos beneficiários (arts. 8.4), e a responsabilidade decorrente de obrigações frente a terceiros está limitada. Segundo o art. 18 da LPFP e, sobretudo, o art. 12, os credores dos fundos de pensões não poderão fazer efetivos seus créditos sobre os patrimônios dos

22. Cada vez mais freqüente em algumas modalidades, como conseqüência da crise dos mercados financeiros.

23. V. SANCHEZ CALERO. «Delimitación y notas características», em Régimen jurídico..., cit., p. 19.

promotores dos planos e dos partícipes, cuja responsabilidade está limitada a seus respectivos compromissos de contribuições a seus planos de pensões adscritos. E, além disso, o patrimônio do fundo não responderá pelas dívidas das entidades promotora, gestora e depositária²⁴.

Como consequência da inexistência de seguradores – salvo na hipótese de fundos segurados –, os partícipes e beneficiários suportam o risco dos desvios dos cálculos atuariais e dos riscos dos mercados nos quais se investiram as prestações para constituir o fundo de pensões.

C. O plano de pensões como fundação

A nota de voluntariedade na constituição dos planos de pensões e sua exclusão do âmbito do seguro poderiam viabilizar a qualificação como fundação. Essa entidade, definida no art. 1.1 da Lei 30/1994, de 24 de novembro, é, conforme a concepção tradicional, organização sem fins lucrativos que, de forma duradoura, tem destinado seu patrimônio ao cumprimento de interesses gerais.

Mas o principal obstáculo é que essas organizações estão dotadas de personalidade jurídica (art. 3.1). A tese, mantida também para os fundos coletivos de investimento, não teve muito sucesso, já que a rigidez da figura da fundação pode, em alguns casos, entorpecer a necessária agilidade da administração dos planos de pensões que, como os fundos coletivos de investimento²⁵, têm que adaptar-se com flexibilidade e rigidez às flutuações do mercado (v. cap. V da LPPF e, em especial, o art. 17.1).

Além disso, do ponto de vista da finalidade de uma e outra formação, os destinatários, beneficiários, da fundação não intervêm em sua gestão, enquanto que os partícipes e beneficiários dos planos de previdência estão presentes, com suas funções de controle, na gestão dos fundos de pensões, posto que são os destinatários finais das prestações, nas condições estabelecidas, na fundação, de seus ativos.

24. Essa matéria deverá ser integrada pelas normas de liquidação.

25. Nessa linha de aproximação dos fundos de pensões, mutualidades de previdência social e fundos coletivos de investimento, v. CALVO, R., «Mutualidades de previsión social y Fondos de pensiones», Rev. Seguridad Social, 1984, núm. 24.

D. Os planos de pensões como contrato associativo de base mutualista

Dentro dos contratos plurilaterais com fins associativos²⁶, a figura mais próxima é a de mutualidade de previdência social. A consideração dessa figura não pretende identificar ambos tipos de contratos, pois na mutualidade os mutualistas cumprem o papel de seguradores e segurados, superando a objeção de falta de segurador para classificá-lo como contrato de seguro.

Neste contrato aparecem normalmente três categorias de interessados; os promotores, os partícipes e os beneficiários. Não é possível falar de um negócio trilateral, ainda que apareçam três pessoas, porque nem todas as categorias enunciadas devem prestar seu consentimento para que o ato de constituição se conclua. Prestam consentimento os promotores – que podem identificar-se com os partícipes – mas nem os partícipes que vão aderir posteriormente (salvo os que sejam fundadores), os beneficiários, pois normalmente não estarão individualizados até o momento em que se produza a contingência que atualiza e faz exigível a prestação pactuada pelo partícipe. Certamente, o contrato de constituição produz efeitos para as três categorias de pessoas, mas – a diferença do que acontece, por exemplo, na transmissão de dívidas, na cessão de um contrato bilateral e não executado – não se exige a prestação de consentimento do beneficiário, ainda ao individualizado. Não é suficiente que a execução do contrato produza efeitos para o terceiro (beneficiário). O contrato de constituição de um fundo de pensões é certamente um contrato que produz efeitos patrimoniais vantajosos para o beneficiário. O beneficiário será o destinatário das prestações assumidas pelo fundo. O destinatário, ou beneficiário, não

26. A invocação da categoria de contratos associativos é mantida, com alguns matices, por DUQUE DOMINGUEZ, J.F., «Notas delimitadoras y naturaleza jurídica de los Fondos de pensiones», em Régimen jurídico..., pp. 92 e ss.; SANCHEZ CALERO, «Delimitación y notas características...», op. cit., p. 25; MICHAVILLA, «Naturaleza y tipología de los Planes de Pensiones», en AA.VV., Estudios sobre Planes y Fondos de pensiones, dirigida por MARTINEZ DE LA FUENTE, Barcelona, 1989, p. 59.

assume nem adquire direitos frente aos partícipes. Por essa razão, não se pode falar em contrato a favor de terceiro em sentido amplo²⁷.

A dimensão estrutural dos planos de pensões leva a construção à categoria de contratos plurilaterais, nos quais, normalmente, não necessariamente, intervêm mais de duas partes, com alguns efeitos que se juntam à função sócio-econômica que justifica a figura e que, em congruência com a estrutura negocial, leva, como veremos, aos contratos associativos. Mas, deve-se indicar já que nem todos os contratos associativos são plurilaterais – por exemplo, o contrato de mandato de serviço de fim comum (realização do cumprimento do interesse do mandatário) –, nem todos os contratos plurilaterais são associativos. Na transmissão de dívida cada parte persegue seu próprio interesse.

O contrato de constituição de um plano de pensões gera uma organização – típica dos contratos associativos – cujos elementos estão encarregados de manter o desenvolvimento da relação jurídica entre as partes, assim como de introduzir as novas regras necessárias ou modificar as originais, quando assim o exija um cumprimento eficaz, conforme o previsto no contrato original, adotando para isso os acordos oportunos, respeitando os direitos adquiridos dos partícipes.

A esse respeito é decisivo o que diz o art. 13 LPFP, quando afirma que os fundos de pensões serão administrados por uma entidade gestora, com o concurso do depositário, sob a supervisão de uma comissão de controle, cuja composição e forma de funcionamento “se ponderará o voto dos designados pelos planos, individualmente, observado seu número e a parte de interesse econômico que o plano tenha no fundo”. Essa norma, ainda que prevista para a hipótese de que um mesmo plano integre vários fundos de pensões, coloca em destaque a importância que concede aos interesses dos próprios partícipes e fundadores.

O fato de que os partícipes do plano não tenham mais que uma supervisão na gestão do fundo não deve ser motivo para desfazer a qualifi-

27. A figura do contrato a favor de terceiro é ainda fonte de discussões quanto a sua existência em determinadas figuras contratuais complexas, em sua estrutura e nos efeitos para o terceiro. V. MESSINEO, F., *Il contratto in genere*, 2. Milano, 1972, pp. 159 e ss.

cação de entidade associativa, pois o mesmo acontece na organização da sociedade anônima, onde os sócios têm funções reduzidas de controle das contas anuais e de nomeação dos órgãos sociais, atribuindo-se à possibilidade de buscar no mercado os homens mais aptos para a gestão das empresas da sociedade o sucesso desta forma societária. Essas tendências se insinuem na interpretação dos tipos mais tradicionais das sociedades coletivas ou, inclusive, nas disposições legais sobre algum tipo de sociedade com base mutualista (sociedades de transformação agrária, onde se exige a figura de um gerente profissional) para obter maior efetividade e êxito econômico na gestão.

A comissão de controle do plano engloba os interessados no plano de pensões e, de maneira relevante, aos partícipes, pois, segundo o art. 7.3 LPFP, "a maioria absoluta da representação dos partícipes deve manter-se durante a duração do Plano para garantir a presença desse setor entre os integrantes da Comissão de Controle". E não se pode esquecer que será a comissão de controle do plano – que ao mesmo tempo o será do fundo ou fundos correspondentes – quem ostenta a representação judicial e extra-judicial. O caráter de órgão central de referência que tem o plano se evidencia não somente nesse aspecto, mas também, conforme a lei, poderá delegar essa função de representação à entidade gestora (art. 30.2.d RFPF).

Mas a entidade gestora está vinculada ao plano que gere mediante um contrato de serviço, para a gestão dos interesses de quem a tenha contratado que se insira nos "modelos fiduciários de investimento" nas modernas organizações de interesses²⁸.

Mas tanto a entidade gestora como a depositária "atuarão no interesse dos fundos que administrem ou custodiem" (art. 22 LPFP e art. 42 RFPF), ou seja, de todas as categorias de interessados, como o coloca claramente o art. 42 RFPF, quando faz responsáveis essas entidades "frente às entidades promotoras, partícipes e beneficiários", e, como norma final, estabelece que nas relações entre entidades gestoras e depositários, que não podem recair nunca sobre a mesma entidade, elas terão a obrigação de exi-

28. Assim VERGÈZ, «Contrato de gestión y depósito...», cit., p. 118, seguindo FERNANDEZ DE LA GANDARA, La atipicidad en el derecho de sociedades. Zaragoza, 1962, p. 124.

girem-se reciprocamente a responsabilidade em que possam haver incorrido quando, no desempenho de seus deveres, tiverem prejudicado os interesses do plano (art. 42 RPPF).

E. Conclusão

Como conclusão procede afirmar, à luz do regime jurídico espanhol, que os planos de pensões são organizações de caráter mutualista, desprovidas de personalidade jurídica, no interesse dos promotores e dos partícipes e dos beneficiários, que suportam economicamente os riscos econômicos e financeiros da gestão encomendada por uma relação de caráter fiduciário a órgãos especialistas, a fim de constituir, conforme os princípios técnicos de capitalização e atuariais, um capital com o qual, por meio dos direitos consolidados, possam ser cobertas as necessidades surgidas das contingências previstas no plano. Definitivamente, estamos na presença de uma organização, baseada em técnicas de seguro²⁹, mas sem que esteja sujeita às normas do seguro e que desenvolve o princípio solidário de mutualidade³⁰.

29. V. ANGULO, L., «Los planes y fondos...», cit., passim, especialmente pp. 42 e ss.

30. É a conclusão a que cheguei já no momento em que foi promulgada a lei é que não há motivo para modificá-la, ainda que seja preciso especificar a primeira formulação: v. DUQUE, J.F., op. cit., p. 92. '

MORA DA SEGURADORA

A questão na Lei de Seguros Argentina

RUBÉN STIGLITZ¹

Maurício Luis Pinheiro Silveira

Vamos agora tratar do tema “A mora do segurador e ressegurador”. As conferências serão ministradas pelo professor Rubén Stiglitz e pelo Dr. Paulo Luiz de Toledo Piza, sucessivamente. A presidência dos trabalhos será do eminente Desembargador Francisco José Moesch, presidente da 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A 21ª Câmara Cível do Tribunal trata, dentre outras matérias, de questões previdenciárias e tributárias. O eminente desembargador é, ainda, professor titular da PUC-RS, na cadeira de Direito Tributário, e da escola da AJURIS, na cadeira de Direito do Consumidor. Gostaríamos também de anunciar a presença e pedir que compusesse a mesa conosco a Exma. Desembargadora Genacéia Alberton, também do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Passamos a palavra ao ilustre presidente da mesa para dar início aos trabalhos.

1. Doutor em Direito, é titular da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Buenos Aires. Professor visitante dos cursos de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri (Espanha) e da Faculdade de Jurisprudência da Universidade do Rosário (Colômbia).

Francisco José Moesch

Boa tarde! É um prazer muito grande estar aqui, podendo presidir esta mesa integrada por duas grandes especiaristas. Professor Rubén Stiglitz, doutor em Direito, professor titular da Universidade Nacional de Buenos Aires, professor visitante dos cursos de pós-graduação em Direito, da Universidade Complutense de Madrid, e da Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Rosário na Colômbia. Professor Paulo Luiz de Toledo Piza, doutor em Direito em 2001, pela tese “O contrato de resseguro: tipologia, formação e direito internacional”, e 1º. vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. Quero saudar, também, o eminente advogado Dr. Ernesto Tzirulnik, presidente do valeroso Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, e a querida colega de magistratura Des. Genacéia. Passo a palavra ao professor Stiglitz.

Rubén Stiglitz

Agradeço a meu amigo Francisco pela apresentação. Amigos, devo falar sobre a mora no pagamento da indenização. Muitas vezes, eu disse que o direito do seguro deve ser a disciplina mais difícil que conheço. E por que digo isso? Porque o direito do seguro engloba em sua formulação todas as disciplinas imagináveis. Na última ocasião em que fui convidado pelo Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, falamos sobre ação direta ou sobre qual deveria ser o mecanismo adequado para que o danificado tivesse um instrumento de ação contra o responsável civil, ou seja, falamos de direito processual, e, na primeira vez, falamos da proteção do segurado como usuário, fizemos algumas referências ao Código do Consumidor brasileiro, que é um exemplo no mundo. Lembro-me do que me disse certa vez um belga, que nesse momento presidia a Comissão Legislativa da Comunidade Econômica Européia, quando a CEE estava tentando descrever o que logo se transformou na Diretiva 93 sobre cláusulas abusivas, que tinha na esquerda todo o material bibliográfico mais moderno que existia e, na direita, o ponto de referência, o Código de Defesa do Consumidor do Brasil. Fica aqui minha homenagem. Não há disciplina que não se encontre com o direito do seguro. E talvez seja por isso que eu sustento que essa é a

matéria mais complicada, que maiores conhecimentos específicos necessita. Vocês se perguntarão por que estou dizendo isso. Digo isso porque o tema que nos foi encomendado é fundamentalmente de direito das obrigações, pois é um tema no qual se une o crédito do segurado, obrigação principal do segurador e a teoria geral de responsabilidade civil. Prestem atenção que acabei de anunciar quatro disciplinas que se vão inter-relacionar. Quando alguém fala desse tema, o primeiro que temos que definir é o que significa mora. Mora significa a inexecução material por parte do obrigado. Isso se entronca com os pressupostos da responsabilidade civil, porque a mora é o primeiro pressuposto da responsabilidade civil.

1 - O descumprimento do contrato pelo segurador.

Pressupostos da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil como instituição do ordenamento jurídico exige como pressuposto a confirmação de uma hipótese de fato complexa, integrada por vários elementos ou requisitos que, inexoravelmente, devem confluír e que, reunidos, conduzem à indenizabilidade.

Todos os pressupostos são comuns à órbita contratual e extra-contratual, começando pela infração a um dever jurídico ou ilicitude. O descumprimento contratual é um ato ilícito, quando infringe um dever particular emanado do contrato e que o devedor devia cumprir "como a própria lei" (art. 1197, Código Civil).

De modo que não existe outra diferença conceitual entre o extra-contratual e o contratual, a não ser que nessa o dever jurídico é pré-existente, previamente convencionado pelas partes, enquanto que no extra-contratual não se verifica nenhuma relação prévia ao evento danoso, que não seja o vínculo genérico imposto pelo dever de não danificar (*alterum non laedere*).

Isso sem prejuízo de certas diferenças existentes entre os regimes respectivos da responsabilidade contratual e extra-contratual que, de todo modo, segundo a boa doutrina, deveriam ser eliminados.

Além do descumprimento, a responsabilidade contratual requer a confluência do dano, a relação de causalidade entre o descumprimento e o dano e o fator de atribuição de responsabilidade.

2 - Pressupostos do descumprimento contratual. O descumprimento.

O descumprimento, em si mesmo, consiste na conduta do devedor, positiva ou negativa (ação ou omissão), que vulnera a obrigação previamente convencionada na relação contratual.

Pode consistir em: a) definitiva inexecução, seja total ou parcial, da prestação devida (art. 511, Código Civil); b) seu cumprimento defeituoso; c) atraso no cumprimento ou execução tardia (art. 508, Código Civil).

Com a ressalva de que no último dos casos mencionados, o mero atraso nem sempre gera por si mesmo a responsabilidade civil, a não ser, unicamente, nos casos das obrigações sujeitas a prazo certo nos termos do art. 509 do Código Civil.

Enquanto nas demais hipóteses (obrigações sem prazo, com prazo tácito, incerto, indeterminado) somente existe responsabilidade contratual por atraso no cumprimento nas condições que a lei estabelece para conferir-lhe conseqüências jurídicas.

Ou seja, o descumprimento juridicamente relevante não se produz automaticamente pelo simples atraso. A mora há de ser constituída por meio dos mecanismos previstos pelo art. 509 do Código Civil (interpelação, fixação judicial de prazo, etc.).

3 - Pressupostos do descumprimento contratual (continuação). O dano.

É o primeiro dos pressupostos da responsabilidade civil que deve ser analisado pelo intérprete.

Se o descumprimento não provoca dano, então, o credor carece de interesse para pedir a indenização: o interesse é a medida das ações. Sem dano não há interesse e, tampouco, ação.

Precisamente, definimos o dano como a lesão de um interesse.

Na responsabilidade contratual, a inexecução de suas obrigações pelo devedor lesiona o interesse do credor no cumprimento. Todo credor contrata para satisfazer uma necessidade por meio do acesso a um bem (material ou não material), que é o objeto da prestação comprometida pelo devedor. De forma que o interesse do credor pela satisfação de uma ne-

cessidade humana mediante o bem perseguido² fica prejudicado em virtude do descumprimento da prestação devida pelo devedor.

O interesse afetado pode ser de ordem material (dano patrimonial). Equivale, para o credor, ao prejuízo diretamente sofrido na sua relação com as coisas de seu domínio ou posse ou, indiretamente, com a pessoa, seus direitos ou faculdades (art. 1068, Código Civil).

Desmembra-se o dano emergente – ou valor das perdas sofridas – e lucro cessante – ou valor das utilidades deixadas de serem percebidas (art. 519, Código Civil).

Pode ser, também, de ordem extra-patrimonial (dano moral), cujo ressarcimento se acha expressamente admitido no âmbito contratual (art. 522, Código Civil), perseguindo uma função satisfatória frente aos matices espirituais de sofrimento, etc.

Para os efeitos da ressarcibilidade, é precaução inafastável que ele seja certo. Ou seja, deve interceder certeza quanto à existência mesma, seja presente ou futura. É mister que o **prejuízo** seja real e efetivo e não puramente eventual ou hipotético. Costuma-se, também, ressaltar como requisitos do dano que este seja pessoal ou próprio de quem reclama o ressarcimento e subsistente ao tempo da reparação.

4 - Pressupostos do descumprimento contratual (continuação). A relação de causalidade.

A relação de causalidade, como pressuposto da responsabilidade civil contratual, implica o nexos adequado entre o descumprimento do devedor e o resultado danoso para o credor. Que a inexecução deva ser considerada como antecedente (causa, origem ou gênese) e o dano sua consequência.

De tal nexos jurídico entre causa e efeito, provém a existência e extensão, grau ou intensidade da atribuição de responsabilidade, que em nosso ordenamento se sustenta na teoria da causalidade adequada (arts. 906 e ss., Código Civil).

Ou seja, serão considerados como causados pelo descumprimen-

2 Em resumo, o objeto do dano é sempre um interesse humano.

to somente os danos em relação aos quais aquele é, em geral, idôneo para determiná-los, porque isso, segundo as indicações da experiência, acontece comumente nos casos análogos.

O Código Civil estabelece concretamente quanto aos “danos indenizáveis” (ou extensão do ressarcimento) que, em caso de descumprimento culposo das obrigações contratuais, o devedor somente responde pelas conseqüências imediatas e necessárias, ou seja, aquelas que costumam derivar de um fato segundo o curso natural e ordinário das coisas (arts. 520 e 901, Código Civil).

Por se tratar de conseqüências remotas que em nenhum caso são imputáveis (art. 906, Código Civil), o devedor não responde pelos danos que, na verdade, não têm raiz em seu descumprimento, mas em um fator estranho que rompe o elo causal: caso fortuito ou força maior, ou culpa do próprio credor ou de um terceiro por quem o devedor não deva responder³.

No descumprimento contratual, o “*casus*”, como fator de interferência, além dos requisitos gerais, deve ser superveniente à constituição da obrigação.

A exoneração por caso fortuito é da essência da responsabilidade civil. Sem prejuízo disso, o devedor pode, mediante o pacto de garantia ou cláusula de responsabilidade, assumir antecipadamente as conseqüências do descumprimento contratual, ainda que derivado de caso fortuito ou força maior (art. 513, Código Civil).

Isso implica um dever de indenizar sem relação causal ou, em todo caso, uma ficção de causalidade acordada entre as partes.

5 - Pressupostos do descumprimento contratual (continuação). O fator de atribuição de responsabilidade.

Finalmente, é mister que a responsabilidade possa ser atribuída ao devedor, em conformidade com alguns dos fatores que a lei estabelece, co-

3. O caso fortuito ou força maior, funcionalmente equiparados pelo art. 514 do Código Civil, é “o que não se pôde prever, ou que previsto não pôde ser evitado”. Vem caracterizado pela imprevisibilidade, atualidade e insuperabilidade. A culpa do credor ou de um terceiro estranho configura verdadeiros supostos de caso fortuito ou força maior.

mo base para fundamentar a determinação de que uma pessoa deva indenizar os danos causados.

Claro que para que a lei possa atribuir a um sujeito as conseqüências danosas de seu comportamento, é necessário, ainda antes, que o descumprimento seja voluntário, ou efetuado com discernimento, intenção e liberdade⁴. Os danos derivados do descumprimento involuntário não poderão gerar responsabilidade civil do devedor, ainda que, no entanto, caiba a possibilidade de que fique obrigado a reparar os danos causados ao credor, com fundamento na equidade ou no enriquecimento sem causa (art. 907, Código Civil).

Quando o descumprimento é voluntário, a lei deverá prover o fundamento sobre o qual atribuir a esse comportamento do devedor as conseqüências danosas para o credor. Essa é a função dos fatores de atribuição de responsabilidade, que podem ser objetivos ou subjetivos.

6 - Efeitos do descumprimento contratual do segurador.

A sanção ressarcitória.

Frente ao descumprimento contratual, o ordenamento jurídico atua gerando uma multiplicidade de efeitos, um verdadeiro sistema de reação, tal como acontece sempre que se trata de brindar, em nome da ordem social, uma resposta justa perante as infrações.

Assim é como o descumprimento contratual produz uma série de conseqüências jurídicas: a viabilidade da execução forçada específica quando possível (art. 505, incs. 1º e 2º, Código Civil), a resolução do contrato (arts. 1202 e 1203), a exceção de descumprimento (art. 1201) e a virtualidade das arras convencionadas (art. 1202, Código Civil).

Sem prejuízo dessas outras manifestações da reação jurídica, a

4. A involuntariedade do descumprimento por falta de discernimento tem lugar, nos termos do art. 921 do Código Civil, nos casos de incapacidade (menores de 14 anos), insanidade mental orgânica (demente que não atua em intervalos lúcidos) ou acidental (aqueles que por qualquer acidente estão sem uso da razão). Por ausência de intenção, nos casos de ignorância ou erro escusável, e dolo (vícios da vontade); e por ausência de liberdade, em caso de intimidação (arts. 922 e segs., Código Civil).

consequência do descumprimento, por excelência, consiste na responsabilidade civil do devedor.

Traduz-se na obrigação de indenizar os danos e prejuízos que produz o credor (art. 505, inc. 3º).

Trata-se de *sanção ressarcitória*, como modo de reação do ordenamento jurídico contra o descumprimento contratual.

Congrega, ao mesmo tempo, a finalidade de proteger o credor, de modo que nenhum dano injusto que sofra fique sem reparação digna.

Ou, dito de outro modo, restabelecer a situação de que teria gozado, se não ocorresse o descumprimento. E, por outro lado, tende a sancionar o devedor com a incidência negativa da indenização sobre seu patrimônio, como correlato da infração a um dever jurídico que implica inexecução contratual.

A partir de uma fase eminentemente prática, a indenização, como sanção ressarcitória, gera o problema de sua entidade. Ou seja, quais são os danos indenizáveis e como se determina o ressarcimento: as pautas para fixar o dinheiro, equivalente pecuniário dos danos sofridos pelo credor.

7 - Efeitos do descumprimento contratual do segurador (continuação). A sanção ressarcitória (continuação). Extensão.

O princípio da reparação é uniforme na doutrina e jurisprudência. Segundo esse princípio, a finalidade da indenização consiste em restabelecer o equilíbrio vulnerado pelo descumprimento, para colocar o credor, às custas do devedor – na mesma situação da qual teria usufruído caso não houvesse ocorrido essa inexecução contratual.

Em síntese, o devedor deve ressarcir todo o dano ocasionado pelo seu descumprimento.

No entanto, a extensão do ressarcimento está sujeita aos limites impostos pela regra da causalidade adequada (jurídica), que nosso ordenamento adota, analisando o grau de culpabilidade e previsibilidade do devedor, para fins de definir as consequências do descumprimento pelas quais deve responder.

De maneira que ao devedor que descumpre o contrato, agindo com culpa, somente lhe são atribuídas as consequências imediatas e necessárias

da inexecução (arts. 520 e 901, Código Civil). Enquanto que, se atua dolosamente, também lhe serão imputadas as conseqüências mediatas (arts. 521 e 901).

A obrigação ressarcitória que o juiz deve impor ao devedor é uma dívida de valor.

A liquidação do *quantum* indenizatório em dinheiro tende a restabelecer o equilíbrio patrimonial afetado em razão do prejuízo (tal o conteúdo do crédito ressarcitório do credor). De modo que o juiz deve determinar qual é a quantia que se deve considerar equivalente ao valor lesionado do credor. Isto é, a medida da indenização.

8 - Efeitos do descumprimento contratual do segurador (continuação). Pressupostos de sua responsabilidade pelo descumprimento. O agravante moral. A privação do uso do automóvel.

Fundamentado nos princípios gerais da responsabilidade civil contratual, que regulam, também, a vida do contrato de seguro, verificada a inexecução imputável da obrigação a cargo do segurador, e sempre que haja um dano para o segurado em relação causal adequada com essa inexecução, opera como reação jurídica a sanção ressarcitória, que traduz as chamadas "conseqüências anormais" das obrigações de fonte convencional.

Com relação ao tema, decidiu-se que somente se deve imputar ao segurador aquelas conseqüências que derivam diretamente de sua ação, não todas as conseqüências danosas sofridas pelo segurado. Assim, o descumprimento contratual por parte do segurador não conduz à reparação de um eventual dano moral⁵, nem à indenização pela privação do uso do automóvel⁶, salvo se o mesmo tenha um destino comercial e que

5. CNCom., Sala C, 24-VIII-1992, "García, J. c/Amparo Cía. de Seg.", *D.J.*, 1992-2-916. Em sentido contrário: CNCom., Sala E, 15-VI-1987, "Fourcade, R. c/La Universal Cía. de Seg." (inédito).

6. CNCom., Sala C, 6-VI-1994, "Mottola, A. c/Omega Coop. de Seg.", *L.L.*, 1994-D-300; CNCom., Sala D, 20-XII-1990, "Sitta, C. c/La Fortuna S.A. de Seg.", *J.A.*, 1994-III-síntesis; CNCom., Sala E, 22-VI-1995, "Miraglia, D. c/Libertad Cía. de Seg." (inédito).

o sinistro haja provocado um prejuízo patrimonial consistente no que se deixou de perceber⁷.

Restam, em favor do segurado, os meios legais para obter a satisfação de seu crédito por via da execução forçada prevista pelo artigo 505-1 do Código Civil.

9 - Inexecução contratual pela mora do segurador.

No contrato de seguro a inexecução adquire virtualidade jurídica. Desde que a prestação seja líquida e exigível, o segurador fica automaticamente constituído em mora (art. 51, LS). A jurisprudência, inclusive, tem interpretado que a seguradora incorre em mora de pleno direito, ainda quando não se tenha chegado ao vencimento dos prazos legais ou convencionais, nos casos em que adianta sua vontade de não executar a prestação comprometida. Isso ocorre, por exemplo, quando se nega injustificadamente a pagar a indenização⁸, pois isso revela a intenção acabada de não cumprir com nenhum prazo.

Além disso, tem-se decidido que o descumprimento da prestação contratual de cobertura pelo segurador, em princípio, pode ser julgado como doloso, porque esse é o qualificativo que em direito corresponde à inexecução de um contrato. A não ser que o contratante que descumprir o contrato demonstre que dispunha de elementos que tornavam injustificada ou, pelo menos, duvidosa a reclamação do segurado, que descumpriu o contrato somente com culpa, ou que sobreveio a impossibilidade de satisfação do débito, do que se pode deduzir que todo segurador infrator da dação de cobertura deve ressarcir o maior dano⁹.

7 CNCom., Sala E, 13-III-1998, "Prieto, C. c/Congreso Cía. de Seg.", *D.J.*, 1998-3-487.

8. CNCom., Sala C, 27-XI-1980, "Marco con Sociedad Rural de Cerealistas Cía. Argentina de Seguros", *E.D.*, 92-371; CNCom., Sala C, 6-II-1981, "Pugach c/Omega Coop. de Seguros Ltda.", *E.D.*, 93-511; CNFed. Civ. e Com., Sala III, 24-III-1982, "Sapgnolo c/Caja de Ahorro y Seguro", *E.D.*, 101-658.

9. CNCom., Sala D, 31-III-1987, "Paredes, G. c/Resguardo Cía. de Seg.", *L.L.*, 1987-D-167.

**10 - Descumprimento contratual por mora do segurador
(continuação). Conseqüências da mora.
A exoneração convencional.**

A reparação do maior dano derivado do descumprimento pressupõe a existência de mora por parte do segurador, ou seja, quando não tenha sido liquidado o sinistro, ou não tenha sido feito em tempo oportuno, nos prazos previstos legalmente, ou quando tenha sobrevivido erro, abuso ou arbitrariedade no processo de valoração do dano. A responsabilidade do segurador decorrente da inexecução morosa não se pode exonerar convencionalmente segundo dispõe o art. 50, Lei de Seguros, sob pena de nulidade.

A solução demonstra que o legislador aceitou a idéia de que uma cláusula de exoneração de responsabilidade constitui um abuso da posição dominante, uma fratura incompatível com o princípio comutativo, uma ampliação dos direitos do segurador ou, se assim se preferir, a supressão dos direitos do segurado. Na vigência da Lei de Defesa do Consumidor, a referida cláusula "será tida como não pactuada" nos termos do art. 37, inciso 'a', da Lei 24.240.

A nulidade a que alude o art. 50 da Lei de Seguros brinda um notório amparo ao segurado, que se faz necessário principalmente quando, como acontece no contrato de seguro, essas estipulações são incluídas por meio de técnicas de predisposição unilateral do conteúdo negocial¹⁰.

**11 - A reparação integral como o maior dano derivado
da inexecução. Carga probatória. O dano emergente.
O lucro cessante. O dano moral.**

A responsabilidade produz como conseqüência, junto à execução forçada em si mesma, que a seguradora assuma todos os danos su-

10. Com relação ao tema, tem-se decidido que a mora do segurador deixa sem embasamento lógico jurídico as cláusulas do contrato de seguro que são excludentes de rubros indenizatórios, levando em conta que elas não regulam os casos de descumprimentos injustificados (CNCom., Sala C, 10-VIII-1990, "Medina, P. c/El Sol Argentino Cía. de Seg.", *L.L.*, 1991-A-178; *D.J.*, 1991-I-503).

pervenientes¹¹, cuja prova recai sobre o segurado, que deverá trazer elementos que atestem com precisão a existência, a entidade e o vínculo causal dos danos reclamados¹².

Daí que se sustente que a seguradora, que não pagou no prazo a indenização, está obrigada a satisfazer o lucro cessante¹³ e o dano emergente que o credor (segurado) prove haver sofrido pela mora¹⁴, como são os arrendamentos que teve que pagar o segurado por causa do incêndio de sua moradia¹⁵, ou o prejuízo patrimonial que resulta da falta de pagamento da indenização devida pelo segurador se o veículo segurado tinha uma finalidade comercial¹⁶.

Quanto ao dano moral, tem-se decidido que a falta de pagamento da indenização convencionada por parte do segurador carece de virtualidade para fazê-la procedente, se não for produzida prova positiva e precisa da existência do dano que alega¹⁷. Tudo isso, sem prejuízo de afirmar-se que, na espécie, ganha especial relevo a obrigação de satisfazer, complementarmente, os interesses moratórios (art. 622, Código Civil) e, no final, a reparação do maior dano produzido pela mora¹⁸, na medida em

11. CNCom., Sala A, 8-VII-1992, "Vera, A. c/Amparo Cía. de Seg." (inédito).

12. CNCom., Sala C, 15-VII-1997, "Fernández, C. c/Seguridad Coop. de Seg.", *L.L.*, 1997-F-987, jurisp. agrup., caso 12.248.

13. CNCom., Sala E, 13-III-1998, "Prieto, C. c/Congreso Cía. de Seg.", *D.J.*, 1998-3-487.

14. CNCom., Sala A, 13-X-1989, "Magneres, V. c/Cía. Arg. de Seg. Apolo", *J.A.*, 1990-II-100; CNCom., Sala C, 15-VII-1997, "Fernández, C. c/Seguridad Coop. de Seg.", *L.L.*, 1997-F-987, jurisp. agrup. caso 12.247; *E.D.*, 175-206.

15. CNCom., Sala E, 9-X-1990, "Chao, F. c/La Hispano Arg. Cía. de Seg." (inédito).

16. CNCom., Sala E, 13-III-1998, "Prieto, C. c/Congreso Cía. de Seg.", *D.J.*, 1998-3-487; *E.D.*, 179-249.

17. CNCom., Sala C, 31-X-1994, "Gilburt, M. c/Paraná S.A. de Seguros", *J.A.*, 1996-IV-síntesis.

18. CNCom., Sala B, 30-V-1979, "Gagliolo c/Aseguradora de Río Negro y Neuquén Cía. Arg. de Seguros", *L.L.*, 1979-C-501; CNCom., Sala D, 31-III-1987, "Paredes, G. c/Resguardo Cía. de Seg.", *L.L.*, 1987-D-167; Cám. Apel. Civ. y Com. Rosario, Sala IV, 6-VIII-1987, "Szpac, F. c/La Universal Cía. de Seg.", *J.*, 81-55; CNCom., Sala A, 23-III-1990, "Pellegrini, E. c/Unión Comerciantes Cía. de Seg.", *L.L.*, 1990-D-397; CNCom., Sala A, 25-II-1993, "Carnevale, D. c/Scovazzi, V." (inédito); CNCom., Sala C, 18-VIII-1994, "Gómez, J. c/Cía. Arg. de Seg. Anta" (inédito); CNCom., Sala C, 29-IV-1996, "Scaramuzza de Robla, J. c/Autolatina Argentina", *L.L.*, 1997-C-995, jurisp. agrup., caso 11.554.

que derive como consequência adequada da inexecução, nos termos dos arts. 519 e seguintes do Código Civil¹⁹.

Assim, tem-se decidido que quando o segurador não observa a obrigação de liquidar o dano com toda diligência e procede sua determinação recorrendo a uma conduta que se traduz em dilação ou em comportamento negligente de sua ação, deverá ressarcir ao segurado os maiores danos derivados de seu proceder incorreto²⁰.

12 - Consequência da mora (continuação).

A repotenciação do capital.

Antes da sanção da lei 23.928, a jurisprudência plenária do foro comercial da Capital Federal havia se pronunciado no sentido de que "na demanda proposta pelo segurado contra sua seguradora pela cobrança da indenização, anterior à vigência da Lei 23.928, procede a repotenciação do capital segurado desde a data do sinistro"²¹.

13 - Consequências da mora (continuação).

Os interesses moratórios como o "maior dano" derivado do descumprimento contratual. A conduta processual do segurador.

Contrariamente ao exposto no parágrafo anterior, deve-se advertir que é minoritária a doutrina jurisprudencial que, interpretando estritamente o art. 622 do Código Civil, sustenta que todos os danos e prejuízos ficam compensados somente por meio dos juros moratórios²². Assim, de-

19. CNCom., Sala C, 15-VII-1997, "Fernández. C. c/Seguridad Coop. de Seg.", *E.D.*, 175-206.

20. CNCom., Sala B, "Bilo, A. c/Atlantis Cía. de Seg.", *J.A.*, 1984-III-57.

21. CNCom., em plenário, Capital Federal, 5-IX-1994, "Miranda, J. c/Cía. de Seg. Unión Comerciantes", *J.A.*, 1994-IV-342.

22. CNCom., Sala C, 27-VIII-1962, "Heredia c/Fénix del Río de la Plata Cía. de Seguros", *E.D.*, 5-486; CNCom., Sala D, 2-VII-1990, "Braccio, S. c/Fides Cía. de Seg.", *J.A.*, 1991-II-331; CNFed. Civ. y Com., Sala I, 10-XII-1992, "Lepera, S. c/Caja Nac. de Ahorro", *J.A.*, 1994-III-síntesis; CNCom., Sala C, 29-IV-1996, "Scaramuzza de Robla, J. c/Autolatina Argentina", *L.L.*, 1997-C-995, *jurisp. agrup.*, caso 11.554.

cidou-se em uma pretensão deduzida pelo segurado contra o segurador pela indenização reclamada no caso de furto de um veículo usado como táxi, “que resulta improcedente supor os ressarcimentos da privação do capital representativo do veículo, com o do prejuízo constituído pela privação da tendência do mesmo, porque os acessórios da cobertura, merecidos desde o momento em que devia ser paga, fazem operar aquela como dada idealmente nesse tempo e, portanto, excluem a existência de outro dano transitório e reparável”²³.

Além disso, se o descumprimento decorre da “conduta processual maliciosa do devedor (segurador), tendente a dilatar o cumprimento da obrigação de dar somas de dinheiro ou que deva resolver-se no pagamento de dinheiro, os juízes poderão impor como sanção a obrigação acessória de pagamento de juros que, unidos aos compensatórios e moratórios, poderão chegar até duas vezes e meia a taxa dos bancos oficiais em operações de descontos ordinários” (art. 622, Código Civil).

14 - Conseqüência da mora (continuação).

Os juros moratórios como o “maior dano” derivado do descumprimento contratual (continuação).

Seguro automotor e a suposição de perda total.

Sobre o assunto em questão, tem-se decidido que “dado que a obrigação do segurador uma vez ocorrido o sinistro – no caso, a perda total do veículo segurado – consiste em dar uma soma de dinheiro, corresponde a aplicar o art. 622 do Código Civil e **desconsiderar a quantia reclamada a título de danos e prejuízos derivados do descumprimento contratual**”²⁴. Com a finalidade de fundamentar nossa discordância em relação ao pronunciamento precedente, remetemo-nos ao supra exposto.

23. CNCom., Sala D, 23-VI-1994, “Medina, M. c/La Uruguaya Cía. de Seg.” (iné-dito).

24. CNCom., Sala B, 9-IX-1997, “Conturier de Ruiz, N. c/La Nueva Coop. de Seg.”, L.L., 1998-E-835, jurisp. agrup., caso 13.272.

**15 - Conseqüências da mora (continuação). O maior dano derivado do descumprimento contratual (continuação).
Curso dos juros.**

O princípio geral consiste em que o curso dos juros opera desde o descumprimento da obrigação (art. 622-1, Código Civil), que deve ser executada dentro dos quinze dias da fixação do montante da indenização oferecida, uma vez vencido o prazo do art. 56, da Lei de Seguros²⁵.

Pela aplicação do exposto, a determinação do dano fica, em algumas ocasiões, diferida no tempo e, com ela, o curso dos juros.

Assim, tem-se decidido que se as reparações derivadas de um acidente de trânsito não foram realizadas e, conseqüentemente, pagas, não se configurou a produção do dano que justifique o início do curso dos juros moratórios desde aquele momento. Assim, tal liquidação deve ser computada desde a data da sentença de primeira instância que dispõe sobre o pagamento²⁶.

**16 - Conseqüências da mora (continuação).
O maior dano derivado do descumprimento
contratual e o seguro automóvel.**

No sentido indicado anteriormente, tem-se resolvido que o maior dano outorgado no seguro automóvel por causa da indisponibilidade do veículo, ocasionada pelo descumprimento do segurador, é procedente quando se trata da reposição do bem²⁷.

25. En contra, CNFed. Civ. e Com., Sala I, 15-IV-1997, "Ocello, C. c/Caja Nac. de Ahorro", *L.L.*, 1997-C-995, jurisp. agrup., caso 11.555, quem sustenta que "no caso de indenização devida em virtude de um contrato de seguro, os créditos se aplicam a partir da mora, razão pela qual - no caso - devem correr desde a notificação da demanda".

26. CNCiv., Sala C, 19-XII-1996, "Scardillo, M. c/Rabelino, C.", *L.L.*, 1997-C-995, jurisp. agrup. caso 11.559.

27. CNCom., Sala D, 31-III-1987, "Paredes, G. c/Resguardo Cía. de Seg.", *L.L.*, 1987-D-167.

Já mais especificamente, decidiu-se pelo acolhimento da pretensão ressarcitória em favor do segurado privado do uso do veículo, quando o prejuízo deriva da culpa inescusável do segurador que, ao considerar o sinistro parcial e não total, motivou a propositura da ação²⁸.

Além disso, o maior dano sofrido pelo descumprimento contratual, no caso a diferença do valor entre a soma segurada e o custo de reposição atual de um veículo de características similares ao sinistrado²⁹.

Decidiu-se, também, em favor da indenização por indisponibilidade da unidade, quando o segurador afrontou tardiamente a entrega das peças que deveriam ser empregadas para a substituição das partes afetadas e selecionou oficina que efetuou o trabalho de forma deficiente³⁰.

Francisco José Moesch

Coloco à disposição dos senhores para perguntas.

José Armando da Glória Baptista

Existe um projeto de lei em trâmite na Câmara dos Deputados, já aprovado pela Comissão de Defesa do Consumidor, que estabelece um prazo de 30 dias para que as seguradoras procedam ao pagamento de toda indenização decorrente, a contar do aviso de sinistro. Esse mesmo projeto estabelece que, nesses 30 dias, não havendo pagamento, a companhia deve avisar ao segurado por escrito, que terá 5 dias para retornar uma discordância dessa recusa. E, se o segurado discordar dessa recusa, a seguradora terá que promover uma ação consignatória do valor do seguro. Esse projeto de lei não distingue para qual seguro seria aplicado. Gostaria de saber o que o professor pensa sobre o conteúdo desse projeto.

28. CApel. Civ. y Com. Rosario, 26-X-1987, "San Cristóbal Soc. de Seg. c/Psella de Varvello, N.", *L.L.*, 1989-D-4.

29. CNCom., Sala A, 23-III-1990, "Pellegrini, E. c/Unión Comerciantes Cía. de Seg.", *L.L.*, 1990-D-397.

30. CNCom., Sala C, 25-IV-1995, "Status Pinamar S.R.L. c/Sud América Cía. Arg. de Seg." (inérito).

Rubén Stiglitz

Muito obrigado pela pergunta. Paralelamente, na Argentina há um projeto de lei de modificação da legislação securitária. Surpreendi-me, pois pensava que o Brasil iria ter uma lei de seguros. Creio que sua pergunta antecipa sua resposta, pois quem supõe que um seguro de dano patrimonial ou um seguro pessoal podem ser pagos no mesmo prazo sempre se equivoca. O seguro pessoal universalmente tem um prazo fixo de pagamento e, em todo direito comparado, será contado a partir do aviso de sinistro. Mas, em seguro de danos patrimoniais, não se pode de nenhuma maneira fixar-se um prazo desde a data do sinistro nem da data do aviso de sinistro. O segurador pode não estar absolutamente convencido de que ocorreu o sinistro, pode não estar convencido das circunstâncias, pode requerer informações complementares sobre a extensão dos danos. Pensem, por exemplo, em um incêndio onde foram queimados os livros de comércio, que é o caso mais comum na Argentina. Quando se produz um sinistro, ou o fazemos bem ou não o fazemos. Pensem em um seguro de roubo. Em um seguro de conteúdo de caixa de segurança de bancos. Como se vai pagar a indenização se o segurador realmente ignora a extensão real dos danos. Dessa forma, me chama a atenção que esse projeto tenha passado favoravelmente pela Comissão de Defesa do Consumidor. Isso é grave. Tão grave que não posso acreditar. Estou em total desacordo com semelhante generalização. Conto como é em meu país, para que vocês possam tomar como ponto de referência. Na Argentina existe um prazo para que o segurador se pronuncie, que é de 30 dias, e somente poderá ser suspenso por uma única razão. Existe uma cláusula de caducidade final que diz que a falta de pronunciamento opera de pleno direito a aceitação da denúncia do segurado. O prazo somente poderá ser suspenso por uma única vez, para verificar o sinistro ou a extensão do dano. Uma vez vencido esse prazo, opera a mora automática. Mas não ocorre da mesma forma para o seguro de pessoas e para o de danos patrimoniais. Para o seguro de pessoas, talvez o prazo seja excessivo. Para seguro de danos patrimoniais não se pode estabelecer um prazo fixo.

Voltaire Giavarina Marensi

Queria complementar a pergunta do nobre colega, esclarecendo que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a mora injustificada

da seguradora no pagamento da indenização, seja qual for o tipo do contrato de seguro, implica a obrigação de pagar a indenização pelos prejuízos dela resultantes. Ou seja, aplica-se o conceito de mora do Código Civil, bastando que, uma vez interpelada judicialmente ou extrajudicialmente, a seguradora deixe de adimplir, num prazo adequado.

Rubén Stiglitz

Muito obrigado, Voltaire. Inverto a pergunta. Quais são os ressarcimentos aceitos pelos Tribunais do Brasil para quando há mora do segurador. É integral?

Voltaire Giavarina Marensi

Pediria ao Dr. Ernesto que esclarecesse.

Ernesto Tzirulnik

De regra as decisões condenam as seguradoras ao ressarcimento integral. Há decisões, porém, que resumem a indenização aos juros. Tais decisões, salvo engano nascidas a partir de lides relacionadas a seguros de vida acabaram migrando para o seguro de danos e partem do pressuposto, aliás evidentemente equivocado, de que a dívida do segurador seria de dinheiro e não de valor. Representam, contudo, uma corrente também minoritária, a exemplo do que o amigo Stiglitz esclareceu passar-se na Argentina. Quero aproveitar a palavra para dizer que entendo que deva sim existir um sistema de prazos para o pagamento das indenizações pertinentes aos seguros de danos. Isso, a meu ver, depende de uma boa ajustada das regras relativas à regulação do sinistro. Combinando-se ambas, regras pertinentes à regulação e regras pertinentes ao tempo do pagamento da indenização, creio que poderiam ser prevenidos conflitos e solucionadas inúmeras lides.

Francisco José Moesch

Professor José Maria Paredes, como é na Espanha?

José Maria Muñoz Paredes

Na Espanha, o tema suscita problemas no campo segurador, pois os juros, quando há mora, são altos e não deixam de ser considerados nem quando a seguradora consigna a máxima indenização prevista. Isso dá lugar, em virtude da duração dos processos, para que as indenizações praticamente se tripliquem. O legislador espanhol, em 1995, modificou as normas da mora da lei de seguros, art. 20, e tentou colocar uma medida mais suave para os seguradores no lugar de um juro moratório de 20%. Incluíu uma regra de cálculo que dava lugar, em princípio, a juros menores. Mas, como se demonstrou, não se conseguiu a diminuição do prejuízo que pode recair sobre o segurador em função da recusa, em aparência, justificada do pagamento da indenização pelo sinistro. Creio que não há na Europa nenhum país que tenha resolvido de forma satisfatória o problema da mora do segurador. Creio também que será muito difícil a solução, pois vivemos em uma época em que são recebidas muitas cartas nas quais o segurador "lamenta comunicar". São tantos os sinistros recusados sem uma causa justificada que o legislador não tem outro remédio que não seja pressionar os seguradores para que atendam essas indenizações e evitem um pleito em que, tendo altos juros, incorram em mora de forma rápida.

Ernesto Tzirulnik

Salvo equívoco, sei que a lei de seguros espanhola em seu art. 36 ou 38, não me recordo, estabelece como se procede a regulação do sinistro e existem duas figuras envolvidas: o regulador do segurado e o regulador do segurador. É assim?

José Maria Muñoz Paredes

Assim é a lei.

Ernesto Tzirulnik

No Brasil, temos uma situação diferente. O regulador é o "regulador do segurador" e em raríssimas exceções há uma intervenção de pe-

rito assistente do segurado. A regra espanhola; em que medida ela contribui para solucionar o problema?

José Maria Muñoz Paredes

Ela não soluciona o problema em absoluto. A lei sobre o contrato de seguro espanhol está neste ponto separada da realidade. Nenhum segurado espanhol nomeia seu regulador e isso se deve a um duplo problema. Primeiro, a ignorância, isto é, os segurados desconhecem que podem nomear um perito. Segundo, um aspecto econômico: o custo disso. Não se alcança um resultado positivo.

Francisco José Moesch

Professor Medina tem a palavra.

Pablo Medina de Magallanes

Quero contar rapidamente como é a questão no México, porque não temos o problema que aqui é levantado. O art. 69 da Lei de Seguros estabelece que é responsável o segurado pela entrega de toda documentação que requeira a seguradora para comprovar as circunstâncias do sinistro e conseqüências deste. Por sua vez, o art. 71 da mesma lei diz que o crédito nascerá para o segurado a partir do trigésimo dia útil da entrega da última documentação ou informação. Equipara tanto os seguros de vida como os de danos, o que, para efeitos práticos, tem sido muito útil, ou seja, não temos problemas quanto à mora nos casos em juízo. Evidentemente, quando não há intervenção judicial e o pagamento é feito depois dos trinta dias as seguradoras não costumam querer pagar os juros, mas, quando se vai a juízo, os julgadores com total normalidade condenam ao pagamento de juros moratórios a partir do trigésimo dia posterior à data na qual ficou demonstrada a entrega de toda a documentação.

Francisco José Moesch

Sr. Francisco Artigas, passo-lhe a palavra.

Francisco Artigas

O problema é quando o prazo é curto, pois se o prazo é longo, o problema não se apresenta mais, pois se consegue realizar a investigação nos seguros de danos patrimoniais. No caso do Chile, o prazo estabelecido por lei é de noventa dias para a liquidação de um seguro de danos patrimoniais e pode ser prorrogado por outros trinta com comunicação à Superintendência. De forma que é tempo suficiente para a investigação das circunstâncias que vão determinar como ocorreu o sinistro e sua quantia para efeito de indenização. Por isso que tampouco se apresenta em meu país o problema de mora do segurador.

Ernesto Tzirulnik

Em casos nos quais o segurado precisa com urgência da prestação indenizatória, por exemplo, para retomar suas atividades, esse sistema de prazo pode ser bom, mas para isso vai depender de um efetivo e parcimonioso sistema de adiantamentos. Muito obrigado.

A MORA DA SEGURADORA E O CONTROLE DA REGULAÇÃO DE SINISTRO PELA RESSEGURADORA

*PAULO LUIZ DE TOLEDO PIZA*¹

Des. Francisco José Moesch

Passamos à mora do ressegurador. Com a palavra o professor Paulo Luiz de Toledo Piza.

Paulo Luiz de Toledo Piza

Boa tarde a todos. É uma honra especial falar logo em seguida ao professor Rubén Stiglitz, com ele dividindo um mesmo tema. Não tenho nem poderia ter a pretensão sequer de secundá-lo. Por isso, vou abordar o tema da mora do ponto de vista das relações entre segurador e ressegurador, e não do ponto de vista das relações entre o segurado e o segurador. Mais especificamente, vou tratar do tema da mora do segurador, tendo em vista as situações em que este se sujeita ao controle da regulação de sinistro pelo ressegurador.

1. Doutor em Direito da Universidade de São Paulo. Sócio fundador e atual 1º Vice-Presidente do IBDS – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro.

Muito se vem discutido, na literatura internacional, acerca das chamadas *cláusulas de controle ou cooperação*, inseridas em contratos de resseguro, por meio das quais, em graus variados de intensidade, admite-se uma espécie de elo, ou *link*, para usar palavra na moda, entre um contrato de seguro e um contrato de resseguro. Uma das mais conhecidas dessas cláusulas é a *claims control clause*, que implica, em algumas de suas formulações, a necessidade da emissão, pelo ressegurador, de autorização ao segurador seu ressegurado para a liquidação de determinado sinistro, ao alcance do contrato de seguro por ele celebrado com um segurado.

É curioso notar que, nessa matéria, o mercado brasileiro, se não é pioneiro na adoção desse regime de controle, tem ao menos larga experiência nas disfunções que ele em geral hospeda. Curioso, porque a sujeição da atividade ressecuritária, entre nós, ao monopólio do hoje denominado IRB Brasil Resseguros S.A., poderia fazer pensar, à primeira vista, considerada ainda a cordialidade que nos caracteriza, na nossa insipiência quanto às mais modernas práticas ressecuritárias. Mas foi justamente em razão do monopólio que viemos a travar, de longa data, conhecimento cotidiano do alcance e implicações das *claims control clauses*, ou melhor, do alcance e implicações do exercício, entre nós reservado em lei ao ressegurador, do controle das atividades do segurador relacionadas às reclamações de sinistros a ele endereçadas por seus segurados.

Em outros termos, o controle das reclamações de sinistro pelo ressegurador sempre foi, ao menos neste país, instrumento da ação monopolista, em matéria ressecuritária. Ora, para a conclusão de que o emprego desse mesmíssimo instrumento de intervenção estatal, por resseguradores privados, poderia indicar uma ação monopolista privada, ou oligopolista, basta um passo. Nesse sentido, não seria demasia considerar, na ordem internacional, o alto grau de concentração empresarial no setor de resseguro, concomitante com a difusão do emprego, sobretudo em relação aos chamados “grandes riscos”, daquelas cláusulas de controle.

Seja como for, essa realidade imbrica-se com o tema da mora do segurador, pois muitas vezes a mora do segurador na liquidação de determinado sinistro pode decorrer do fato de estar ele submetido à emissão, pelo ressegurador, de autorização para que proceda ao pagamento da indenização reclamada, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se a multas e à perda do direito à recuperação ressecuritária. Isto pode soar estranho, espe-

cialmente a ouvidos estrangeiros, mas não são poucos os casos desse teor que vêm se verificando ultimamente no país — e não há porque duvidar de que, mesmo sobrevivendo a abertura do mercado ressegurador no Brasil à exploração privada, não se assista à mesma situação, desde que, evidentemente, venha-se a entender lícita a estipulação, pelos agentes privados, de cláusulas de controle de forte teor.

A essa discussão é que se pretende dedicar, nesta ocasião. Não se irá, doravante, discutir, propriamente, a extensão da responsabilidade do segurador perante o segurado quando se constata a sua mora, mas sim a responsabilidade do ressegurador perante o segurador e, eventualmente, perante o segurado, quando àquele é imputada mora na liquidação de sinistros, que possa eventualmente ter decorrido do exercício do controle ou da direção do procedimento de regulação de sinistros pelo ressegurador.

Abra-se, no entanto, um breve parêntese para considerar que a chamada mora do segurador no pagamento da indenização securitária, diferentemente do que consta de algumas decisões judiciais brasileiras,² não tem, a rigor, cunho extracontratual, e sim contratual. Essa consideração, todavia, não é feita, aqui, com intuito deletério, pois já se tem por superada, modernamente, a dicotomia entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. Essa consideração é feita, aqui, porque dá azo a uma outra discussão, fundamental para a análise do tema ora em apreço, qual seja, a qualificação da situação jurídica passiva do segurador em relação à regulação de sinistros, ou melhor, se aí se trata de mero ônus, ou de autêntico dever.

Antes disso, porém, 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,³ a regra do art. 955 do Código Civil é claríssima: está também em mora o devedor que não cumpre a

2. Vejam-se, p. ex., o acórdão proferido nos autos da Apelação Cível 280.247-1/4, publicado na coletânea *Seguro*, Rio, Esplanada, ADCOAS, Série Jurisprudência, 1ª ed., 1997, pp. 28 e 29, e o acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 69.057-1, publicado na *Revista dos Tribunais*, v. 618, pp. 50-55.

3. Cf. Fábio Konder Comparato, "A mora no cumprimento de obrigações contratuais pecuniárias e suas conseqüências", in *Direito Empresarial: Ensaios e Pareceres*, S. Paulo, Saraiva, 1990, p. 365.

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”.⁴

Consigne-se, a par do acima, que já se confirmou, na jurisprudência do país, que a obrigação do devedor de arcar com as conseqüências da sua mora independe de previsão legal ou contratual. Ou seja, não só o delito, mas também o ilícito contratual, por si só, implica o dever de arcar com as conseqüências da mora, inclusive no que diz respeito à mora no cumprimento das obrigações contratuais pecuniárias, da qual, segundo os mesmos julgados, é inerente a responsabilidade do devedor pela correção monetária.⁵ Nossa jurisprudência consagrou, em outros termos, a unidade essencial de fundamento entre a responsabilidade civil contratual e a responsabilidade civil extracontratual, “não obstante certas discrepâncias pontuais de regime jurídico, entre uma e outra”.⁶

4. *Idem*, p. 366.

5. Vejam-se, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, os acórdãos proferidos nos autos do Recursos Extraordinários nº 110.436, nº 107.603 e nº 112.265, relatados pelo Min. Francisco Rezek, publicados, respectivamente, na RTJ 121/761, RTJ 121/1158 e RTJ 122/419, mencionados pelo autor citado nas notas anteriores. A Súmula nº 562, do STF, que estabelecia a correção monetária no caso das indenizações de danos materiais decorrentes de ato ilícito, foi portanto estendida ao campo dos contratos, independentemente de estes preverem, ou não, dita correção. Esse entendimento manteve-se firme no Superior Tribunal de Justiça, como exemplifica, com clareza, o acórdão proferido nos autos do Recurso Especial nº 55.539, publicado no Diário da Justiça de 07.08.1995, relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Considere-se, não obstante, que a mesma Corte já decidiu, no acórdão publicado nos autos do Recurso Especial nº 5.213, publicado no Diário da Justiça de 07.10.1991, relatado pelo Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, que “nos contratos sinalagmáticos, em que incidente a *exceptio non adimplenti contractus*, permitido é ao contratante retardar o adimplemento de sua obrigação enquanto o outro não satisfaz a sua”.

6. Fábio Konder Comparato, *op. cit.*, p. 367.

Sem embargo, o registro feito de que já se houve por qualificar como hipótese de responsabilidade "extracontratual", o retardamento do segurador no cumprimento de sua obrigação de pagar a indenização securitária parece indicar o propósito de distinguir a obrigação do segurador de pagamento da indenização securitária da sua eventual obrigação de reparar prejuízos atinentes à regulação de sinistro. Assim, por exemplo, como se lê nos acórdãos citados, o segurador, não liquidando o sinistro no tempo que seria de esperar, haveria de responder não apenas pela reposição do prejuízo garantido, mas também pelos eventuais lucros cessantes advindos para o segurado do sinistro, a despeito de estes serem compreendidos como risco excluído no contrato de seguro.

Ora, a circunstância de estarem excluídos do alcance da cobertura securitária os lucros cessantes, para laborar com a mesma hipótese fática, não pode significar que a responsabilização do segurador em repará-los seja extracontratual, isto é, tenha fundamento delitual. Significa simplesmente que não pode derivar do descumprimento das cláusulas contratuais que delimitam a garantia securitária. A responsabilidade da seguradora, em outros termos, não deixará, também no caso sob comento, de relacionar-se ao descumprimento do contrato, à inexecução de um dever inerente ao ajuste securitário, compreendido como "regra negocial" típica.⁷ Tal dever consiste, precisamente, no *dever* do segurador de proceder à regulação do sinistro.

Trata-se mesmo de um dever, e não meramente de um ônus. No estágio atual da dogmática jurídica sustenta-se que o ônus, tal qual a obrigação, é uma relação de sujeição; porém, enquanto no ônus há a possibilidade da escolha entre o sacrifício de um interesse próprio e o alheio, na obrigação não há essa alternativa. A distinção é importante, porque, tratando-se de ônus, o titular do interesse não tem ação para exigir a satisfação

7. A expressão "regra negocial" é empregada, por exemplo, por Frederico de Castro, *El Negocio Jurídico*, Madri, IEJ, 1969. Conforme o autor, os contratos não são o que dizem as partes, mas o que verdadeiramente corresponde à sua essência e significado, de maneira que a verdadeira tarefa do intérprete consiste em determinar, precisamente, a "regra negocial", ou seja, o tratamento que dá o direito à declaração de vontade — o que pode gerar a aplicação de uma regulação jurídica diferente da pretendida pelas partes.

do seu interesse, ao passo que, tratando-se de obrigação, diferentemente, o titular pode exigir judicialmente o cumprimento da prestação.⁸

Ora, é usualmente necessária, em matéria de seguro de danos, a prévia liquidação dos prejuízos decorrentes dos sinistros avisados ao segurador. Mais não fosse, isto é decorrência do princípio indenitário, que rege a disciplina contratual em questão. Nos seguros de danos, o pagamento da indenização, ao menos no Brasil, é sempre precedido de sua liquidação, de forma que se possa ajustá-la ao exato montante dos prejuízos sofridos pelo segurado, dentro dos limites da garantia. Portanto, ao providenciar a regulação do sinistro, o segurador não o faz apenas no seu interesse próprio, mas também no interesse do segurado. É claro que ele tem interesse em não pagar além do necessário à reposição das perdas, mas o segurado tem direito de ser indenizado à exata proporção destas, até o limite do contrato de seguro.

Sendo assim, inviável qualificar como ônus do segurador a regulação do sinistro. Tem-se, aí, realmente, autêntico dever. Na expressão de Ernesto Tzirulnik, trata-se da “dívida regulatória” a cargo do segurador, perante o segurado. Para ele, aliás, a literatura técnica “confirma uma vez mais a validade da proposição segundo a qual a regulação de sinistro “é um procedimento de prestação de serviço integrante da dívida do segurador perante o segurado, destinado à confirmação da existência e à precisão do conteúdo da dívida indenizatória, que deve ser solvida, o mais prontamente possível e sem ofensa aos interesses transindividuais que caracterizam a obrigação, de forma a se atingir o seu cumprimento exato e a conseqüente satisfação do consumidor ou titular do interesse segurado”.⁹

Cuida-se, enfim, de um dever do segurador, que emerge da relação obrigacional securitária, o de regular e, tão-logo apurados os prejuízos, pagar a indenização. Entretanto, por meio da inserção, em contratos

8. Cf., sobre o tema, F. Carnelutti, *Teoria Generale del Diritto*, Roma, Foro Italiano, 1951, pp. 170-175. Cf. tb. J. C. Moitinho de Almeida, *O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado*, Lisboa, Sá da Costa, esp. p. 60 e ss. e, entre nós, cf. Fábio Konder Comparato, *O Seguro de Crédito*, S. Paulo, RT, 1968, p. 119 e ss., e Vera Helena de Mello Franco, *Lições de Direito Securitário*, S. Paulo, Maltese, 1993, p. 57.

9. *Regulação de Sinistro*, S. Paulo, Max Limonad, 2001, pp. 93-94.

de resseguro, de cláusulas de controle ou cooperação – conforme o registro feito anteriormente – acontece por vezes de o segurador encontrar-se sujeito a decisão pelo ressegurador. Essas cláusulas podem ter diferente intensidade, conforme o grau de sujeição do segurador a seu ressegurador, em alguns casos não consistindo senão na ratificação do “dever de informação” do segurador para com o ressegurador.¹⁰

Na literatura internacional, em especial na Espanha, as discussões em torno dessas cláusulas ganharam corpo após a publicação de um polêmico artigo de Álvaro Muñoz Lopez, intitulado “Desnaturalización del Contrato de Reaseguro”.¹¹ Para este autor, as cláusulas de controle e cooperação podem ser de tal envergadura, a ponto de provocar uma *desnaturalización* do contrato de resseguro, vinculando diretamente segurado e ressegurador. É o caso, por exemplo, das chamadas *cut-through clauses*, que estabelecem para o ressegurador a obrigação de pagar diretamente ao segurado a indenização, se este assim lhe solicita, como também das chamadas *simultaneous payment clauses*, que estabelecem que o segurador, em caso de sinistro, nada irá pagar ao segurado, até que tenha recebido do ressegurador a recuperação concernente. O ponto central da argumentação de Álvaro Muñoz, portanto, está na quebra da autonomia do contrato de resseguro com relação ao contrato de seguro, produzida por cláusulas como essas.

O autor também estuda o impacto de outras cláusulas, além das acima, que denomina “cláusulas de conexão”. Não se esquece, nesse sentido, das “cláusulas relativas ao dever de informação do segurador” e das chamadas *insolvency clauses*. Anota, a respeito, que aquelas, à medida que se colocam no âmbito estrito das relações entre o segurador-ressegurado e o ressegurador, não excepcionando a regra geral da impossibilidade de ação direta do segurado em face do ressegurador, em princípio não representam potencial de “desnaturalização”. À mesma conclusão, depois, chega a respeito das “cláusulas para o caso de insolvência do segurador”, ou seja, das cláusulas

10. Sobre o “dever de informar” do segurador, neste contexto, cf. p. ex. J.C.F. Morandi, “Il principio della buona fede nell’assicurazione e nella riassicurazione” in *Assicurazione*, I, 1987, esp. p. 415.

11. In VV.AA., *Estudios Sobre el Contrato de Reaseguro*, Madri, EES, 1997, p. 175 e ss.

que prevêem que, em caso de quebra ou de liquidação extrajudicial do segurador, o segurado pode exigir eventual indenização diretamente do ressegurador, argumentando que elas também não atingiriam a “essência” do resseguro, dado que a ação direta quedaria limitada a situações singulares.

No que tange às chamadas *claim cooperation clauses* ou *claim control clauses*, entende o autor que, se forem moderadas, ou seja, se não estabelecerem a entrega ao ressegurador da regulação e liquidação de sinistros, apenas estatuinto a participação deste ou a troca de informações entre ele e o segurador-ressegurado durante o empreendimento regulatório conduzido por esta, não haveria falar em “desnaturalização” do resseguro. Entretanto, ele é explícito em dizer que, caso tais cláusulas venham a colocar nas mãos do “ressegurador” o processo de regulação e liquidação de sinistros, de modo que a ele caiba a decisão quanto à procedência da reclamação, isto é, quanto ao pagamento da indenização reclamada, se estará diante de notória “desnaturalización”.

Neste último caso, diz ele, por tratarem-se de “faculdades que são próprias do segurador direto, segundo a própria natureza e essência do contrato de resseguro, conforme o qual a gestão do risco e, em especial, a liquidação dos sinistros corresponde ao segurador” – então ocorreria o absurdo de o ressegurador ocupar o lugar do segurador-ressegurado, que se tornaria “um simples delegado que, em matéria de sinistros, não pode atuar *ultra vires* sem a prévia autorização daquele”.¹²

Não é o caso de adentrar, neste momento, à discussão sobre o emprego de tais cláusulas efetivamente implicarem, ou não, a desnaturalização do contrato de resseguro. Mas não se pode deixar de assinalar que, segundo o mesmo autor, pode-se divisar, quando é forte a conexão que resulta entre o segurado e o ressegurador, a atuação deste na condição de segurador direto ou de co-segurador, e não de ressegurador do segurador com quem o segurado contratou originalmente o seguro. Particularmente, no entanto, resistimos a esta assimilação, que entre nós, aliás, implicaria dizer que o IRB, como ficará claro mais adiante, muitas vezes, não estaria atuando como ressegurador, e sim como segurador.

12. Idem, p. 196.

Pode-se admitir, de fato, que tais cláusulas possam implicar, como quer um autor colombiano, uma "displasia funcional",¹³ mesmo porque, tecnicamente, com a contratação de resseguro com a presença de tais cláusulas não se opera a assunção do risco do segurado, mas sim a distribuição "vertical" dos seus efeitos – e não "horizontal", como acontece por efeito do co-seguro. De todo o modo, a questão nos parece, em verdade, tautológica; afinal, ao longo da discussão doutrinária que se vem travando sobre o tema, ao que nos é dado conhecer, não se questiona a validade de tais cláusulas de conexão. Não se podendo praticá-las, por inadequadas ao exercício da função ressecutória, a discussão perderia sentido.

Este, aliás, segundo se pode depreender, foi o entendimento do próprio Tribunal Supremo espanhol, na decisão de sua Sala Primeira, de 27 de janeiro de 1999.¹⁴ Segundo essa decisão, seria ilícita a cláusula de *claims control* frente ao direito espanhol, já que ela apenas seria admissível no âmbito das relações entre entidades resseguradoras, e porque ela "supõe uma invasão pelo ressegurador das funções – e obrigações – próprias do ressegurado para com o segurado direto", implicando "uma quebra de autonomia e independência do seguro frente ao resseguro contratado, uma *desnaturalização* do resseguro tradicional".¹⁵

Vale insistir, ademais, como reconhece a doutrina moderna de forma praticamente unânime, que o contrato de seguro e o contrato de resseguro não cobrem a mesma "área de risco". O risco que se garante por meio do contrato de resseguro é distinto do risco que se garante por meio do contrato de seguro. Naquele caso, garante-se um risco que é próprio da empresa de seguros – o risco de que lhe sobrevenha, em razão do exercício de sua atividade, considerada como um todo, perda patrimonial.¹⁶ Da mesma forma, diversos são

13. Carlos Ignacio Jaramillo y Jaramillo, *Distorsión del Reaseguro Tradicional: Su Problemática Actual*, Bogota, Javeriana, 1999, p. 37.

14. V., a respeito, Blanca Romero Matute, "Comentário a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1999 (RJ 1999/325)" in *Revista Española de Seguros*, 2000, n. 103, pp. 653-668.

15. *Idem*, p. 660.

16. Cf., sobre o assunto, minha tese de doutoramento, *O Contrato de Resseguro: Tipologia, Formação e Direito Internacional*, S.Paulo, FD-USP, 2001, esp. p. 185 e ss.

os sinistros no seguro e no resseguro. O sinistro no seguro, de fato, pode repercutir na atuação da garantia ressecuritária, ou seja, conforme a sua expressão, tem o condão de afetar a posição patrimonial do segurador, razão pela qual a doutrina enfatiza que só se admite exceção ao princípio ressecuritário *to pay as may be paid thereon* se puder ser demonstrado que a liquidação, por parte do segurador, do sinistro suportado por um seu segurado, “foi feita inconscientemente (culpa grave) ou que o ressegurado atuou com dolo”.¹⁷

Considere-se, entretanto, que, no Brasil, onde o resseguro, ainda hoje, no momento desta intervenção, é exercido em regime de monopólio, há disposição legal no sentido de que a regulação de sinistros, em princípio, compete ao IRB. Na dicção do art. 44, inc. I, letra “g”, do Decreto-Lei nº 73, de 21.11.1966, compete ao IRB, na qualidade de órgão regulador de cosseguro, resseguro e retrocessão, entre outras atribuições, “proceder à liquidação de sinistros, de conformidade com os critérios traçados pelas normas de cada ramo de seguro”. Diz ainda o art. 65, do mesmo diploma: “Nos casos de liquidação de sinistros, as normas e decisões do IRB obrigam as Sociedades Seguradoras”. O IRB, porém, pode “delegar” referida atribuição às seguradoras – e, de fato, nos termos das “Normas Gerais de Resseguro e Retrocessão” por ele editadas, o procedimento de regulação e liquidação de sinistros é atribuído a estas, mas desde que a “estimativa total dos prejuízos” obedeça a determinado nível, que elas próprias definem.¹⁸

Isso estaria a implicar, no entanto, que, no direito brasileiro, *perante o segurado ou beneficiário do seguro*, o segurador não teria o dever de proceder à regulação? Parece evidente que não, já de um ponto de vista prático, pois isso jamais impediu ou impede a responsabilização integral do segurador perante o segurado. Ou seja, não se pode considerar a emissão da autorização do IRB para pagamento, pelos seguradores brasileiros,

17. É o quanto registra Moitinho de Almeida, op. cit., pp. 416-417, com apoio em Cesare Vivante e Antigonio Donati.

18. Cf. Circular PRESI-033 (NGRR-002), de 26.10.83, Cláusula 401, item 2, do seguinte teor: “2. As regulações de sinistros serão processadas pelo IRB quando a estimativa total dos prejuízos for superior ao limite de regulação, na data do evento, da Sociedade Seguradora interessada, ou da Líder, observadas as particularidades de cada ramo de seguro, conforme as Normas Específicas dos mesmos.”

de indenizações securitárias, como um dever dele – IRB – para com os segurados. Os dispositivos que vêm de ser citados, portanto, limitam-se a disciplinar as relações entre os seguradores nacionais e o ressegurador monopolista, a quem, por outro lado, compete prover a garantia ressecuritária a todos os seguradores brasileiros e, caso não lhe convenha a assunção da garantia ou não disponha das condições técnicas necessárias, deve autorizá-los a proceder a contratação no exterior.

Por outro lado, do ponto de vista legal, o mandamento contido no § 3º do art. 68, também do Decreto-Lei nº 73, segundo o qual “o IRB não responde diretamente perante os segurados pelo montante assumido em resseguro”, concorre para impedir o reconhecimento de que o IRB tem obrigações para com o segurado. Em outros termos, parece-nos em princípio vedada a exigência, por parte dos segurados, de que o IRB proceda à regulação dos sinistros de que tenham sido vítimas, independentemente da estimativa inicial dos prejuízos; isto é, que, em princípio, eles não detêm interesse processual para pedir a condenação do IRB, exceto no que tange a atos próprios do IRB e em caso de liquidação extrajudicial do segurador. É dever dos segurados,¹⁹ ademais, avisar do sinistro o seu segurador, e não o IRB, mesmo porque o resseguro, à vista de sua causa ou função econômico-social e de sua estrutura, técnica e obrigacional, é para ele *res inter alios acta*.²⁰

Perante o segurado, portanto, a regulação e pagamento do sinistro é dever do segurador, não do ressegurador. Se este é quem a processa, ele o faz, no que toca ao segurado, por conta do segurador. Portanto, caso se possa falar em mora no cumprimento dessa obrigação do segurador, ainda que ela tenha sido executada diretamente pelo IRB, perante o segurado responde pela mora o segurador. Mesmo porque, se por acaso o IRB, ao encerrar o procedimento de regulação de sinistro, tenha concluído que os prejuízos estão fora do alcance da cobertura securitária, não autorizando o pagamento da indenização reclamada pelo segurador, este é que estará sujeito à demanda judicial, pelo segurado.

19. Trata-se, também aqui, de autêntico dever, e não de ônus. Cf., sobre o assunto, Fábio Konder Comparato, *O Seguro de Crédito*, cit., pp.122-123.

20. Também sobre este assunto, remetemo-nos à nossa tese já citada, como também à bibliografia ali contida.

A autorização para a “liquidação” de sinistros pelo IRB, enfim, serve apenas para certificar a sua obrigação, de uma vez por todas, perante a seguradora-ressegurada, que sendo assim poderá empregar os recursos aportados pelo ressegurador para pagar a indenização ao segurado. Em outros termos, não se exige, para a proposição da ação do segurado contra o segurador, tenha havido recusa do IRB em autorizar a liquidação do sinistro. O segurado, portanto, quer nos parecer, não tem em princípio interesse processual para pedir a condenação antecipada deste, carecendo pois de ação a esse respeito. Como antes assinalado, não emerge, no plano do direito material, nenhuma relação jurídica obrigacional entre o segurado e o IRB, o qual, de conformidade com o citado § 3º do art. 68 do Decreto-Lei nº 73, não responde perante o segurado.

Por vezes, contudo, acontece de o segurador discordar da conclusão do IRB de negar acolhimento à reclamação de sinistro. Por um lado, ele não estará autorizado, pelo IRB, nos termos do citado art. 65 do Decreto-Lei nº 73, a proceder ao pagamento que entende devido, sob pena de não obter a recuperação ressecutária eventualmente cabível, em quota ou excedente, por exemplo. Por outro lado, no entanto, estará sujeito a ser condenado, em juízo, não apenas ao pagamento da indenização securitária prevista no contrato de seguro, mas também a arcar com os efeitos patrimoniais adversos, para o segurado, da mora incorrida com a não realização, no modo e tempo devidos, do pagamento.

Na verdade, portanto, podem acontecer duas situações: ou há desacordo entre segurado e seguradora, ou há acordo entre ambos e desacordo com o IRB. No primeiro caso, o IRB não teria o que aprovar ou desaprovear, não cabendo ação alguma contra ele. No segundo caso, ressalvadas eventuais hipóteses de configuração de direito próprio, em princípio não teria o segurado ação contra o IRB. Por isso, aliás, é que, em princípio, tomando-se o IRB como ressegurador (e não como segurador direto ou complementar, como por vezes também atua, como acontece no caso do seguro de crédito à exportação contra riscos políticos e extraordinários), não se pode falar, propriamente, no IRB como litisconsorte necessário nas chamadas “ações de seguro”. Como já tivemos ocasião de sustentar,²¹ a des-

21. “O risco no contrato de resseguro” in VV.AA. *Seguros: Uma Questão Atual*, S. Paulo, Max Limomad, 2001.

peito do disposto no *caput* do art. 68 do Decreto-Lei nº 73, ocorre em geral, quanto à intervenção processual do IRB, hipótese de assistência simples, que tem por fim sujeitá-lo à indiscutibilidade da sentença, nos termos do art. 55 do Código de Processo Civil.

Havendo acordo entre segurado e segurador, e desacordo para com o IRB, parece portanto lícito afirmar, em linha de princípio, que pode o segurador efetuar o pagamento da indenização securitária reclamada, mesmo porque o retardamento deste pagamento poderá acarretar mora, pela qual, perante o segurado, ele é quem responderá. Ocorre, entretanto, que estando os efeitos do contrato de seguro celebrado entre ele e o segurado na gênese da configuração de risco ressecuritário, ou seja, de diminuição de sua posição patrimonial, um tal pagamento implica desençaixe que não se coaduna com as bases técnicas a que se sujeita. Em outras palavras, estará o segurador comprometendo, para além dos limites em que pode atuar, o fundo comum de proteção securitária que recolhe junto a seus segurados, em possível afronta a interesses comunitários, ou, posto de outra forma, à mutualidade sem a qual é impensável o desenvolvimento de sua atividade.²²

Há solução processual, no entanto, para essa situação. Por exemplo, poderá o segurador, a nosso ver, intentar ação contra o IRB, formulando pedido de tutela antecipada. Demonstrada então a relação contratual ressecuritária e sendo evidente, nessa situação, a urgência em obter os recursos provenientes da recuperação ressecuritária, não se vê razão para que se denegue a tutela antecipada. Quanto à urgência, aliás, vale lembrar que Pedro Alvim, cuidando da disciplina do adiantamento da recuperação para a capacitação do segurador em enfrentar o pagamento da indenização

22. Para a exposição do seguro como negócio comunitário, cf. Ovídio A. Baptista da Silva, "Relações jurídicas comunitárias e direito subjetivo", palestra publicada nos anais do *I Fórum de Direito do Seguro "José Sollero Filho"*, promovido pelo IBDS - Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, Editora Max Limonad, 2000, pp. 21 e ss. Cf. tb. J. J. Calmon dos Passos, "A atividade securitária e sua fronteira com os interesses transindividuais. Responsabilidade da SUSEP e Competência da Justiça Federal", in *Revista dos Tribunais*, v. 763, p. 96 e ss. e, do mesmo autor, "O risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica do contrato de seguro", in *I Fórum de Direito do Seguro "José Sollero Filho"*, cit., p.11 e ss.

ao segurado, aponta que a sua falta pode “tornar-se inconciliável com a finalidade do resseguro, como pondera Vivante, que é dividir responsabilidades que o segurador direto julgou excessivas para si mesmo. Se tiver que efetuar o pagamento para depois reaver a parte do ressegurador, encontrar-se-á, muitas vezes, na contingência de recorrer a empréstimos para cumprir suas obrigações. Eis por que se faz o adiantamento, de acordo com as condições previstas no contrato de resseguro”.²³

Note-se, no mesmo sentido, que a exigibilidade da recuperação ressecutária, consoante a doutrina internacional, imprescinde do prévio pagamento, pelo segurador-ressegurado, da indenização ao segurado. Aponta Maria da Concepción Hill, a propósito, que o mero fato de ver-se exigível o cumprimento, pelo segurador, da sua obrigação de indenizar securitariamente o segurado - torna por sua vez exigível o cumprimento, pelo ressegurador, de sua obrigação de prestar-lhe a indenização ressecutária. Essa, diz ela, é a solução a mais acorde com a função do resseguro como instrumento para dividir e atomizar os riscos e substituir os capitais de operação dos seguradores, facilitando-lhes destarte os meios de financiamento, sem que para tanto tenham de recorrer a operações de crédito.²⁴

Não obstante essa solução processual, que entendemos factível, caso o segurador tenha de empregar, nos limites de sua possibilidade, recursos próprios, ou recursos de terceiros, para lograr a efetivação do pagamento ao segurado sem comprometimento de suas bases técnicas e operacionais, parece-nos lícito afirmar que o IRB estará, em princípio, sujeito a responder não apenas pela recuperação ressecutária devida, mas também por conta da sua mora no cumprimento desse seu dever. A menos que demonstre o IRB, como ressegurador, que a liquidação do sinistro pelo segurador, como já se assentou, foi feita inconsideradamente. Ou então que o segurador-ressegurado atuou com dolo, caso em que poderá eximir-se de responder nesses termos.

O controle da regulação de sinistro, pelo ressegurador, portanto, é capaz de produzir, em prejuízo do segurador, a sua responsabilização, junto ao segurado, pela mora no pagamento da indenização securitária. Toda-

23. *O Contrato de Seguro*, Rio, Forense, 1999, p. 388.

24. *El Reaseguro*, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 119-120.

via, deverá ele acompanhar a sorte do segurador também na condenação deste em responder pelos efeitos da mora - da mesma forma que lhe cabe acompanhá-lo mesmo no caso de sua condenação judicial no pagamento da indenização ao segurado e de eventual mora, quando ele é quem procedeu à regulação de sinistro, concluindo não ser caso de pagamento; ou quando esta conclusão resultou de regulação de sinistro por ele "delegada" ao segurador.

Lembre-se, a propósito que, segundo o art. 58 do Decreto-Lei nº 73, "a aceitação de resseguro pelo IRB é obrigatória, em princípio, para as responsabilidades originárias e para os riscos acessórios". Aliás, não há, nas normas editadas pelo próprio IRB para regular o conteúdo de sua relação ressecutária com as seguradoras brasileiras, qualquer restrição quanto à responsabilização judicial destas em arcar com a mora derivada do não pagamento espontâneo de indenizações securitárias. Ora, este é também um risco que sujeita a atividade do segurador, afetando a posição patrimonial ressegurada, de sorte que, ao menos no âmbito do regime de monopólio, sequer se poderia admitir viesse o IRB a estabelecer restrição nesse sentido, estando as seguradoras brasileiras, ao mesmo tempo, impedidas de concertarem, com a agilidade e a amplitude necessária, negócios ressecutários no mercado externo.

A mora, como frisamos desde início, tem fundo contratual, e não extracontratual. É inerente à atividade do segurador e fator de produção dos desvios e desequilíbrios atuariais em razão dos quais se ressegura. Deriva, em outros termos, do contrato de seguro, estando, pois, os seus efeitos, em princípio, agasalhados pela relação ressecutária, a menos que se possa demonstrar a culpa grave ou o dolo do segurado quanto ao retardamento do pagamento da indenização a seu segurado, se a ele coube, diretamente, a execução do seu dever de regular o sinistro, ou a sua culpa grave ou dolo quando ele entendeu de proceder ao pagamento a despeito de autorização do ressegurador.

Essas mesmas conclusões, enfim, entendemos que se aplicariam às relações jurídicas atinentes a seguradores brasileiros sujeitos a cláusulas de controle em contratos de resseguro por eles celebrados, mediante prévia autorização do IRB, com resseguradores privados, como também, à vista da regulamentação que se pretende implantar, no Brasil, para o "mercado aberto" de resseguro, às relações entre seguradoras se-

diadas no Brasil e quaisquer resseguradores privados junto às quais venham a ressegurar-se.²⁵ Note-se, aliás, que, apesar de o art. 8º da Resolução nº 1 do CNSP, de 14.01.2000, aparentemente permitir, em sua parte final, a prática de cláusulas dessa espécie, parece-nos, seja em vista do quanto acima se ponderou, seja em vista da impossibilidade de o CNSP editar “normas primárias”,²⁶ que a validade das cláusulas de controle poderá ser veementemente desafiada. Mas este não é o momento de cuidar desse tema, mesmo porque se trata, aquela Resolução, de ato ainda meramente virtual.²⁷

São essas, enfim, as considerações que gostaria de trazer à discussão coletiva. Muito obrigado pela atenção.

Des. Francisco José Moesch

Perguntas ao Dr. Paulo Toledo Piza?

Maurício Luis Pinheiro Silveira

De acordo com sua exposição, quando o ressegurador assume para si a regulação do sinistro e, por força disso, há a mora do segurador em relação à prestação do segurado, haveria, então, a responsabilidade do ressegurador pelos efeitos dessa mora. Existe a seguinte situação: o segura-

25. Para uma discussão sobre o tema da lei aplicável aos contratos de resseguro internacionais, de que sejam parte seguradoras estabelecidas no Brasil, remeto o interessado à minha citada tese.

26. Isto, aliás, é o quanto já manifestou a Advocacia-Geral da União. Cf. 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.

27. Diz-se que essa Resolução encontra-se com a sua “eficácia suspensa”, em razão da liminar concedida pelo Min. Marco Aurélio de Melo, do Supremo Tribunal Federal, em 13.7.2000, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2223-7, relativa àquela Lei nº 9.932, de 20.12.99.

dor realiza a regulação ele próprio e, diante das conclusões da regulação, deixa, por exemplo, de pagar a indenização. Esta questão, indo a juízo, pode resultar numa decisão desfavorável ao segurador, de que aquele não pagamento foi indevido, ficando o segurador, ainda, submetido ao risco de uma condenação por lucros cessantes ou decorrências da mora havida. Parece-me, portanto, que é um risco natural da atividade regulatória do segurador a possibilidade de vir a sofrer conseqüências pela mora no pagamento da indenização; e me parece, também nesse caso, deva acompanhar o ressegurador a sorte do segurador justamente porque, penso, seria uma função essencial do resseguro cobrir esse tipo de risco. A pergunta, então, seria a seguinte: qual é a diferença, se houver, nessa obrigação do ressegurador quando a mora decorre de um ato seu, e quando a mora decorre de um ato do segurador?

Paulo Luiz de Toledo Piza

Eu entendo que a situação é a mesma, porque, perante o segurado, será sempre o segurador o responsável pela mora, tenha sido a regulação exercida por ele ou pelo ressegurador. É um dever do segurador perante o segurado a regulação de sinistro, e em razão desta, eu reconheço, ele pode vir a ser constrangido mesmo tendo atuado de conformidade com a técnica securitária. A mora em princípio decorreria do descumprimento desse dever, próprio do contrato de seguro. Desenvolvida a regulação pelo segurador em prazo razoável, seria discutível a possibilidade de endereçar-lhe o dever de arcar com prejuízos exteriores ao âmbito de cobertura. Seja como for, o ressegurador deverá acompanhá-lo, a menos que o segurador tenha atuado dolosamente, sem conhecimento do ressegurador.

Maurício Luis Pinheiro Silveira

Eu gostaria, se possível, que o professor Stiglitz se manifestasse a respeito dessa questão. Qual seria a diferença, se existir, da responsabilidade do ressegurador pela mora do segurador no pagamento da indenização, quando esse não pagamento foi uma decorrência da regulação feita pelo segurador, e quando foi em decorrência de uma determinação ou regulação feita pelo ressegurador.

Rubén Stiglitz

Obrigado pela pergunta. O contrato de seguro guarda autonomia em relação ao contrato de resseguro, muito além do vínculo existente entre ressegurado e ressegurador. Mas há algo que não podemos afastar, que é o dever de informação e cooperação do segurador com seu ressegurador. O que significa que, permanentemente, o segurador vai informando o ressegurador sobre o que o Professor Fernando Sánchez Calero chama de gestão do sinistro, e que o Dr. Toledo chamou de administração do sinistro. A gestão do sinistro não somente é a realizada pelo segurado com seu segurador, mas também do segurador com seu ressegurador. Ou seja, o ressegurado tem que permanentemente informar ao ressegurador as razões pelas quais a liquidação do sinistro seja demorada. Como o princípio de que a sorte do ressegurador segue a do segurador está vinculado às gestões que realiza o segurador, uma vez que o segurador informa ao ressegurador as razões impeditivas de uma liquidação de sinistro, e são consentidas pelo ressegurador, se a mora do segurador é inescusável, o ressegurador segue a sorte do segurador. Quero dizer que a defeituosa gestão do sinistro efetuada pelo segurador, se é conhecida pelo ressegurador, faz com que esse último siga a sorte do segurador. Se o segurador, frente ao segurado, em matéria de gestão de sinistro, liquida-o tardiamente e essa é inescusável e foi consentida pelo ressegurador, o ressegurador deverá responder perante o segurador pelo montante do ressarcimento.

José Maria Muñoz Paredes

Queria fazer um pequeno esclarecimento para que se compreenda qual é a real situação destas cláusulas de controle da indenização em meu país e qual o entendimento que o Tribunal Supremo vem manifestando. Tenho que começar dizendo que sou contrário à opinião de Álvaro Muñoz, um profissional espanhol de muito prestígio, quando diz que o resseguro, quando intervem algumas dessas cláusulas, é desnaturalizado. Ao meu ver, essa desnaturalização não se produz em absoluto. Pois, para o segurado é um pacto do qual não participou e, pois, que de modo algum lhe pode ser oposto. Isso me parece evidente. Como se explica a postura de Álvaro Muñoz? Explica-se por interesses subjetivos que não transparecem em seu ar-

tigo. Ele era o presidente de uma companhia que foi condenada pelo Tribunal Supremo e que não podia pagar a indenização, porque seu ressegurador dizia que não devia ser paga. O caso é certamente complexo. O sinistro ocorreu em uma indústria de alumínio. Após o derramamento de produtos tóxicos, operários abandonaram a fábrica e, pela primeira vez no mundo, deu-se um caso de máquinas produzindo essa substância. Na primeira avaliação, para colocar a fábrica de novo em funcionamento, calculou-se que seriam necessários 6 mil milhões de pesetas. Uma quantidade tremenda. Mas acabou custando duas vezes e meia a mais. Acontece que a companhia de alumínio era acionista da companhia de seguros, presidida por Álvaro Muñoz. Assim é que, claro, a seguradora tinha interesse em pagar a indenização. Mas o ressegurador, que arcava com 75% da indenização, negou-se, porque duvidava que a perícia do sinistro tivesse sido feita devidamente, dado que eram do mesmo grupo de empresas. Bom, esses antecedentes explicam que Álvaro Muñoz tratasse de defender a postura de sua empresa, dizendo que realmente se via impossibilitada de pagar, quando, na verdade, queria pagar a indenização. O certo é que as companhias poderiam ter pago a indenização e, logo, demandado seu ressegurador em juízo. O que ocorre é que era mais rentável que o segurado litigasse contra elas e o ressegurador. Essa foi a primeira vez em meu país que um segurado litigou contra o ressegurador, e tal foi admitido, em última instância, pelo Tribunal Supremo. Por isso, digo que, ainda que não se veja no artigo de Álvaro Muñoz, sua opinião não é absolutamente jurídica. Tem algo de subjetivo. Além disso, no que se relaciona à sentença do Tribunal Supremo, temos de dizer que, em realidade, não é que negue a validade dessas cláusulas em nosso direito; o que nega é que possam obrigar ao segurador a seguir necessariamente as posições do ressegurador. Não lhe negam o controle de todo o processo, mas a vontade absoluta sobre o caso. Nos últimos dois anos, as cláusulas têm sido utilizadas com o mesmo conteúdo que figurava nesse contrato; exatamente o mesmo. Não obstante, devo dizer que não são demasiado habituais em meu país. Muito obrigado.

Ernesto Tzirulnik

Gostaria de fazer uma colocação pragmática. A companhia dirigida por Álvaro Muñoz, como referiu o Prof. Muñoz Paredes, poderia adian-

tar, melhor, pagar a indenização. Mas isso nem sempre é possível, ou por ser impossível absolutamente, ou porque inviabilizaria a empresa desenvolvida pela seguradora. Vou lembrar o naufrágio da plataforma de petróleo brasileira P-36. Nenhuma companhia brasileira jamais poderia adiantar a gigantesca soma da indenização.

No Brasil – e creio que isso é igual em muitos outros países, mesmo centrais – temos um mercado segurador que vive de modo muito dependente do resseguro. Logo, o risco do exercício da atividade da seguradora é muito elevado. Sempre se utiliza, especialmente, no Brasil, uma frase desvinculada da realidade: “o resseguro é o seguro do seguro”. Procuro insistir em que seja borrada para sempre, pois ela além de não explicar o resseguro, confunde. Na verdade, o resseguro é o seguro da seguradora. Veja-se o seguinte: uma seguradora, que tem “n” carteiras, dependendo da sua solvabilidade, pode se ver diante de um sinistro que jamais poderia ser objeto de adiantamentos substanciais, quanto mais de pagamento integral da indenização devida, caso essa seguradora tivesse de se valer só de uma recuperação futura.

Imaginemos que seus resseguradores decidam discutir se devem ou não a “recuperação”. Lembremos, em seguida, que os processos judiciais brasileiros, que certamente são semelhantes aos espanhóis, aos malteses, aos norte-americanos, aos argentinos e aos belgas, são extremamente demorados. Então, durante meses, anos, décadas em alguns poucos casos, mas que podem ser vitais, a seguradora ficaria amargando o desencaixe, sem ser recuperada pelo seu ressegurador. Esse problema certamente existe em todos os países e especialmente nos que, como o nosso, têm apenas uma “opção” de resseguro: o celebrado com o IRB.

O professor Stiglitz falou sobre a seguradora dar informações *pari passu* ao ressegurador, informar-lhe sempre sobre as razões pelas quais não vai pagar ao segurado. Isso é impensável no nosso mercado. Normas, editadas pelo próprio ressegurador, dizem que a regulação em tais e quais casos cabe à seguradora e só a ela, não existindo, no grande universo de regulações de sinistro, possibilidade de comunicações detalhadas ao ressegurador, nem quadros deste que possam receber, examinar e avaliar os atos do procedimento regulatório. Tudo acaba limitando-se a lançamentos no movimento operacional existente entre cada uma das companhias e o ressegurador único. Se numa perspectiva analítica isolada consigo

compreender a lógica do quanto mencionou o Prof. Stiglitz, no mundo em que vivemos, no Brasil, essa lógica é inatingível.

Nós vimos da palestra do Dr. Paulo Piza que no Decreto-Lei 73, um dos retalhos da mosaica legislação securitária brasileira, há uma disposição segundo a qual o IRB não responde perante os segurados: é o parágrafo terceiro do artigo 68. E diga-se que essa disposição nem precisaria existir. As seguradoras, no entanto, em virtude do vínculo contratual, respondem perante os segurados. Elas respondem juridicamente, mas empiricamente não podem cumprir o contrato celebrado com os segurados se houver objeção do ressegurador. Por que não? Do ponto de vista de quem quer evitar discussões jurídicas complexas e demoradas, porque o decreto, salvo engano a alínea "c do art. 116," diz que essa "voluntariedade" sujeita a companhia à perda parcial ou total da prestação a cargo do IRB, e, mais do que isso, à suspensão da cobertura automática e das retrocessões. E sob outro perfil, o financeiro, porque ainda que queiram esquecer essa norma de legalidade duvidosa, não teriam caixa suficiente para bancar esse tipo de jogo. A partir daí acontecem problemas.

Quem é mais íntimo no mercado segurador brasileiro e já passou bastante dos trinta anos deve se lembrar do caso Churrascaria Mexicana. Antes desse "caso", um pseudo-escândalo nascido no apagar das luzes do governo Collor, quando eram propostas ações contra as seguradoras em que os segurados, autores dessas ações, pleiteavam, além do contratualmente estabelecido, também uma indenização pelos prejuízos que tivessem decorrido da mora das seguradoras no pagamento das indenizações. O IRB recuperava e acompanhava a sorte e os atos da companhia, inclusive com relação à condenação extravagante, ao pagamento da indenização pela mora. Recuperava não, o IRB adiantava sua cota à seguradora abrangendo essa parte da condenação, pois todos sabem que, no Brasil, quando se trata de sinistro de alguma monta, sempre é feita antecipação pelo ressegurador. O "escândalo" consistiu no fato de o IRB, após ouvido seu Conselho Técnico, acompanhar o segurador e recuperar sua parte nos lucros cessantes decorrentes da mora. Em suma, fazer o que historicamente sempre fez. Denúncias nascidas no estertor do infeliz governo levaram esse comportamento, num bojo que compreendia muitos outros escândalos de verdade, à apreciação da Secretaria de Controle Interno do Ministério da Fazenda, ao Tribunal de Contas etc. Se o Tribunal de Contas acabou por

reconhecer que na matéria referente ao “caso” não envolvia qualquer irregularidade, isto é, que o IRB devia mesmo ter feito como fez, o fato é que os conselheiros e os administradores do IRB foram indiciados em inquérito instaurado pela Polícia Federal, acabaram se vendo réus de ação proposta pelo Ministério Público Federal para que restituíssem o dinheiro pago à seguradora, e daí por diante. Todo o discurso do Governo, nesse momento, foi o da legalidade administrativa, ou seja, o IRB somente poderia fazer aquilo que a lei autoriza – e olhem que lei no caso seriam as normas de resseguro -, em suma, não seria um personagem no jogo do direito privado, sujeita à legalidade privada, isto é, não podendo fazer apenas o que a lei proíbe. O ressegurador ficou esquizofrênico; para isso é regime de direito público, para aquilo de direito privado. Criou-se o medo naqueles que despacham nos procedimentos de sinistro e autorizam o pagamento das recuperações. A parceria entre ressegurador e seguradoras passou a diminuir. Além disso, seguiu-se um processo de privatização conturbadíssimo. Um decreto-Lei, que foi recepcionado como lei complementar, primeiro foi alterado por uma resolução, depois por uma lei ordinária. Está tudo parado graças à correta decisão liminar do Min. Marco Aurélio de Mello em uma ação direta de inconstitucionalidade. Muitos nos corredores do mercado consideram o Ministro um inimigo, isto por triste ignorância sobre o bem que o Estado de Direito faria ao mercado.

Bem, essa privatização acabou ficando pendente e complicando ainda mais a atuação do ressegurador. Ele acabou esquizofrênico, amedrontado e, como explicarei, vaidoso. Isso mesmo: o fato é que se ainda não aconteceu a privatização, para ser privatizado o ressegurador precisou se enfeitar. Como a estória infantil: “fitinha no cabelo e dinheiro na caixinha”. Imaginem quantas fitinhas teria a personagem do conto infantil se passasse anos defronte da penteadeira. O IRB começou a ter uma postura em certo sentido contrária aos interesses das seguradoras, como um ente privado no que diz respeito a cuidar do seu lucro e um ente público no que diz respeito a não fazer aquilo que a lei não manda, embora não proíba. Passou a defender interesses próprios, e não os que se espera de um ressegurador em mercado nitidamente monopolizado, vertidos a produzir cada vez maiores resultados. Tudo pelo bom preço na futura privatização.

O impasse criado pela confusão sobre a natureza de sua regulação legal, pelo temor compreensível dos seus administradores, assim, foi agrava-

do pela necessidade de melhorar resultados! Pois bem, por que estou falando isto? Se consideramos que as seguradoras liquidam milhares de sinistros, tornando inviável a comunicação ideal e imaginária com o ressegurador em cada regulação e se, ao mesmo tempo, elas têm grande dependência do resseguro e esse resseguro, ainda por cima, é de "opção única", parece que nem o esquema de pagamentos com seus próprios fundos para recuperação de resseguro posterior, como mencionou o Prof. Muñoz Paredes, nem a ausência de responsabilidade do ressegurador nos termos colocados pelo Prof. Stiglitz, têm como vingarem e ser minimamente justos e razoáveis em nosso país. Aliás, é hegemônico o entendimento, tanto na doutrina argentina e na espanhola, quanto na nossa, segundo o qual se impõe o sistema de adiantamentos no campo do resseguro e impera o princípio de que o ressegurador responde tal qual a seguradora pelos prejuízos decorrentes do risco da regulação e liquidação, salvo nos casos de dolo ou culpa grave ao dolo equiparável da seguradora, quando então o ressegurador poderá excluir-se dessa responsabilidade. Embora isto não me pareça muito discutível no âmbito da doutrina nacional e estrangeira, vale insistir que também duas razões do mundo real exigem que seja assim, ainda mais no Brasil. Primeiro, a capacidade de pagamento da seguradora para posterior recuperação de resseguro é pequena e certamente inviabilizaria o exercício da atividade seguradora. Depois, os riscos judiciais a que se expõem as seguradoras ao regularem sinistros são avantajados, e se o resseguro é o seguro de sua atividade, como muito bem ressaltou o Dr. Paulo Piza, deixar a descoberto os prejuízos resultantes desses riscos pode significar a inviabilidade da empresa.

A regulação do sinistro - como insisto em livro que publiquei e como também sustentam outros autores, como o espanhol Angulo Rodriguez, em obra que me foi gentilmente presenteada pelo Prof. Muñoz Paredes - é parte da dívida do segurador, está compreendida no universo típico de sua atividade profissional. Então é necessariamente risco ressegurável. Devemos pensar nisso tudo lembrando sempre que por aqui, como na generalidade dos países, convivem dois regimes: o resseguro é *res inter alios* e, ao mesmo tempo, o cumprimento do contrato de seguro depende da relação de resseguro. Talvez, então, a tese sustentada por Álvaro Muñoz, visando a seu próprio benefício, venha muito a calhar, especialmente, na realidade brasileira. Desculpem se me alongo, mas isto é da maior importância. Pensemos nos casos em que a seguradora regula um si-

nistro pequeno, daqueles que o IRB nem quer saber, nem tem como saber. Ela aplica uma cláusula de exclusão de cobertura e nega a indenização. O segurado vai a juízo, o processo dura anos e, no final das contas, a seguradora é condenada a pagar a indenização contratualmente devida segundo o entendimento judicial, mas, além disso, ela também é condenada a pagar indenização correspondente aos lucros cessantes decorrentes da interrupção da atividade do segurado durante esse tempo. A condenação pertinente ao valor garantido pelo seguro é de R\$ 200 mil, mas os lucros cessantes são de R\$ 6 milhões. Isso não é uma hipótese maluca, é um fato bastante comum e eu próprio lido profissionalmente com um caso no qual a disparidade é de ordem ainda maior. Pois bem, todos sabemos que também não é incomum os juízes lançarem nas sentenças, e os colegiados nos acórdãos, expressões como “a seguradora agiu com má-fé e, assim, é também condenada ao pagamento de indenização pelos lucros cessantes ...”

Se não atentarmos bem para a matéria hoje debatida, poderemos ter o seguinte: o ressegurador recupera só o que diz respeito ao valor da indenização contratualmente estabelecida e, no que tange aos lucros cessantes, escapa alegando que não garante a recuperação pertinente porque não regulou ele próprio o sinistro, não foi formal e previamente consultado pela seguradora, além do que, como fixado pelo tribunal, ela “agiu de má-fé”, etc. Há pelo menos uma ação no Brasil, entre seguradora e ressegurador, tratando justamente de um caso como esse. O juiz, reconhecendo a urgência da recuperação e a boa demonstração do direito da seguradora, prestou tutela antecipada para que o ressegurador pague sua parte integralmente. A decisão interinal foi suspensa pelo Tribunal. Enquanto isso o segurado executa a seguradora, ela se defende como pode, tentando receber o adiantamento do IRB e, com ele, honrar a dívida, sem se desfalcar. Isso acontece na grande família sob o manto do monopólio. Imaginem quando o mercado for livre. E imaginem, ainda, que corremos o risco de termos que buscar a legalização de sentenças em outros países para executar resseguradores estrangeiros. Desculpem, sei que me estendi.

Marcos Sollero

Fui chefe do Jurídico do IRB durante 17 anos e não estou aqui para defendê-lo, apesar de algumas pessoas entenderem que eu tenho essa

posição. Eu tenho uma opinião pessoal, prefiro monopólio ao oligopólio. Entendo que o IRB, tem um papel relevante não só para o Brasil, mas na América Latina, pois foi graças ao IRB que outros países conseguiram quebrar o monopólio dos resseguradores ingleses e americanos. Entendo que o IRB enquanto idéia, enquanto instituição, é a melhor coisa que existe para o país. Infelizmente, enquanto órgão de política, foi terrível. Mas a "idéia IRB" é essencial. Ele, enquanto órgão de governo, ressegurador monopolista, é o gestor da comunidade, cabe a ele zelar pela massa segurada. Ele é o Estado, enquanto poder de polícia, praticando atividade privada em prol da coletividade. O que deve nos interessar é o seguinte. O que é melhor para a coletividade? O que dentro de nosso ordenamento jurídico é preciso definirmos? O que cada um de nós pensa a respeito? Confesso que penso há 37 anos e, até agora, não cheguei a uma conclusão. O que eu posso, talvez, lhes transmitir, é o seguinte: o resseguro é essencial para o seguro. Esquecemos que essa política que gera lucros cessantes é contra a massa coletiva, não contra o IRB. Temos que ter muito equilíbrio, muito cuidado, quando funcionamos de um lado ou de outro.

Des. Francisco José Moesch

Gostaria de fazer um pequeno registro, e acho que faço, também, em nome da Desembargadora Genacéia, da nossa honra de podermos estar aqui fazendo o que chamo de um verdadeiro fio-terra de aprendizado, de sensibilidade, inclusive, percebendo essa maravilhosa arte de discordar. Quero, então, agradecer a presença da Dra. Genacéia, agradecer ao Dr. Ernesto, que nos proporcionou esta singular oportunidade, e, de forma muito especial, agradecer ao Dr. Paulo, por suas colocações adequadas, precisas e atuais. Quero também fazer um agradecimento, vejam bem, não só ao Dr. Rubén Stiglitz, mas à sua família, pelo muito que vêm fazendo para lutar contra o que ele diz, aqui no prefácio de sua obra dedicada ao seu filho, para lutar contra as idéias adormecidas. Este fervor, esta energia, esta luminosidade que sua família tem. Digo isso de forma muito especial, pois sei o quanto todos contribuíram para aquilo que ele lembrou anteriormente: para a construção do Código Brasileiro de Direito do Consumidor e para construção, a partir do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, da legislação argentina, que não veio a ser tão ampla, como sei que ele queria, mas que também precisa

ser ajustada, tendo em vista nossa grande luta, a do MERCOSUL. A todos os senhores eu quero parabenizar, por estarem aqui participando de um evento tão marcante, participando, pulsando e mostrando sua energia para esse aprendizado maravilhoso. Muito obrigado. Boa noite a todos.

III

QUESTÕES CONTRATUAIS

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CORRETOR DE SEGUROS

WERTER R. FARIA¹

Mauricio Luís Pinheiro Silveira

Daremos prosseguimento ao *II Fórum de Direito de Seguro*, que passará agora a tratar do painel “Questões contratuais”, com o tema “*Responsabilidade Civil do Corretor de Seguros*”. Gostaria de chamar, para compor a mesa, o Presidente do II Fórum, Dr. Athos Gusmão Carneiro, o Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Seguro, Dr. Ernesto Tzirulnik. Convido ainda para compor a mesa o Dr. Voltaire Marensi, que presidirá esta sessão. Anunciamos a presença, em nossa mesa, do Professor Jean Bastin e chamamos para que componham a mesa os nossos palestrantes desta manhã, o Dr. Waldo Augusto Sobrino e o Dr. Werter Faria. Finalmente, convidamos, para que componha a mesa, o Dr. Francisco Artigas. Pe-

1. Professor titular aposentado de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; Ex-Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); Membro Fundador e Diretor-Presidente da Associação Brasileira de Estudos da Integração (ABEI); Sócio Honorário do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo (-IBRAC). Sócio honorário e membro do Conselho Diretor do IBDS.

dimos também que componha a nossa mesa a Sra. Claudine Seynave. Eu passo, então, a palavra ao presidente da mesa Dr. Voltaire Marensi.

Voltaire Marensi

Senhoras e senhores, é com extrema satisfação e com o jubilar do orgulho que retorno ao Rio Grande do Sul a convite do nosso presidente, Dr. Ernesto Tzirulnik. Sou gaúcho e estou residindo em Brasília – atualmente advogando – há dezesseis anos. Lembrando aquela figura de Machado de Assis, em seus contos literários, que tinha duas moças a escolher, foi eleito por uma delas, eu diria também que o Instituto Brasileiro de Direito de Seguro está homenageando, na figura do Presidente eleito por aclamação para este congresso, a nossa cidade gaúcha, onde tão bem se costuma receber os participantes de outros estados.

Eu queria portanto homenagear o presidente do IBDS, Dr. Ernesto Tzirulnik, por esta oportunidade. Gostaria de registrar aqui, além disso, a homenagem ao Presidente deste congresso, Ministro Athos Gusmão Carneiro, de quem eu tive a honra de ser assessor, quando ele integrava uma das turmas, especificamente a Quarta Turma, do egrégio Superior Tribunal de Justiça, o qual muito abrilhantou e muito engrandeceu com as suas colaborações doutrinárias e intelectuais. Gostaria também de saudar os participantes desta mesa: Professor Francisco Artigas, do Chile; Madame Claudine Seynave; Professor Jean Bastin, da Bélgica; nossos palestrantes de hoje, Professor Waldo Augusto Sobrino, da Argentina, e Professor Werter Faria.

Eu vou me permitir ainda fazer mais do que uma apresentação, uma homenagem ao Professor Werter Faria, que foi meu professor na Universidade Federal do Rio Grande do Sul e de quem hauri muitos conhecimentos em direito comercial. Os dados da carreira do Professor Werter são quase que impossíveis de ler nesta manhã, pois ficaríamos só lendo estes dados e, evidentemente, privando-os da oportunidade de ouvir os outros conferencistas. Mas gostaria de ressaltar alguns dados principais. O Professor Werter Faria é Professor Titular Aposentado de Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ex-Presidente do Conselho Administrativo de De-

fesa Econômica, CADE – órgão vinculado ao Ministério da Justiça – Membro Fundador e Diretor Presidente da Associação Brasileira de Estudos de Integração, Sócio Honorário do Instituto Brasileiro de Estudo das Relações de Concorrência e de Consumo, Membro do Conselho Diretor da Associação de Estudos de Integração Européia da América Latina, Membro Correspondente do Instituto Paraguaio de Direito Internacional, Ex-Presidente da Associação de Estudos da Integração da Comunidade Européia no Brasil, Pesquisador do Centro Interdisciplinar de Estudos do Mercosul da Faculdade de Ciências Políticas e Relações Internacionais da Universidade de Rosário da Colômbia e Membro Honorário da Escola Superior da Argentina e também do Chile. Além disso, o Desembargador Werter Faria tem inúmeras monografias editadas, principalmente, pelo editor Sergio Fabris. Posso destacar "*O Cheque*", "*A Mora do Devedor*", "*A Liquidação Extra-Judicial*", "*Ações Cambiárias*", "*Construção Econômica*", "*Direito da Concorrência*", "*Contrato da Distribuição*", "*Defesa da Concorrência no Mercosul*", "*Disciplina da Concorrência e Controle de Empresa no Mercosul*", "*Órgãos de Integração e Instituições Parlamentares Internacionais*", "*Harmonização Legislativa no Mercosul*".

Da mesma sorte, gostaria de homenagear o nosso irmão argentino, Professor Waldo Augusto Sobrino, Doutor em Direito, Professor da Universidade Católica da Argentina e também da Universidade de Buenos Aires e da Universidade de Salvador.

Minhas senhoras e meus senhores, antes de passar propriamente a palavra aos ilustres conferencistas, eu como uma pessoa que volto também meus estudos ao Direito, gostaria de tecer uma breve consideração em relação ao tema da responsabilidade civil do corretor. Mais especificamente, sobre o seguro de responsabilidade civil do corretor.

Hoje, o seguro de responsabilidade civil do corretor não é um seguro obrigatório e, recentemente, a Superintendência de Seguros Privados, através da Resolução nº 62, está tentando exigir a obrigatoriedade deste seguro para os corretores. Já existe no mercado apólices, como as da Companhia Real de Seguros e da própria Caixa Econômica, que oferecem ao corretor, facultativamente, a possibilidade de segurarem o risco de sua responsabilidade civil. Mas exigem do corretor participação minoritária de até 30% e que tenham três anos de experiência no mercado. Nessa e em outras exigências,

seria importante que a regulamentação pudesse estar apoiada, se não em um diploma estruturado como deveria ser um Código de Seguro, ao menos em um ordenamento melhor compilado, que reunisse a legislação, como a atinente ao corretor de seguros, de forma que não se prejudicasse seu conhecimento por parte dos nossos magistrados, para o julgamento das diversas situações com que vier a se defrontar sobre a matéria.

Feitas estas breves considerações, passo a palavra ao Desembargador Werter Faria, para que pronuncie a sua conferência.

Werter R. Faria

Em primeiro lugar, quero agradecer aos organizadores deste seminário a honra que me concederam de fazer uma exposição, substituindo o Ministro Ruy Rosado que, por motivo de doença, não pôde comparecer. Em segundo lugar, quero saudar a todos os componentes da mesa e dizer que me sinto honrado de estar na companhia deles. As poucas horas que tive para preparar a apresentação a este II Fórum de Direito do Seguro só permitiram que elaborasse um esboço da responsabilidade civil do corretor. Espero que venha a ser melhorado e desenvolvido por quem disponha de mais tempo e conhecimento.

O corretor de seguros ou, na definição legal, o “intermediário legalmente autorizado a angariar e a promover contratos de seguro, admitidos pela legislação vigente, entre as sociedades seguradoras e pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado” deve possuir título de habilitação, concedido pela autoridade competente. Para obter o título de habilitação o interessado necessita apresentar diversas provas, inclusive de capacitação técnico-profissional, referente aos ramos em que deseja atuar.

O corretor exerce uma atividade auxiliar, em regra, sem laço de subordinação, vinculado ou não à sociedade seguradora. Giuseppe Faneli, na obra *Le Assicurazioni* (t. 1, p. 383), destaca a natureza e a importância da atividade, no setor de seguros, desenvolvida com base numa relação de colaboração autônoma, que ensejou o enquadramento na categoria dos auxiliares, tanto daqueles sujeitos que agem no interesse da empresa de seguros, como daqueles que operam com um grau mais ou menos elevado de independência perante essa ou o segurado.

O mesmo autor põe em evidência que a qualificação jurídica da relação de colaboração, tendo por objeto a prestação, no interesse da empresa de seguros, depende menos da natureza da própria prestação que do modo com que esta última se realiza, quer dizer, com ou sem a subordinação típica da relação de trabalho.

O exercício da atividade auxiliar, consistente em angariar e promover contratos de seguro, requer a constituição, na área de ação da empresa de corretagem, de uma organização especial de meios humanos e materiais.

O caráter auxiliar da empresa do corretor se manifesta e realiza através dos atos da organização, ou seja, da atividade formal de angariação e promoção de contratos de seguro.

O problema da qualificação jurídica da relação da empresa do corretor com a seguradora, conforme Fanelli, resolve-se voltendo à imputação jurídica dos atos com os quais aquela providencia a organização da atividade pessoal e dos meios materiais para o fim de angariar e promover contratos de seguro.

A angariação e a promoção de contratos de seguro, sem relação de dependência com a sociedade seguradora, mediante o pagamento de corretagem, significa que, no papel de intermediário, o corretor atende aos interesses daquela e do segurado.

Uma particularidade da corretagem de seguro reside no fato, assinalado por Fernando Sanchez Calero, no *Curso de Derecho de Seguro Privado* (vol. I, p.268), de que *"em princípio, o corretor pode receber a ordem de conseguir um contrato, tanto do segurador como do segurado."*

Outra particularidade é que, servindo como intermediário escolhido pelo segurado, de acordo com os usos da corretagem, a sociedade seguradora paga a comissão, embora economicamente esta onere o primeiro.

Joaquín Garrigues, no livro *Contrato de Seguro Terrestre* (p. 85), aponta mais uma particularidade: *"a atividade do agente é uma atividade parcial, diferentemente da atividade imparcial do simples mediador. O agente trata de convencer o cliente a que conclua o contrato, e está autorizado a recolher suas propostas e transmiti-las à empresa seguradora. A característica da atividade do agente, diferentemente do simples comissário, estriba em que não tem que esperar receber encargos concretos do empresário, por conta do qual atua, senão que tem a obrigação positiva de promover e de concluir, no interesse daquele, todos os contratos possíveis"*.

A Lei nº 4594, de 29 de dezembro de 1964, impõe ao corretor de seguros os seguintes deveres:

1. ter o registro das propostas encaminhadas às sociedades seguradoras, com todos os assentamentos necessários à elucidação completa dos negócios intermediados;
2. exibir à autoridade competente os registros, bem como os documentos em que se baseiam os lançamentos efetuados;
3. recolher imediatamente o prêmio eventualmente recebido do segurado.

Legislações, como a espanhola, definem as obrigações de um corretor independente de forma mais completa. Sanchez Calero, nas suas aulas em Bilbao, transformadas no *Curso del Derecho del Seguro Privado* (vol. I, p. 269), divide as obrigações em anteriores à conclusão do contrato de seguro e posteriores à sua celebração e aperfeiçoamento. As principais e anteriores à conclusão do contrato são quatro:

1. atuar com a devida diligência para a consecução do contrato que lhe foi solicitado (geralmente pelo segurado);
2. agir com a devida diligência profissional, o que implica em não violar as disposições legais vigentes, não lançar mão do engano, não denegrir a companhia concorrente, etc. Neste comportamento correto pode incluir-se a necessidade de transmitir fielmente as informações que receba do segurador ao segurado e vice-versa;
3. vinculado intimamente com essas diretrizes, está o dever de informar ambas as partes, como intermediário, das circunstâncias que conheça sobre os dois contratantes e sobre todos os fatos que possam influir na celebração do contrato;
4. observar o sigilo profissional, deixando de comunicar a terceiros informações obtidas no exercício da sua profissão.

As obrigações principais e posteriores à celebração e aperfeiçoamento do contrato são duas:

1. anotar no seu livro de registro as operações intermediadas;
2. fornecer gratuitamente ao segurado as explicações que solicitar sobre qualquer cláusula da apólice e, no caso de sinistro ou avaria, prestar assistência e assessoramento, quando solicitado.

A lei que regula a profissão de corretor em nosso país dispõe somente sobre as obrigações posteriores à contratação do seguro. A que se

refere ao recolhimento imediato do prêmio pago pelo segurado é que pode dar lugar à responsabilidade pelo dano causado pela demora, mas praticamente isso não ocorre.

Cabe perguntar: não há outro caso de responsabilidade do corretor de seguros nas suas relações com as partes? A responsabilidade contratual é gerada pelo não-cumprimento ou pelo mau cumprimento das obrigações do devedor, que lhe sejam imputáveis.

A aplicação do regime de responsabilidade contratual ao corretor de seguros pressupõe:

1. a existência do contrato celebrado entre os sujeitos da relação de corretagem;
2. o dano resultante do não-cumprimento ou do mau cumprimento de uma obrigação relativa ao contrato;
3. a imputação ao corretor do prejuízo sofrido pelo credor.

Quanto ao não-cumprimento e ao mau cumprimento do contrato, tenha-se presente o que diz Geneviève Viney, na obra *La Responsabilité: Conditions*, integrante do *Traité de Droit Civil*, dirigido por Jacques Ghestin (p. 216): "Hoje em dia, considera-se o contrato, antes de tudo, um instrumento jurídico destinado a realizar certas operações econômicas, e o acento está posto sobre o seu papel social, quer dizer, sobre o interesse que apresenta, não apenas para as partes contratantes, mas para a coletividade no seu conjunto."

Com a autoridade de uma das melhores especialistas do direito de responsabilidade civil, que lhe reconhece Jacques Ghestin, Viney aceita a proliferação das obrigações vinculadas a certos contratos, não apenas as que expressamente prevêm, como as que não sejam previstas pelos contratantes, nem pelo legislador. Exemplos dessas últimas são: a obrigação de segurança que os tribunais descobriram no contrato do transporte de pessoas e estenderam a todos os outros em que um profissional põe à disposição de sua clientela material ou instalações cuja utilização possa provocar acidentes. O mesmo método preside, de modo igual, a criação de outras obrigações contratuais implícitas, especialmente, as de informação, de advertência e de aconselhamento que, nas palavras de Viney, "Hoje em dia são correntemente levadas a cargo dos profissionais que se obrigam a entregar produtos ou a fornecer serviços aos seus clientes."

A professora Geneviève salienta que se essa proliferação, no domínio das obrigações vinculadas ao contrato ou ampliação do seu conteú-

do, “teve por primeiro objetivo fazer do contrato um instrumento bem adaptado ao fim econômico a que visa e evitar que se torne fonte de injustiças, nas relações entre os contratantes igualmente teve, como efeito secundário, uma extensão do campo de aplicação da responsabilidade contratual.”

Claude J. Berr e Hubert Groutel incluem em sua coletânea *Les Grands Arrêtes du Droit de l'Assurance* (p. 254) acórdão que confirma a condenação de uma sociedade corretora de seguros a pagar a uma sociedade que explorava garagens a quantia que esta desembolsara para ressarcir o cliente cujo automóvel fôra danificado por outro veículo, conduzido por um manobrista do estabelecimento. A sociedade garagista tinha seguro, mas a apólice excluía os danos aos veículos postos em circulação pela garagem e, de modo geral, aos veículos e todos os outros objetos confiados à sua guarda.

A Corte de Cassação reconheceu que a sociedade corretora incorrera em culpa lata ou grave por ter sido encarregada, pela sociedade garagista, de proceder ao exame da apólice, no que concerne aos veículos que circularsem sob a sua responsabilidade. A sociedade corretora concluíra e informara que o contrato estava absolutamente em regra, ao passo que, por uma parte, não percebera que o exame solicitado implicava a revisão da cláusula de exclusão, portanto, da cobertura de novos riscos, e, por outra parte, que não seria contestada por acentuar o caráter claro e preciso da cláusula de exclusão, e ter afirmado que a sociedade garagista havia podido acreditar que estava coberta de um risco excluído sem ambigüidade, em vez de dissipar o seu erro.

Assim, a sociedade corretora não foi a orientadora segura e conselheira experiente que deveria ter sido. A Corte de Cassação reconheceu, ainda, a existência de culpa, por consequência privar a sociedade garagista do reembolso, pela sociedade seguradora, dos prejuízos ressarcidos ao proprietário do veículo acidentado.

Os autores da coletânea de grandes acórdãos relativos ao direito do seguro, nas observações à decisão sobre a responsabilidade do corretor de seguros, escrevem: “o que o cliente tem direito de reclamar do profissional é um serviço positivo, não a simples execução de suas instruções. Neste ponto, o serviço consiste em levar a sua competência a uma pessoa que tem necessidade de cobertura do seguro e, quer por falta de tempo, quer por falta de competência, quer em geral por falta de uma e de outra, não deseja escolher levemente a fórmula do seguro que confusamente busca, nem dirigir-se diretamente a determinada companhia, com receio de

ficar depois com as mãos atadas. Ora, precisamente se o corretor, juridicamente falando, não é mandatário das companhias, a qualquer título, de fato e no plano comercial, não é quem menos conhece e, além disso, pode responder às perguntas do cliente, em seu nome, desimpedido para interrogá-lo sobre os pontos mais delicados."

Berr e Groutel salientam depois que, *"em primeiro lugar, o corretor pode ser investido de uma série de obrigações de resultado: entregar ao segurador o montante do prêmio recebido, cumprir no prazo qualquer formalidade prevista na lei, tal como, por exemplo, uma declaração de agravamento dos riscos, recolocar em vigor um contrato suspenso, obter a modificação de uma cláusula particular (...). Em todos esses casos, o não-cumprimento, pelo corretor, dos atos que deveria praticar torna-o responsável perante o seu cliente, sem que este último tenha de provar uma culpa. É simples aplicação dos princípios gerais da responsabilidade contratual. Restaria ao corretor a faculdade de fazer prova da força maior ou, em todo caso, da causa exterior que o impediu de cumprir a sua obrigação (greve do expedidor do correio, culpa de terceiro, por exemplo, de um agente geral, etc.). Porém, fora desse rol, que se poderia chamar de cumprimento, o corretor, como se sabe, é devedor de um dever geral de aconselhamento. Por isso, deve conduzir-se como orientador seguro e conselheiro experiente. Está claro que, neste caso, se está em presença de uma simples obrigação de meios, e não mais de uma obrigação de resultado"*.

As obrigações de informação e de aconselhamento devem ser cumpridas pelo corretor, tanto na fase de formação como de execução do contrato de seguro. O corretor não pode livrar-se dessas obrigações mediante estipulação com o objetivo de eliminá-las.

As obrigações de informação, de esclarecimento, de advertência e de aconselhamento vêm sendo reforçadas ou mais severamente tratadas, sobretudo pela jurisprudência, nos casos de prestação de serviços profissionais. Assim, toda culpa verificada no exercício da atividade profissional acarreta a responsabilidade do corretor de seguros.

Também a induz o fato dos auxiliares, das pessoas que trabalham por sua conta, seja na qualidade de empregados, seja de prepostos não-salariados, e, no exercício dessas funções, incidam em culpa suscetível de motivar a responsabilidade pessoal do corretor, que normalmente coexiste com a do culpado direto.

Se o corretor valer-se do concurso de outro agente, ou puser outro no seu lugar, responde pelo fato do auxiliar ou do substituto, determinante do não-cumprimento ou do mau cumprimento do contrato.

Voltaire Marensi

Após ouvirmos a erudita conferência do Desembargador Werter Faria, pergunto ao auditório se querem fazer uso da palavra para perguntas em relação ao tema aqui exposto.

Cláudio Moreira do Nascimento

Meu nome é Cláudio. Acredito que todos aqui estamos de acordo que, quando há culpa, é indiscutível que a responsabilidade do corretor apareça. A dificuldade que vemos é sempre na verificação da culpa. Há situações em que realmente existe culpa. Mas uma situação que frequentemente tem acontecido diz respeito à responsabilidade do corretor quanto à renovação da apólice. Eu gostaria de colocar essa questão. Imaginemos uma situação onde o corretor deixou de avisar o cliente que aquele contrato estava vencendo e que, posteriormente a isso, tenha ocorrido um sinistro. Eu gostaria de saber se há responsabilidade do corretor nessa situação.

Werter R. Faria

Eu procurei deixar claro em uma síntese muito severa que a responsabilidade do corretor decorre do contrato dele com o segurado. Essa autora que eu citei, Professora Geneviève, no último trabalho deste ano, sobre seguro de responsabilidade civil, pergunta: existe responsabilidade contratual? Ela, que é uma das principais autoras de um tratado em que aborda tanto a responsabilidade contratual como a responsabilidade por outros atos ilícitos, chega à conclusão – enfrentando uma corrente que está em formação – que a responsabilidade contratual subsiste com as características que lhes foram sendo impressas por obra da jurisprudência. Depois, tomadas essas decisões pelos teóricos, foi possível separar a responsabilidade contratual de quaisquer outras formas, especialmente, das de natureza penal. Em matéria de responsabilidade contratual, temos que verificar se existe o contrato e se

ele foi bem cumprido ou insuficientemente cumprido, dependendo das relações que o corretor mantém com o cliente – por exemplo, o segurado que há anos confia ao corretor a renovação de seus seguros e, portanto, tornando-se habitual que ele a providenciasse. Não tenho dúvidas de que, nesse caso, ele é responsável. O segurado tinha uma justa expectativa e até mesmo a segurança devido ao relacionamento mantido com o corretor de que ele, em tempo hábil, providenciaria a renovação do seguro. Mas se eu faço um contrato de seguro e não sei quem é o corretor? Adquiro um automóvel com seguro e o retiro ainda sem contar com a apólice, mas com um documento que comprova que efetuei o seguro – talvez eu nem saiba como encontrar esse corretor ou nem queira renovar o contrato com ele. Então, me parece que, evidentemente, é uma questão de fato e de prova. Tudo depende do grau ou da forma de relação entre o segurado e o segurador, para se dizer que houve ou não culpa e, no caso de ter havido, responsabilidade pelo fato danoso.

Kennedy Machado

Professor Werter Faria, bom dia. Bom dia a todos os integrantes da mesa. Sou Kennedy Machado. Muitas vezes o mercado coloca à disposição dos segurados seguros simplificados, que barateiam seus custos, mas que, por outro lado, não são objeto de vitórias pelas companhias de seguro. Essas propostas são encaminhadas, então, pelos corretores que são os intermediários legais dos seguros contratados e são recepcionadas pelas companhias de seguro. A minha pergunta é a seguinte: se nessas propostas, especificamente, para ramos elementares, as especificações do objeto de seguros estiverem feitas com enquadramento errado, de tal modo que, na ocorrência do sinistro, esse enquadramento impossibilite a indenização, isso gera a responsabilidade civil do corretor?

Werter R. Faria

A lei, não só a nossa como a de outros países, exige que o corretor tenha capacitação para o exercício da atividade. Essa capacitação implica no reforço da responsabilidade do corretor, porque ela pressupõe que ele tenha um domínio seguro da atividade a que se dedica. Esta envolve, como fiz referência na exposição, o dever, a obrigação de aconselhar, de

orientar o cliente sobre a melhor solução para o caso de que se trate. Na falta de orientação ou na prestação de uma orientação, sem dúvida nenhuma, o corretor se torna responsável pelo prejuízo ocasionado. Se entre duas ou mais opções ele sequer menciona a possibilidade de escolha de uma ou de outra das soluções ao interessado em efetuar um seguro, evidentemente, ele está falhando na sua atividade e deve responder por culpa.

Eliana Lopes da Silva

Meu nome é Eliana, eu trabalho na Rodobens Corretora de Seguros. Gostaria de saber sua opinião a respeito da responsabilidade do corretor nos casos de doenças pré-existentes. A seguradora nega o seguro por doença pré-existente. Nós temos alguma posição do STJ, mais recente, em que se vê que até mesmo o corretor faz exames médicos. Agora, considerando que muitas doenças só podem ser detectadas com ressonância magnética e exames mais avançados, como se pode exigir que a corretora exija esse tipo de exames do segurado? Gostaria de saber sua opinião a respeito desse assunto.

Werter R. Faria

Parece-me que o corretor responde, se ele recebe informação do cliente, por exemplo, de que é portador de uma moléstia e, mesmo assim, encaminha a proposta à seguradora sem tal informação. Mas ele não tem o dever de constatar, ou fazer com que seja constatada, a existência de uma moléstia de que não tenha conhecimento. Parece-me que é a solução mais justa.

Marcos Sollero

Eu sou Marcos Sollero. Sou como arroz de festa, todo mundo olha e sabe quem é. Professor, nós temos hoje um avanço tecnológico muito grande que a legislação não acompanhou. Nós temos seguros feitos pela Internet diretamente com as carteiras das seguradoras. Nós temos telemarketing e nós temos uma atividade de seguradoras que mandam determinado corretor a um segurado para fechar negócio. Eu gostaria de perguntar para o senhor até que ponto vai a responsabilidade – isso por causa da reserva de mercado: de 20

milhões, por exemplo, que o mercado arrecada, os corretores ficam com 15%. Isso passa a ser uma reserva de mercado. Até que ponto existe a responsabilidade, que sendo, teoricamente, pela lei, independente, ele passa a ter, junto à seguradora, por ter participado? E quanto à situação da seguradora que, à medida que, ao aceitar o seguro sem corretor, tem que mandar a comissão para a FUNENSEG, simplesmente nomeia um corretor? Ela tem um acordo com quatro ou cinco corretores e transfere a eles esses seguros para que não tenha de passar a comissão para a FUNENSEG, e possa negociar taxas mais baixas. Até que ponto o corretor responde solidariamente com a seguradora em um contrato celebrado nestas condições?

Werter R. Faria

Em um contrato... Eu não ouvi bem.

Marcos Sollero

Em um contrato celebrado via telemarketing, diretamente, a seguradora passou a comissão para um corretor e depois veio a negar a indenização. Até que ponto ele, corretor, que não foi o intermediário, mas se submeteu a isso, responde solidariamente com a seguradora?

Werter R. Faria

Parece que nós saímos do terreno da responsabilidade contratual e já estamos perante um ato ilícito de fraude. Então, o enfoque é totalmente diferente. Há uma falsidade, porque na realidade o corretor não foi procurado pelo segurado, tampouco foi designado pela empresa para angariar seguro. Estamos no terreno dos atos ilícitos.

Voltaire Marensi

Senhores, agora nós teremos a nossa segunda conferência de hoje, de nosso ilustre convidado, palestrante Dr. Waldo Augusto Sobrino.

A RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL DO CORRETOR DE SEGUROS E OS DESAFIOS DO SÉCULO XXI

**(com referência especial aos novos
riscos derivados da alta tecnologia)**

WALDO AUGUSTO R. SOBRINO¹

Sumário:

- 1) Introdução
- 2) O corretor de seguros e a companhia de seguros
- 3) O corretor de seguros e o segurado
- 4) Diferentes classes de segurados
 - Pessoas físicas (consumidores de seguros)
 - Empresas
 - “Grandes empresas”
- 5) O seguro como contrato de adesão

1. Doutor em Direito. Professor da Universidade Católica Argentina, da Universidade de Buenos Aires e da Universidade del Salvador.

- 6) Obrigações de meio e obrigações de resultado
- 7) Obrigações do corretor de seguros
- 8) Responsabilidade da companhia de seguros em relação ao segurado
Por atos da própria companhia de seguros
Por atos do corretor de seguros
- 9) Responsabilidade do corretor de seguros em relação ao segurado
- 10) Em direção a uma nova classe de corretor de seguros?
- 11) As novas formas de contratação pela internet
- 12) Os modernos riscos das empresas, derivados da alta tecnologia
- 13) A liquidação da companhia de seguros
- 14) Conclusões

Voltaire Marensi

Senhoras e senhores, agora teremos o pronunciamento do segundo conferencista de hoje, nosso ilustre convidado Dr. Waldo Augusto Sobrino.

Waldo Augusto Sobrino

Bom dia. Em primeiro lugar gostaria de pedir desculpas, porque tentarei falar em uma língua que não é o português e também não é o espanhol. Falarei em “portunhol”. Espero que não tomem como uma falta de respeito, pelo contrário, pois é uma maneira de aproximar-me de vocês. Na Argentina, dizemos que, para querer algo, para amá-lo, você tem que conhecê-lo. Uma maneira de conhecer e me aproximar de vocês é falar a sua língua, daí o atrevimento de tentar falar em “portunhol”.

Quero agradecer a honra do convite que me foi feito pelo amigo Ernesto Tzirulnik para falar neste congresso.

Em segundo lugar, quando se fala que o seguro está desenvolvido em meu país, penso que isso seja uma meia verdade. Penso que, nestes seminários do IBDS, todos nós estamos aprendendo coisas novas. Estas relações são muito importantes.

Também agradeço o tema sobre o qual fui convidado a falar, pois para mim é algo muito especial, já que meu pai foi corretor de seguros durante cinquenta anos e eu também, durante vinte anos.

1. INTRODUÇÃO

1.1) Com a visão bastante particular que nós temos do Direito (- mais além do que se vem ensinando há vários séculos), para nós o Direito é Responsabilidade. Isso significa que a maioria das questões a analisar é derivada de temas relacionados com a responsabilidade e a forma de reparação.

1.2) Parece-nos oportuno ressaltar que a responsabilidade jamais poderá cumprir sua função (social), sem o auxílio indispensável e fundamental do Seguro.

1.3) Um dos pilares básicos do Seguro é o corretor de seguros, dado que é a pessoa encarregada de servir denexo entre a companhia de seguros e o segurado.

1.4) Daí a importância do tema *sub examine*, dado que o corretor de seguros será um dos elos da cadeia (do seguro), para lograr um dos pressupostos da função social do seguro, que é a proteção do "consumidor de seguros", em seu duplo aspecto, quer seja como "segurado", quer seja como vítima de um sinistro.

1.5) Por outro lado, de modo muito pessoal, senti na própria carne a importância do seguro, dado que, durante quase meio século, tive o exemplo do corretor de seguros mais leal, sério, honesto e responsável que conheci na minha vida, meu pai, Roberto Sobrino².

2. O CORRETOR DE SEGUROS E A COMPANHIA DE SEGUROS

2.1) Como salientam os professores Ernesto Tzirulnik e Paulo Luiz de Toledo Piza, o corretor de seguros se encontra cavalgando sobre dois cavalos que correm paralelamente³.

2. Há quase sete anos de seu falecimento, sirva o presente trabalho de sincera e humilde homenagem à memória de meu pai, que até o último instante de sua vida viveu o seguro como uma paixão e uma mística.

3. TZIRULNIK, Ernesto – TOLEDO PIZA, Paulo Luiz; "Comercialização de Seguros: Contratação Direta e Intermediação". publicado em "Revista dos Tribunais" Nº 723, Janeiro de 1996.

Em sentido análogo, há alguns anos, sustentávamos que o corretor de seguros tem uma situação bifronte, igual ao Deus Juno. Por um lado, tem relação com a companhia de seguros e, por outro, se encontra vinculado com o segurado.

2.2) Em sua relação com a companhia de seguros, a atividade do corretor de seguros é de transcendental importância, ora da perspectiva quantitativa, ora da ótica qualitativa.

Com efeito, a partir da visão quantitativa, a atividade do corretor de seguros consiste em levar clientes para a seguradora, de forma tal que, quanto mais segurados chegarem à companhia, melhor.

Isso, no entanto, tem que estar acompanhado pela parte qualitativa, dado que é fundamental que o corretor de seguros atue como primeiro filtro, realizando uma análise das qualidades do segurado.

2.3) É por isso que se costuma afirmar que o corretor de seguros, em primeira instância, atua como se fosse os “olhos” da companhia de seguros, ressaltando que é ele quem inicialmente acolhe ou descarta os futuros clientes da seguradora.

Esta função vital do corretor de seguros aprofunda-se quando se trata de seguros contratados no interior de um país, já que as possibilidades da companhia de seguros de conhecer e/ou analisar o segurado são quase nulas.

2.4) Paralelamente, essa vantagem para a companhia de seguros também tem sua contrapartida, dado que, apesar de a lei de seguros estabelecer que o corretor de seguros não é representante da seguradora, em muitos casos, a jurisprudência sentenciou que ainda que não tenha mandato e/ou que haja se excedido ao mesmo, se, perante o segurado, atua como se verdadeiramente fosse um representante (e a companhia de seguros, expressa ou tacitamente, aceita tal situação); muitos atos do corretor de seguros são tratados como se houvessem sido realizados pela própria companhia de seguros.

3. O CORRETOR DE SEGUROS E O SEGURADO

3.1) A relação do corretor de seguros com o segurado é tão ou mais importante que a relação que analisamos antes, pois muitas vezes representa o único contato que um segurado tem com o seguro contratado.

Tanto é assim que, em numerosos casos, o segurado (especialmente o consumidor) não sabe exatamente com qual companhia de seguros tem contratado o seguro. Sabe somente que seu corretor de seguros contratou o seguro pertinente.

Assim, em muitos casos, ao corretor de seguros são pagos ou tidos como pagos os prêmios, são feitos os avisos de sinistros. São solicitados endossos (instrumentos de alterações ou modificações do seguro) e, em alguns casos, até são tramitados os sinistros⁴.

3.2) Ou seja, para o segurado, o corretor de seguros é seu "homem de confiança".

Por isso, e fazendo uma analogia com o seguro (sobre o qual se costuma afirmar que é um dos contratos onde mais se percebe a "*confianza*"⁵ e a "*uberrima bona fides*"), com o corretor de seguros, acontece algo análogo, tendo em conta que o segurado deposita toda sua confiança (e confia a proteção de seu patrimônio) no corretor de seguros.

4. DIFERENTES CLASSES DE SEGURADOS

4.0) Claro que nem todos os segurados são iguais. Existem diversas classes. Assim, em linhas gerais (e sem pretender, em absoluto, realizar uma classificação exaustiva), poderíamos dizer que há três grandes grupos de segurados:

4.1) as pessoas físicas

4.2) as empresas

4.3) as grandes empresas

4.1) As pessoas físicas como segurados:

Trata-se do típico caso dos milhões de segurados que em geral não conhecem absolutamente nada sobre a matéria de seguros.

Essa classe de pessoas constitui o clássico "consumidor" (de se-

4. TZIRULNIK, Ernesto; "*Regulación de Sinistro*". Ed. Max Limonad, 2ª Edição, São Paulo, 2000.

5. NICOLAU, Noemí L.; "*El Principio de Confianza en el derecho civil actual*"; publicado em "*Jurisprudencia Argentina*", página 3, de fecha 5 de Septiembre de 2001.

guros)⁶ 7, que é um neófito nestas questões e que contrata os mais típicos seguros para cobrir seu patrimônio familiar (v.g. seguros de responsabilidade civil de acidentes de veículos, incêndio e roubo residenciais, vida e acidentes pessoais etc.)⁸.

4.2) As empresas seguradas:

Nesses casos, talvez não se possa falar que se trate de um consumidor reduzido à defesa e ignorância, como poderia chegar a ser uma pessoa física comum, pois são sociedades que se encontram inseridas como agentes no mundo do comércio.

Mas, essas empresas que se encontram no mundo dos negócios, é preciso ressaltar, em geral são “neófitas” em matéria de seguros.

Pode ser que tenham mais conhecimentos de seguros que um consumidor típico, mas, também, é preciso ressaltar que frente ao corretor de seguros (e à companhia de seguros), em muitos casos, são quase ignorantes, pois suas atividades empresariais não têm como objeto o seguro, nem este é elemento constante.

Por isso, apesar de não serem pessoas indefesas, é verdade que seria possível chegar a enquadrá-las em uma categoria que carece de conhecimento técnico específico no tema dos seguros.

4.3) As grandes empresas

Para essas situações, não podemos alegar a hipotética “debilidade econômica” da maioria dos consumidores, tampouco o completo desconhecimento do mercado de seguros; possuem ou valem-se de assessores

6. ULHOA COELHO, Fabio; “A aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Contratos de Seguro”, publicado em “1º Fórum de Direito do Seguro”, Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, pp. 269 e seguintes, Ed. Max Limonad, São Paulo, 2000.

7. OCTAVIANI, Alessandro; “Breve aproximação da defesa do consumidor de seguros privados no Brasil: Panorama, dilemas e algumas imposições”, publicado em “Retos y Oportunidades del Seguro y del Reaseguro en el Nuevo Milenio”, pp. 69 e seguintes, Memorias del VI Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros, Cila 2000, Cartagena de Indias, Mayo 2000.

8. SOBRINO, Waldo Augusto Roberto; “El ‘Consumidor de Seguros’ y la Cláusula ‘Claims Made’”, publicado em fevereiro de 2001, em Vlex “Revista de Derecho”, Seção “Derecho de Seguros” (Internet: <http://vlex.com.ar/cnl/Derecho de Seguros/1>)

(gerências de seguros, advogados especialistas etc.) que lhes dão um razoável, ou mesmo pleno, conhecimento da situação.

Em muitos casos, essas empresas podem, além de terem uma situação econômica mais sólida que os corretores de seguros, chegar a serem mais pujantes, econômica e financeiramente, do que certas companhias de seguros.

Assim, como exemplo, vale recordar a contratação de grandes seguros por meio do "fronting", em que as "grandes empresas", por meio de um "broker" internacional, obtêm um seguro em uma resseguradora estrangeira e logo (para cumprir com as normas legais que exigem que os seguros se contratem em uma companhia de seguros radicada no país) emite-se a apólice de seguros em uma seguradora local, mas realizando uma cessão total de risco para a resseguradora.

Nestes casos, a companhia de seguros realiza um papel totalmente passivo, ficando toda a engenharia jurídica e sustento técnico dos seguros nas mãos da grande empresa segurada, seu "broker" e a resseguradora internacional.

5. O SEGURO COMO UM CONTRATO POR ADESÃO

5.1) Na maioria dos casos, o seguro é um contrato por adesão, pois, geralmente, as pautas contratuais são estabelecidas de forma unilateral pela companhia de seguros⁹.

Nestas circunstâncias, é possível a aplicação da "Lei de Defesa do Consumidor", tendo em conta que se tratam de condições predispostas.

5.2) E naqueles casos em que o segurado é uma empresa e, portanto, não é um típico consumidor, entendemos que – igualmente – existem certas normativas da Lei de Defesa do Consumido que são aplicáveis¹⁰.

9. Há casos excepcionais, nos quais o seguro não é um contrato de adesão, no todo ou em parte, como, por exemplo, aquele celebrado pela "grande empresa" onde se pactuem cláusulas especiais. Também podem ser encontrados contratos de seguro nos quais não necessariamente existam cláusulas predispostas, como ocorre – em certos casos – quando se contrata por meio de um "fronting".

10. CABALLERO SANCHEZ, Ernesto: "El Consumidor de Seguros: Protección y Defensa", Editorial Fundación Mapfre, Madrid, 1997.

Por exemplo, para nós as pautas relativas a “cláusulas abusivas” têm “efeito expansivo”, de tal forma que, apesar de serem aplicáveis em forma específica aos consumidores¹¹, também podem ser utilizadas para outros contratos (ainda que não participem os típicos consumidores).

Com efeito, ainda que o segurado seja uma empresa, também se poderia chegar a considerar que dita relação contratual se produz entre um “profano” (empresa segurada) e um “profissional” (companhia de seguros).

5.3) É neste marco que participa o “corretor de seguros”, fazendo as vezes de “nexo” entre a companhia de seguros e o segurado, em torno de um contrato de adesão.

Isto implica uma situação delicada para o corretor de seguros, pois, ao existir um contrato de adesão se poderia alegar que são poucas as alternativas para modificar o contrato de seguro.

Apesar disso, em princípio, é preciso ressaltar que uma das funções do corretor de seguros é proporcionar um “assessoramento completo e eficaz”, de forma tal que tem que tentar conseguir as melhores condições de cobertura para seu segurado.

Por outro lado, também é pertinente ressaltar que as condições do contrato de adesão são prejudiciais aos interesses do segurado. É obrigação do produtor de seguros ressaltar tal situação ao segurado.

Como exemplo concreto, podemos mencionar o caso das cláusulas “*Claims Made*”¹².

Com efeito, apesar de alguns casos específicos, é difícil conseguir certas coberturas sem essa (nefasta) cláusula. O corretor de seguros, igualmente, tem a obrigação de explicar claramente as implicações da aplica-

11. JARAMILLO y JARAMILLO, Carlos Ignacio; “*El Defensor del Asegurado (‘Ombudsman’) – Experiencia Internacional*”, publicado em “*1º Forum de Direito do Seguro – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro*”, pps 129 e seguintes, Ed. Max Limonad, São Paulo, 2000.

12. SOBRINO, Waldo Augusto Roberto; “*Derecho de Seguros: La Cláusula “-Claims Made”*”, publicado em “*Jurisprudencia Argentina*”, Nº 5.969, janeiro de 1996.

ção da cláusula “*Claims Made*”¹³, já que isso faz parte do “dever de informação” a ser observado pelo corretor de seguros.¹⁴

6. OBRIGAÇÕES DE MEIO E OBRIGAÇÕES DE RESULTADO

6.1) Sem prejuízo de que existam certos autores que critiquem a distinção entre “obrigações de meio” e “obrigações de resultado”, entendemos que essa classificação é uma ferramenta interessante para estabelecer certa sistematização das distintas obrigações (especialmente dos profissionais).

Assim, nas “obrigações de meio”, encontramos uma típica responsabilidade subjetiva, de forma tal que se analisa a conduta diligente ou negligente do profissional.

Já no tocante às “obrigações de resultado” se estuda a responsabilidade através do prisma da responsabilidade objetiva, de maneira que não interessa existência de culpa do agente, pois seria responsável pela falta de obtenção de um “*opus*”.

6.2) No caso específico dos corretores de seguros, verificam-se duas classes de obrigações; algumas delas são “de meio” e outras são “de resultado”.

Obviamente, este não é o momento para aprofundar essa questão, senão, somente, para aclarar que dividimos as bondades de tal distinção entre “obrigações de meio” e “obrigações de resultado”.

Assim mesmo, entendemos pertinente ressaltar – seguindo o mestre espanhol Mariano Yzquierdo Tolsada – que dentro das “obrigações de meio” existem “obrigações fragmentárias de resultado” (por exemplo, no caso de uma intervenção cirúrgica – obrigação de meio –, as obrigações

13. SOBRINO, Waldo Augusto Roberto; “*La Cláusula ‘Claims Made’ y el Seguro de Responsabilidad Civil (especialmente para Profesionales)*”, publicado em “*Revista de Derecho Doctrinal de Derecho*” (Espanha) (Internet: <http://publicaciones.derecho.org/doctrinal/index.cgi/?Argentina3>)

14. Sobre esta questão retornaremos mais adiante, quando analisarmos as obrigações do segurador.

fragmentárias de resultado seriam a higiene do cirurgião, a assepsia instrumental etc.)¹⁵.

Frente ao exposto, tal serve para efeito da análise da responsabilidade do corretor de seguros, pois entendemos que devemos estudá-la como uma “obrigação de meio”, mas com algumas “obrigações fragmentárias de resultado”¹⁶.

Com efeito, como princípio geral, a obrigação do corretor de seguros é de atividade (de meio), em virtude da qual deve desenvolver uma conduta diligente como, por exemplo, assessorar o segurado a identificar a cobertura mais conveniente, pois “os agentes de seguros têm o dever ante seus clientes de aconselhar-lhes sobre os seguros que devem contratar e qualquer prejuízo decorrente da inobservância desse dever pode originar-lhes uma responsabilidade”¹⁷.

Mas o corretor também tem “obrigações fragmentárias de resultado” que consistem em pequenos resultados inseridos numa obrigação principalmente de meio.

Desta forma, o corretor estaria obrigado (como resultado) a “entregar imediatamente à companhia de seguros os prêmios recebidos do segurado” (art. 10, inc. 1, apartados f- y.g-); certificar-se de que a apólice de seguros contenha as estipulações e condições sob as quais o segurado decidiu cobrir o risco (art. 10, inc.1, partado d, “in fine”, da lei 22.400) etc.

Na continuação, analisaremos as diferentes obrigações que tem o corretor de seguros.

15. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano; “*La Responsabilidad Civil del Profesional Liberal – Teoria General*”, pp. 262/269, Editorial Reus, Madrid, Espanha, 1989.

16. SOBRINO, Waldo Augusto Roberto; “*La Responsabilidad Profesional de los Abogados*”, publicado em “*Revista de Direito do Consumidor*” n° 32, Outubro/Dezembro de 1999, do “*Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor*”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, Brasil, 1999.

17. CHARTERED INSURANCE INSTITUTE; “*Seguro de Responsabilidad Civil*”, página 46, trad. Manuel Vivas Diaz-Berrio, Editorial Mapfre, Madrid, Espanha, 1982.

7. OBRIGAÇÕES DO CORRETOR DE SEGUROS

As obrigações do corretor de seguros se manifestam ao longo de toda a relação entre o segurado e a companhia de seguros, começando na etapa pré-contratual, quando deve efetuar uma análise pormenorizada de todos os riscos e assessorar sobre as diferentes coberturas possíveis; passando pelo período de eficácia do contrato, já que é o nexó que vincula o segurado e a seguradora; e, eventualmente, no caso em que se realize o sinistro, é o corretor quem deve tomar todas as precauções e diligências pertinentes para lograr o pagamento da indenização^{18 19}.

7.2) Prestações principais.

Dentro das distintas obrigações do corretor de seguros frente ao segurado se encontram:

a) assessorar o segurado para brindá-lo com a mais adequada cobertura;

b) informar o segurado, de forma detalhada e exata, sobre as cláusulas do contrato, sua interpretação e extensão;

c) certificar-se de que a apólice de seguro contenha as estipulações e condições sob as quais o segurado decidiu cobrir o risco;

d) comunicar à entidade seguradora qualquer modificação do risco que venha a ter conhecimento;

e) entregar à seguradora os prêmios pagos pelo segurado;

f) assessorar o segurado durante a vigência do contrato acerca de seus direitos, deveres e obrigações, particularmente, em relação aos sinistros.

g) executar com a devida diligência e prontidão as instruções que receba do segurado.

7.3) Prestações acessórias.

18. RIPERT, Georges – BOULANGER, Jean; *Tratado de Derecho Civil, según el Tratado de Planiol*, Tomo VIII, "Contratos Civiles, Sexta Parte. 'Seguros', Sección I, Formación del Contrato", pp. 552 e seguintes, trad. Dra. Delia García Daireaux, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1987.

19. TZIRULNIK, Ernesto: *Regulação de Sinistro*, Ed. Max Limonad, 2. ed, São Paulo, 2000.

Existem diversas obrigações acessórias do corretor de seguros, entre elas, agir de boa-fé.

É pertinente assinalar que o fato de serem obrigações acessórias não implica – em absoluto – que sejam secundárias, senão que são genéricas a todos os contratos (as específicas são as próprias de cada contrato).

É óbvio que a boa-fé deve existir em todos os contratos. No entanto, no caso *sub examine*, adquire uma importância superlativa. Por isso tem-se sustentado que o contrato de seguros é de *uberrimae bona fidei*; por isso sua aplicação é mais freqüente e rigorosa²⁰.

Entre essas obrigações acessórias, derivadas da boa-fé, também se encontram incluídos o dever de informação, a reserva das informações obtidas, o segredo profissional etc.

Em relação ao dever de informação, é indispensável ressaltar sua importância superlativa.

É que este *dever de informação* encontra-se estreitamente vinculado com o “*princípio de confiança*”²¹ que o segurado deposita no corretor de seguros no momento de contratar um seguro.”

Ambos repousam no princípio da boa-fé, cuja importância substancial tem sido mostrada tradicionalmente pela Corte Suprema de Justiça da Nação, ao ensinar que “*o princípio fundamental de boa-fé, que informa e fundamenta todo nosso ordenamento jurídico, tanto público como privado, está enraizado nas mais sólidas tradições éticas e sociais de nossa cultura.*” (Corte Suprema de Justiça da Nação; *in re*: “*Martinelli, Os-*

20. HALPERIN, Isaac; “*Seguros – Exposición Crítica de las Leyes 17.418 y 20.091*”, pp. 50/51, 2. ed., atualizada por Juan Carlos MORANDI, Ediciones Depalma Buenos Aires, 1983.

21. NICOLAU, Noemí L.; “*El Principio de Confianza en el derecho civil actual*”; em “*Jurisprudencia Argentina*”, p. 3, setembro de 2001; citando Jacques Ghestin, “*...el contenido de la confianza en materia precontractual, cuando afirma que la parte que conocía, o debía conocer, en razón especialmente de su calificación profesional, un hecho que sabía era de importancia determinante para el otro contratante, está obligado a informárselo, cuando éste tiene la imposibilidad de saberlo por él mismo o cuando puede legítimamente tener confianza en su cocontratante, en razón de la naturaleza del contrato, de la calidad de las partes, o de las informaciones inexactas que este último le había suministrado...*”.

car vs. Coplinco Compañia Platense de la Industria y Comercio S.A.", Fallos: 316:3118).

Desta forma, o corretor de seguros tem a obrigação de explicar, ressaltar e informar ao segurado todas as características do seguro e, em especial, todas aquelas circunstâncias que limitam e/ou restringem as coberturas e/ou proteções do segurado (como, por exemplo, as "exclusões de cobertura").

8. RESPONSABILIDADE DA COMPANHIA DE SEGUROS FRENTE AO SEGURADO

8.1) Responsabilidade da companhia de seguros frente ao segurado por ações da própria companhia: resulta evidente que a relação existente entre o segurado e a companhia de seguros é de índole contratual (pois se encontram vinculados por uma apólice de seguro, que registra um contrato).

Assim, pois, cada um deles terá que cumprir a obrigação assumida no contrato de seguro (v.g. como principais obrigações: o segurado deverá pagar o prêmio e a companhia seguradora deverá prestar a garantia, de modo que pague a indenização, caso ocorra o sinistro).

A estas obrigações e relações podemos chamar "diretas". Em troca, existe outro tipo de relação (que chamaremos indiretas), que são as que se produzem por meio do *corretor de seguros*.

Mas essa relação entre o segurado e a companhia de seguros pode chegar a tornar-se mais complicada com a intervenção do corretor de seguros, especialmente pelas – limitadíssimas – faculdades (teóricas) que lhe outorga a Lei de Seguros (art. 53).

8.2) Responsabilidade da companhia de seguros frente ao segurado por ações do corretor de seguros.

O corretor de seguros não é, como parece induzir a Lei de Seguros, um *correveidile* (nem da companhia e nem do segurado), mas um profissional capacitado, que comete tarefas de grande responsabilidade.

Tanto é assim que as próprias seguradoras lhes outorgam muitos elementos que os fazem parecer mais que meros auxiliares frente ao cliente, provendo-lhes:

Infraestrutura: como, por exemplo, "escritórios" dentro do mesmo edifício da seguradora;

Serviços: por exemplo, quando são os próprios corretores que realizam as inspeções dos riscos ou dos danos de um sinistro etc.;

Papelaria: blocos, canetas, livros, papel timbrado do corretor com o logotipo da seguradora etc.;

Cobrança de apólices, mediante entrega de recibos da companhia ou, inclusive, em muitas oportunidades, havendo anuência da seguradora, mediante emissão de recibos do próprio corretor etc.;

Propaganda: onde figuram a seguradora e o corretor (ver a respeito a Lei 24.240) levando aos olhos do cliente a aparência de que o corretor de seguros e a companhia seguradora formam um só centro de interesses;

Por analogia (e sem que tenha, estritamente, uma relação direta), muitas vezes esta relação existente entre a seguradora e o corretor recorda-nos o que acontece no “*franchising*”, entre o franqueador e o franqueado, que aparecem (em geral e na propaganda, em especial) como se fossem a mesma pessoa frente ao cliente ou consumidor (acarretando a pertinente responsabilidade do franqueador pelos atos do franqueado)²².

Em muitos casos, por atos da seguradora ou por atos do próprio corretor de seguros (ou por ação de ambos) se produz frente ao segurado uma “aparência jurídica”, embora o corretor não seja, exatamente, a própria seguradora, pelo menos se pensa que é um representante da seguradora (e que está autorizado por esta a praticar os atos que pratica).

8.3) Teoria da “aparência”.

Tudo o que já foi exposto nos leva a analisar a trilogia jurídica (segurador/corretor/seguradora) por meio da teoria da aparência.

De acordo com o que foi dito, às vezes, com aceitação da seguradora (e em muitos casos diretamente provido pela seguradora), o corretor possui infraestrutura, serviços, papelaria, propaganda etc., que “aparentam” frente ao segurado a existência de uma íntima e estreita relação (jurídico/contratual) entre corretor e seguradora, que quase os faz fundir, tornarem-se um só.

Deve-se ter presente o que Soler Aleu denomina “atuação extensiva” do corretor de seguros, ou seja, quando este atua além das faculda-

22. SOBRINO, Waldo Augusto Roberto; “*La Responsabilidad en el Franchising*”, em “*Jurisprudencia Argentina*” n° 6.030, março de 1997.

des que lhe correspondem, mas, em muitos casos, com o consentimento da seguradora. Desta forma, "a atuação extensiva admitida e tolerada pelo segurador outorga um mandato tácito ao agente e os atos celebrados por este são oponíveis ao segurador"²³.

Além do que, limitadamente, possa sustentar a Lei de Seguros no que diz respeito ao corretor, resulta pertinente recordar Karl Friederich von Savigny, que ensinava que o Direito é como o idioma: faz-se pouco a pouco e, fundamentalmente, nutre-se da realidade dos fatos. Portanto, ainda que a Lei 17.418 não queira outorgar ao corretor certas faculdades, a prática diária (reiterada pelas seguradoras) deu-lhe certas prerrogativas. Como tantas vezes acontece, a realidade (a prática) supera a mera teoria (a lei).

A Lei de Seguros outorga pouquíssimas atribuições ao corretor de seguros. Em compensação, a prática diária lhe outorga muitas mais. Entretanto, também não se deve passar ao outro extremo, ou seja, de que "sempre o corretor representa a companhia de seguros". Deve-se analisar, pontual e especificamente, cada caso concreto e somente quando todos os elementos necessários estiverem presentes chegar-se à conclusão de que as atividades do corretor vinculam juridicamente a seguradora.

Para analisar a "aparência jurídica" do corretor de seguros não se deve estudar apenas sua própria conduta, mas também deve se ter em conta aqueles que estão de ambos os lados do corretor: o segurado e a companhia de seguros.

Dessa forma, no que se relaciona ao segurado, deve-se exigir total "boa-fé", ou seja, realmente acreditar que o corretor possuía os poderes que aparentava. Por outro lado, também se deve ter em conta a conduta positiva da seguradora ao conceder-lhe empiricamente esses poderes, ou por consentir que o corretor de seguros se arrogue o direito de representação da companhia que, em teoria, não possuía²⁴.

23. SOLER ALEU, Amadeo: *Agentes y Productores de Seguros – Su regimen juridico – Ley 22.400*, p. 112, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981.

24. ETCHEVERRY, Raúl Anibal: *Homenaje al Profesor Hans Moller: El Productor-Asesor de Seguros en cuanto a la responsabilidad que asume la empresa aseguradora por sus actos*, Conferência realizada em 1979, no Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, organizada pela "Asociación Argentina de Derecho de Seguros", em "Seguros", nº 77, janeiro de 1980, p. 40.

Reiteramos que não somente é necessário que a companhia de seguros realize atos positivos outorgando prerrogativas ao corretor de seguros, como também têm relevância jurídica os atos omissivos, em que se tolera que o corretor realize atos para os quais, em teoria, não estaria facultado.

Assim, nossa jurisprudência tem ensinado que, “além das atribuições que a seguradora possa ter assinalado a seu corretor, é óbvio que pelo menos tolerou todo um acúmulo de faculdades que aquele exerceu de fato frente aos segurados, de modo que estes puderam legitimamente crer que a extensão aparente do mandato compreendia a realização de atos como os questionados no pleito”, agregando que “os pagamentos aduzidos pela reclamante, feitos por meio de um agente que, ao menos à vista dos segurados e com a aquiescência do segurador, tinha faculdades suficientes para recebê-los, ainda quando não pudesse emitir recibos pertinentes, tiveram a virtude de habilitar a cobertura para o futuro, com a conseqüente aquisição por parte do segurado do direito a ser indenizado pelo sinistro” (Câmara Nacional Comercial, Sala “A”, publicado na Revista “El Derecho”, em 29 de agosto de 1985)²⁵.

Em relação a isso, Meilij-Barbato tem ensinado que “sem prejuízo das faculdades que a lei concede aos agentes não instituídos, toda vez que haja um mandato tácito resultante de uma aparência com que atua o agente ante o segurador, esse último poderá ser responsabilizado pelos atos do corretor em virtude do disposto no art. 1874 do Código Civil”, aduzindo o mesmo autor que “não há que ir muito além para encontrar, em tais casos, a causa da responsabilidade do segurador”²⁶.

No caso, portanto, de se configurarem os elementos antes descritos, que nos convençam que existiu a “aparência jurídica”, muitas atividades para as quais, teoricamente, o corretor não estaria habilitado, terão validade jurídica e, portanto, vinculam legalmente a companhia de seguros.

Isso é assim, pois, como ensinava o professor Carnelutti, “há si-

25. TORIBIO, Eduardo Alberto; “*Un fallo judicial y conceptos que conviene recordar*”, “Seguros”, n° 146, outubro de 1985, p. 22.

26. MEILIJ, Gustavo Raul – BARBATO, Nicolas Hector; “*Tratado de Derecho de Seguros*”, p. 229, Editorial Zeus, Rosario, 1975.

tuações de fato que têm a aparência de ser situações de direito" e, por isso, devem ser amparadas²⁷.

Para finalizar, entendemos pertinente citar Soler Aleu, para quem "quando o corretor assessor se excede em sua atuação e o segurador conhece a atuação mais extensa e a tolera, responde o segurador pelos atos celebrados pelo produtor assessor, ainda que não exista mandato ou representação", parafraseando Jossierand, quando ensinava que "aquele que cria uma aparência se torna prisioneiro dela e deve responder pelas conseqüências"²⁸.

8.4) A relação de dependência civil ou comercial (não empregatícia).

Intimamente relacionada com o que foi antes exposto, encontra-se a análise desta questão particular por meio da relação de dependência civil ou comercial (não empregatícia), expressamente regulada pelo art. 1113, parágrafo primeiro, do Código Civil.

Na maioria dos casos, não existe um vínculo empregatício entre o corretor de seguros e a companhia seguradora. Mas, não obstante, seria possível a existência de uma relação de dependência civil ou comercial que tornaria a seguradora responsável pelos atos do corretor de seguros.

O art. 113 do Código Civil, quando se refere à relação de dependência, não o faz somente no que diz respeito a vínculo empregatício, mas inclui, também, a relação de dependência civil ou comercial.

Ao pretender oferecer um conceito de relação de dependência civil, evidentemente, encontramos-nos em face de uma questão sumamente delicada, porque se formos muito amplos, a cadeia de responsáveis poderia ser interminável, mas se formos muito restritivos, podemos dar lugar a situações injustas.

Doutrinariamente, diversos critérios sobre a relação de dependência têm sido expostos, sendo muito interessante a posição de Jorge Alberto Mayo, ao expressar que é determinante ter presente que o dependente

27. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; "Daños causados por los Dependientes", p. 118, nota 11, com citação de Compagnucci de Caso. "Responsabilidad contractual indirecta"; Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1992.

28. SOLER ALEU, Amado; "Agentes y Productores de Seguros - Su régimen jurídico - Ley 22.400", p. 170, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981.

tende à ampliação da esfera de ação do principal e, portanto, corresponde analisar “se a atividade daquele a quem se atribui um encargo é realizada de tal modo que constitua, imediatamente, a expansão e o prosseguimento da atividade do principal, para satisfazer um interesse próprio deste”²⁹.

Fundamentado o exposto no que se refere à relação de dependência em geral, devemos, agora, analisar a situação em que se encontram os corretores de seguros perante as companhias seguradoras.

Na relação bastante particular existente entre o corretor de seguros e a companhia de seguros, encontramos-nos diante de duas premissas fundamentais:

a) por um lado, o corretor de seguros é um profissional que trabalha de forma independente;

b) por outro lado, temos que a companhia de seguros (salvo os casos de “seguros diretos” ou através de suas sucursais e/ou agências) contratam com o segurado por meio do corretor de seguros. Além disso, é muito difícil pensar em uma seguradora que funcione sem corretores de seguros.

A tudo isso devemos agregar outro aspecto prático de suma importância: na maioria dos casos (especialmente, nos casos de pequenos segurados), de fato, quase não existe relação entre o segurado e a companhia de seguros, dado que tudo se realiza por meio do corretor de seguros. Portanto, figuradamente, em todos os fatos, aos olhos do pequeno segurado, o corretor é a companhia de seguros.

Assim, os “trâmites da proposta de seguro”, as “modificações do risco”, a “inclusão de novos objetos segurados”, as “denúncias do sinistro”, às vezes a “inspeção de riscos”, o “pagamento do prêmio” e (em muitos casos) a “cobrança de indenizações” são feitos frente ao corretor de seguros. Obviamente, tudo isso com o conhecimento e consentimento da companhia de seguros.

Tendo em conta o exposto, é pertinente sustentar que “em geral, quem encarrega outro de uma função ou lhe permite trabalhar dentro da

29. MAYO, Jorge Alberto; *“Dos aspectos de la responsabilidad por los hechos de los dependientes”*, en *“Responsabilidad por Danos – Homenaje a Jorge Bustamante Alsina”*, Tomo II, p. 90, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

esfera dos próprios assuntos não pode alegar encontrar-se totalmente desentendido quanto às maneiras ou características do desdobramento da atividade"³⁰.

Aprofundando ainda mais a questão, entendemos pertinente recordar o que foi explicado por Aída Kemelmajer de Carlucci, quando sustenta que o desenvolvimento do mundo atual está passando da "dependência" à "pertinência" e da "subordinação" à "organização". Concretamente, refere-se a "pertinência à organização econômica da empresa", de forma tal que a característica da relação de dependência civil já não seria a dependência e a subordinação, mas a pertinência e a organização³¹.

Nesse sentido, vem a calhar o ensinamento de Soler Aleu: "a ação culposa do corretor-assessor de seguros pode inclusive chegar a comprometer a responsabilidade do segurador, seu principal, pela aplicação dos artigos 113 e 1122 do Código Civil. Não devemos perder de vista que o corretor-assessor de seguros tem uma relação de dependência e subordinação jurídica com o segurador, não obstante esteja ausente a relação de dependência e subordinação trabalhista, excluída pelo art.11 da Lei 22.400"³².

A esta altura, entendemos pertinente recordar o que foi resolvido nas "Cuartas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal", realizadas na cidade de Junin, em 1990, (na Comissão 6, tema A, resolução A). Determinou-se que "o segurador amplia sua esfera negocial mediante a intervenção de auxiliares, sendo responsável pelas ações danosas destes dentro dos limites de suas funções".

Agregando-se, em seguida, que "tal responsabilidade se baseia no

30. ZAVALA de GONZALEZ, Matilde; "Personas, casos y cosas en el Derecho de Daños", página 96, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1991. Ainda assim, também afirma a autora citada que "...en principio, la ejecución de una función para alguien debe entonces conllevar, al menos, a una presunción 'iuris tantum' sobre la existencia de dependencia..."

31. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; "Daños causados por los Dependientes", p. 66, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1992.

32. SOLER ALEU, Amadeo; "Responsabilidad del Productor-Asesor de Seguros", em "Seguros", nº 169, novembro de 1987, pp. 18/19.

dever de garantia que tem todo aquele que realiza uma atividade econômica da qual obtém benefício, aumentando o risco”.

Desta forma, podemos afirmar que a relação do corretor de seguros e da companhia seguradora seria uma “relação de dependência comercial funcional”, em virtude da qual, em alguns casos, certos fatos e condutas do corretor podem ser opostos à seguradora, de forma tal que tais atos vinculariam o segurado e a companhia de seguros³³.

Além de tudo isso, também devemos ter presente que nos casos em que o “segurado” seja um “consumidor” devem ser aplicadas a Lei de Defesa do Consumidor (Lei 24.240) e a Lei 24.999, que estabelecem a responsabilidade objetiva de toda a cadeia de comercialização.

Como corolário de todo o exposto, apesar do que diz a Lei de Seguros, entendemos que o corretor de seguros pode ser considerado como um representante da companhia de seguros frente ao segurado. Para isso, deve-se analisar cada caso em particular, levando em consideração, entre outras coisas: a conduta do segurado (que atua de boa-fé); a forma de atuar do corretor de seguros (v.g. que aparente ser um representante da companhia de seguros, e que, além disso, pertença à organização de comercialização da seguradora); e, finalmente, que a companhia de seguros (por ação ou omissão) consinta essa situação.

9. RESPONSABILIDADE DO CORRETOR DE SEGUROS FRENTE AO SEGURADO.

9.1) É conhecido o caminho desenvolvido pela doutrina e jurisprudência no que diz respeito à “responsabilidade profissional” em geral, em que, em princípio, sustentava-se que se devia exigir uma “culpa grave” do profissional para poder atribuir-lhe responsabilidade³⁴.

33. TORIBIO, Eduardo Alberto; “Un fallo judicial y conceptos que conviene recordar”, em “Seguros”, nº 146, outubro de 1985, p. 22.

34. MOSSET ITURRASPE, Jorge – KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída – GHERSI, Carlos Alberto; “*Responsabilidad Civil*”, p. 455, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1992.

9.2) Depois de uma lenta evolução, a doutrina é conteste em que se deve tratar de uma culpa, de acordo com os parâmetros previstos no art. 512 do Código Civil, que é idêntico ao art. 1104 do Código Civil da Espanha, que estabelece que é "a omissão daquela diligência que exija a natureza da obrigação e corresponda às circunstâncias das pessoas, do tempo e do lugar"³⁵.

Também é conveniente assinalar que é pertinente a aplicação do art. 902, que estabelece que "quanto maior o dever de agir com prudência e pleno conhecimento das coisas, maior será a obrigação que decorra das conseqüências possíveis dos fatos"³⁶.

Dessa forma, a culpa profissional do corretor de seguros não se diferencia da noção de "culpa" geral prevista no art. 512 do Código Civil³⁷.

Do mesmo modo, também é aplicável o art. 902, que determina que a responsabilidade se aprofunda quanto maior é o dever de atuar com cuidado e previsão. Essa é a posição da jurisprudência norte-americana, dado que além da responsabilidade própria ou comum dos profissionais, a mesma se acentua naqueles casos em que o corretor de seguros "aparenta" ser um especialista. Dessa forma, quando o corretor de seguros se apresenta (através de sua papelaria ou cartões) como "*Insurance Advisor*", "*Insurance Counselor*", "*Insurance Specialist*" etc., maior será a responsabilidade que caberá ao corretor de seguros, como conseqüência da culpa em que houvesse incorrido³⁸.

Em outros casos, em que a obrigação é de "resultado", como, por exemplo, a entrega do dinheiro à companhia de seguros (que foi entregue

35. PUIG BRUTAU, José; "*Fundamentos de Derecho Civil*", Tomo II, V. III, p. 90, Editorial Bosch, Barcelona, Espanha, 1983.

36. SOBRINO, Waldo Augusto Roberto; "*La Responsabilidad Profesional de los Abogados*", em "*Revista de Direito do Consumidor*" nº 32, Outubro/Dezembro de 1999, do "*Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor*", Editora Revista do Tribunais, São Paulo, Brasil, 1999.

37. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge; "*Teoria General de la Responsabilidad Civil*", p. 493, parágrafo nº 1.359, 8. ed., Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

38. PURCELL, Heriberto; "*La Responsabilidad Legal del Productor-Asesor de Seguros*", em "*Seguros*", nº 172, fevereiro de 1988, p. 41.

ao corretor de seguros como pagamento do prêmio), nem é necessária a existência da *culpa*.

Por isso, o não-cumprimento de algumas das “*Obrigações do corretor de seguros*” (que analisamos “*ut supra*”), seja de “*prestações principais*”, seja de “*prestações acessórias*”, pode gerar a responsabilidade profissional do corretor de seguros.

10. EM DIREÇÃO A UMA NOVA CLASSE DE CORRETOR DE SEGUROS?

10.1) O professor Juan Carlos Felix Morandi³⁹ ensinava as distintas etapas históricas dos corretores de seguros, determinando que em uma primeira etapa⁴⁰ utilizava-se a figura do “*mediador*”, ou seja, um profissional que não somente vinculava o segurado à companhia de seguros, mas também cumpria funções técnicas, dado que administrava o negócio, determinava as obrigações das partes, se fazia responsável frente à autoridade pública etc.

Em uma segunda etapa, à medida que as seguradoras foram tendo maior capacidade técnica, a figura do “*mediador*” foi sendo trocada pela do “*corretor de seguros*”, tal como conhecemos atualmente.

10.2) Advertia-nos o professor Morandi, no entanto, que, nos últimos anos, vem surgindo uma nova categoria: o “*corretor-mediador*”, ou seja, um profissional com grande preparo técnico, que assessora o cliente em uma grande variedade de questões, como, por exemplo, análise de coberturas, seleção de seguradoras, comparação e seleção de distintas companhias de seguros, consultoria sobre as distintas cláusulas das apólices.

De forma tal que, mais que mera “*intermediação*”, essa nova categoria oferece um serviço muito mais completo, dado que inclui um serviço de “*consulta*” e “*assistência*” em cada um dos seguros do cliente.

39. MORANDI, Juan Carlos Félix; “*Marco Normativo del Productor de Seguros en el Siglo XXI*”, em “*Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*” n° 6, Pontificia Universidad Javeriana, 1995.

40. Desde o século XIV até o século XVIII.

10.3) Apesar do aprofundamento desta categoria exceder os limites do presente trabalho, não queremos deixar de ressaltar a importante função do "corretor-mediador" neste tipo de tarefas.

Com efeito, dentro das tantas características da "pós-modernidade", podemos ressaltar, por um lado, a "globalização" das relações mundiais e, por outro, a irrupção da "alta tecnologia" (v.g. *internet*, *e-commerce*, projeto genoma humano, clonagem etc.).

É aqui onde o "corretor-mediador" vai cumprir funções muito importantes, dado que esta etapa do mundo está gerando "novas responsabilidades", as quais devem ser amparadas por "novos seguros".

Assim, a função do "corretor-mediador" terá um duplo aspecto, a saber: por um lado, aprofundar-se-á no conhecimento e investigação das "novas responsabilidades", como, por exemplo, danos ambientais⁴¹, responsabilidades derivadas da *internet* (*internet service providers*), empresas de acesso à *internet*, empresas provedoras de serviço de *hosting*, empresas provedoras de serviços de *housing*, "Directors & Officers" etc.; e, por outro lado, colaborar na criação e elaboração de "novos seguros", que amparem essas novas responsabilidades que, há poucos anos, sequer eram previstas.

10.4) Tudo isso demonstra que a atividade do corretor de seguros não é uma tarefa estática e monótona. Muito pelo contrário. As constantes transformações tecnológicas, que tantos desvelos produzem aos homens do direito, também têm repercussão nos corretores de seguros, tendo em conta que são eles quem devem assessorar os clientes e buscar amparo para essas novas responsabilidades⁴².

41. ROMERO ALARCÓN, Manuel; "Gestión Técnica del Riesgo Ambiental Industrial", em "Estudios sobre la Responsabilidad Civil Medioambiental y su Aseguramiento", AIDA (Seção Espanhola) e MAPFRE, Madrid, Espanha, 1997.

42. SOBRINO, Waldo Augusto Roberto; "Las Nuevas Responsabilidades legales derivadas de Internet & E-Commerce y los nuevos Seguros que amparan los riesgos", publicado em março de 2001, na "Revista Electrónica de Derecho Informático" ("R.E.D.I."), Espanha (Internet: <http://publicaciones.derecho.org/redi/No.32-Marzo-del-2001/3>)

11. AS NOVAS FORMAS DE CONTRATAÇÃO PELA INTERNET

11.1) Uma das questões técnicas que mais alterações tem introduzido no mundo dos negócios é a “telemática”, ou seja, a “simbiose das telecomunicações e da informática”.

Além das importantes modificações nos “novos riscos” e os “modernos seguros”, também se está produzindo importantes transformações no campo da “comercialização” (em geral) e nos seguros (em particular).

11.2) No próprio âmbito dos seguros, é mister ressaltar que os últimos estudos realizados indicam que ainda não se produziu uma transformação radical na comercialização, dado que cerca de 20% das companhias de seguros contratam através da *internet* e somente 10% dos corretores de seguros oferecem seguros por meio da rede.

Sem prejuízo disso, as projeções indicam que, nos últimos três anos, a porcentagem de companhias de seguros⁴³ aumentará 90% e de corretores de seguros cerca de 75%⁴⁴.

Já existem, inclusive, empresas de corretores de seguros em que a comercialização de seguros se realiza unicamente através da *internet* ou por telefone. Por exemplo, uma dessas empresas conta com uma carteira de 300.000 apólices de seguros⁴⁵.

11.3) É pertinente ressaltar que a possibilidade de contratar pela *internet* abrirá uma grande possibilidade para a comercialização de seguros. Mas tal maneira de intermediar vai abrir, também, um novo campo de responsabilidade (quase desconhecido até a data de hoje).

43. Segundo *Price Waterhouse Coopers Consulting & The Economist Intelligence*, “*más de 150 de las principales Compañías de Seguros del mundo tienen previsto aumentar sus inversiones en tecnologías de e-business en una media del 89 % durante los próximos tres años.*”

44. El Informe “2001: *eInsurance Survey*”, da Consultora Booz, Allen & Hamilton afirma que no ano “2005 el mercado de seguros ‘on line’ alcance el 1,5 % del total de primas emitidas suscriptas por el conjunto del sector.”

45. Ver: www.delitosinformaticos.com, onde encontramos a informação de que a empresa “*Línea Directa Aseguradora, perteneciente al grupo Bankinter y la aseguradora inglesa Direct Line Insurance, dispone de una cartera de 300.000 pólizas.*”

Tanto é assim que um estudo indica que "os agentes e corretores de seguros seguirão dominando a distribuição", esclarecendo que "serão os primeiros a adotar com entusiasmo as novas possibilidades que a tecnologia da *internet* abre, o que os permitirá conservar uma grande parte de suas atuais atribuições. Com o tempo, os agentes e corretores poderão escolher formar sua carteira somente com aquelas companhias que lhes permitam trabalhar *on line*"⁴⁶.

11.4) Com efeito, a experiência nos indica que, atualmente, a comercialização de seguros por meio da rede aponta para o aspecto "*quantitativo*", ou seja, aqueles seguros que se dirigem às pessoas comuns (e não às empresas).

Isso implica que o contratante será o típico "consumidor de seguros", que estará amparado pela Lei de Defesa do Consumidor (Lei nº 24.240) e toda sua normativa protetora⁴⁷.

Assim, deve-se ter presente que a relação entre o corretor de seguros e o "consumidor de seguros" é a que existe entre o "profissional" e o "profano", ou seja, entre um "especialista" e um "ignorante" no tema de seguros.

E, além disso, a outra grande responsabilidade do corretor de seguros é que ele deve "assessorar" de maneira completa e efetiva o segurado, de forma tal que o cliente adquira o seguro que realmente necessita e que ampare seus interesses.

11.5) Do mesmo modo, outra questão transcendente é a possibilidade de contratação do seguro pela *internet*.

A doutrina mundial está discutindo as características e problemas que atingem a realização dos contratos por meio da *web*. Um dos temas mais delicados é a proteção dos consumidores nesta classe de contratos telemáticos.

E, dentro da categoria dos "consumidores" em geral, um dos mais desprotegidos são os "consumidores de seguros" e, especialmente, os "consumidores de seguros através da *internet*".

46. Informe realizado por *Price Waterhouse Coopers Consulting & The Economist Intelligence*.

47. SOBRINO, Waldo Augusto Roberto; "El 'Consumidor de Seguros' y la Cláusula 'Claims Made'", publicado em 2001, em *Vlex "Revista de Derecho"*, Seção "Derecho de Seguros" (Internet: <http://vlex.com.ar/cn/Derecho de Seguros/1>).

Um dos agravantes na proteção dos segurados é o que a doutrina tem denominado contratos “*shrink wrap*”, ou seja, aqueles contratos que se formalizam e sobre os quais o consumidor dá seu “consentimento”, mas sem ao menos ter a oportunidade de ler o contrato.

Com efeito, na maioria dos contratos efetuados pela *Internet*, o “consentimento” se outorga por meio de um “*click*”, por meio do *mouse*, no botão que indica “*I agree*” (“*estou de acordo*”).

O grande problema, no entanto, é que, muitas vezes, o consumidor não teve oportunidade de ler o contrato a respeito do qual oferece sua aceitação. Ou seja, é um grande paradoxo: havia outorgado o “consentimento” aceitando as condições de um contrato que nunca pode analisar.

Em outras palavras, a desproteção do consumidor atinge grandes proporções, dado que, além de tratar-se de um “*contrato de adesão*”, a desproteção é agravada porque o contrato se formaliza através de um acordo “*shrink wrap*”

11.6) Isso pode agravar a responsabilidade do corretor de seguros, dado que se o contrato de seguros, formalizado pela *web*, por meio de um corretor de seguros, tem alguma falha ou produz a vulnerabilidade (“desproteção”) do segurado, é muito provável que, além de atribuir-se responsabilidade ao corretor por mal assessoramento, também se possa dizer que o segurado nem sequer pôde ler o contrato antes de oferecer seu consentimento⁴⁸.

12. OS RISCOS MODERNOS DAS EMPRESAS, DERIVADOS DA ALTA TECNOLOGIA

12.1) Entendo que nos próximos anos, a todos que lidam com o direito, se apresentará um dos maiores desafios que já ocorreram: o surgimento de “*novas responsabilidades*”, derivadas de “*modernos riscos*”, que até muito recentemente pareciam de ficção científica.

48. Inclusive, seria muito importante analisar se dito “consentimento” é legalmente válido, considerando ser evidente que nada pode aceitar ou prometer sua aceitação sobre certas obrigações que não poderia conhecer.

Essas "novas responsabilidades" têm como denominador comum a "alta tecnologia".

12.2) Com efeito, a "alta tecnologia" está produzindo transformações de tamanha magnitude que, muitas vezes, nos encontramos entre o assombro e a incredulidade.

Mas nossa função, como operadores do direito especializados em seguros, é tentar compreender estes "riscos modernos" para oferecer soluções legais⁴⁹.

12.3) Dentro dessa nova gama de riscos, existem três que, segundo nosso critério, são especiais:

- a) Danos ambientais;^{50 51}
- b) *Internet e e-commerce*;
- c) Projeto Genoma Humano.

a) Danos ambientais: à medida que se vai tomando maior consciência de que os prejuízos ecológicos são absolutamente diferentes dos tradicionais danos a que estamos acostumados, dado que os "desastres ambientais", por definição, quase não têm reparação efetiva.

b) *Internet e e-commerce*: o surgimento de novos danos derivados da *Internet* nos surpreende a cada dia, já que trata de questões que jamais

49. TZIRULNIK, Ernesto, "O futuro do Seguro de Responsabilidade Civil", em que se ensina com profundidade que "o futuro do seguro de responsabilidade civil é o proprio futuro do seguro", em "Retos y Oportunidades del Seguro y del Reaseguro en el Nuevo Milenio", p. 279 e ss., "Memorias del VI Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros, Cila 2000, Cartagena de Indias, Mayo 2000."

50. DIAZ BRAVO, Arturo: "La Responsabilidad Civil por contaminación del entorno y su aseguramiento", em "Estudios sobre la Responsabilidad Civil Medioambiental y su Aseguramiento", AIDA (Sección Española) e MAPFRE, Madrid, Espanha, 1997.

51. PAVELEK ZAMORA, Eduardo: "La cobertura del riesgo Medioambiental en las Pólizas de Responsabilidad Civil General (mención especial a los países iberolatinoamericanos)", em "Estudios sobre la Responsabilidad Civil Medioambiental y su Aseguramiento", AIDA (Sección Española) e MAPFRE, Madrid, Espanha, 1997.

havia sido sequer conhecidas anteriormente⁵². Entre muitos outros, podemos citar a violação da intimidade (através dos ‘cookies’)⁵³, os contratos pela internet⁵⁴, o surgimento dos novos contratos “shrink wrap”⁵⁵, a legislação aplicável⁵⁶, a utilização de “meta-tags”⁵⁷, o envio de “spams”⁵⁸, a problemática dos registros de nome de domínio de internet, os “hackers”, a responsabilidade por “hijacking”, os problemas devido ao “deep link”^{59 60}, as novas responsabilidades profissionais (por exemplo, na instalação de “fi-

52. SOBRINO, Waldo Augusto Roberto; “La Responsabilidad de las Empresas proveedoras de servicios de Internet (‘Information providers; Internet Service providers; Hosting providers y Access Service providers (con especial referencia a los casos de difamación de terceros)’”, publicado em 2000, em “Revista Electrónica de Derecho Informático” ([http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 25 - Agosto del 2000/4](http://publicaciones.derecho.org/redi/No.25-Agosto-del-2000/4))

53. LLANEZA GONZALEZ, Paloma; “Internet y Comunicaciones Digitales (Régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación)”, Capítulo V “Intimidad”; “Cookies”, p. 267, Editorial Bosch, Barcelona, 2000.

54. CARRASCOSA LOPEZ, V.; POZO ARRANZ, M. A.; RODRIGUEZ de CASTRO, E.; “La Contratación Informática: el nuevo horizonte actual (los contratos electrónicos e informáticos)”, Editorial Comnares, Espanha, Granada, 1999.

55. A primeira manifestação deste tipo de contrato foram as “shrink wrap licences”, pelas quais o consumidor que comprava um “software” pagava o preço (formalizava o contrato), mas só podia ler os termos daquele contrato quando abria a caixa em que vinha o “software” (depois da celebração do contrato e do pagamento do preço).

56. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A.; “Derecho Privado en Internet”, p. 432 e ss., Editorial Civitas, Madrid, 2000.

57. Ver sentença “Oppedhal & Larson vs. Advanced Concepts”, em “Chicago Daily Law Bulletin”; de 11 de setembro de 1997, “Hidden Code Sparks High-Profile Lawsuit”, http://www.loundy.com/CDLB/Meta_Tags.html

58. SOBRINO, Waldo Augusto Roberto; “Las ‘Cookies’ y el ‘Spam’ (y la violación de la ‘Privacidad’ y la ‘Intimidad’). Un análisis desde la óptica del Derecho Argentino”, publicado em junho de 2001, em “Revista Electrónica de Derecho Informático” (“R.E.D.I.”), Espanha (Internet: [http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 35 - Junio del 2001/3](http://publicaciones.derecho.org/redi/No.35-Junio-del-2001/3))

59. Ver sentença “Ticketmaster Corp. vs. Tickets.com”; em “The New York Times (on the web)”; “Technology / Cybertimes”, de 7 de abril de 2000, “Cyber Law Journal”, “Legality of ‘Deep Linking’ remains deeply complicated” by Carl S. Kaplan; <http://www.nytimes.com/library/tech/00/04/cyber/cyberlaw/07aw.html>

60. Ver “Law Com”, “Missing Links”, por Brenda Sandburg, de 19 de junho de 2000, em que se informa que já se tem registrado casos requerendo a proibição de “ya se han planteado casos requiriendo la prohibición de se obter links”.

rewalls"), as novas questões no direito trabalhista (v.g. "cyberslacking")⁶¹, chegando ao extremo de produzirem-se casos judiciais de "assédio sexual" via internet⁶³ etc.

c) Projeto Genoma Humano: o descobrimento do mapa genético foi, talvez, um dos mais importantes avanços dos últimos tempos. Essas novas fronteiras científicas, em mãos de pessoas responsáveis, podem chegar a implicar um avanço para toda sociedade. Mas, em mãos inescrupulosas, podem se tornar um risco ainda maior que a bomba atômica. É por isso que, doutrinariamente, se está propondo a elaboração de uma "Ordem Pública Tecnológica"⁶⁴.

Como exemplo, basta recordar a perigosa situação da "clonagem" ou a possibilidade de discriminar as pessoas, quando as companhias de seguros exigirem o mapa genético dos segurados⁶⁵.

Esses três temas têm em comum duas questões: uma quantitativa e outra qualitativa.

Quantitativa: os danos que podem ser produzidos repercutirão na vida de milhões de pessoas. Isso porque os danos ambientais expandem

61. JORNET AIXARCH, Ferrán: "El Derecho a la intimidad en el seno de la empresa: el control por parte del empresario del correo electrónico de sus trabajadores", "Boletín Jurídico Derecho.com", www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0015.htm (Octubre de 2000).

62. SEO, Diane: "Big Brother -or your Company- is watching you", "Salon.com", de 3 de agosto de 2000. www.salon.com/business/feature/2000/08/03/snoop/index.html

63. Ver sentença "Blakey, Tammy vs. Continental Airlines", Suprema Corte de New Jersey, de Mayo de 1999, em "Law Com New Jersey", "Worker sturred by peers online may sue employer". by Maru Gallagher, <http://205.147.247.214/nj-shl/display.cfm?id=2932>

64. SOBRINO, Waldo Augusto Roberto.; "La necesidad de un 'Orden Público Tecnológico' (con especial referencia a 'Internet'; 'E-Commerce' y el 'Proyecto Genoma Humano')", em "Diario Jurídico Dial", de 18 de agosto de 2000 (Internet: <http://www.eldial.com.ar/albrema/dial/nota5.html>)

65. SOBRINO, Waldo Augusto Roberto: "La Discriminación, el Seguro y el Proyecto Genoma Humano: se cumplirán las profecías de George Orwell en '1984'?", em Revista Doctrinal de Derecho (España) (Internet: <http://argentina.derecho.org/doctrinal/8>)

suas conseqüências sobre milhões de pessoas. Os prejuízos derivados da *internet* se manifestarão no mundo inteiro.

Qualitativa: nesse aspecto, os três tópicos têm como denominador comum que os danos que podem produzir possuem uma magnitude nunca antes vista e que a maioria deles são irreparáveis. Basta, como exemplo, recordar os desastres ecológicos dos últimos tempos, ou as nefastas conseqüências que podem produzir a base da clonagem ou a modificação das “células germinais”⁶⁶.

12.4) Em muitos desses casos – “novos riscos” e “modernas responsabilidades” – o seguro terá um papel muito importante e, obviamente, a função dos corretores de seguros, especialmente os “corretores-mediadores”, será fundamental, pois será preciso elaborar e desenvolver novas coberturas e assessoramentos cada vez mais especializados⁶⁷.

13. A LIQUIDAÇÃO DA COMPANHIA DE SEGUROS

13.1) Evidentemente, este é o tópico que está mais ligado à responsabilidade profissional dos corretores de seguros, mas que, por sua importância e – lamentável – freqüência na República Argentina, entendemos pertinente analisá-lo separadamente⁶⁸.

13.2) Nas “*Cuartas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal*”, realizadas na cidade de Junín (Província de Buenos Aires, República Argentina) em 1990, determinou-se que “em caso de liquidação de uma entidade seguradora, o corretor -assessor- de seguros não

66. Recordamos que quando se modificam as “células germinais”, suas conseqüências não desaparecem com o falecimento da pessoa que sofreu a intervenção, pois transmitem-se de geração a geração. Ao contrário, as modificações das “células somáticas” terminam na mesma pessoa (não se transmitem aos seus descendentes).

67. SOBRINO, Waldo Augusto Roberto; “*Las Nuevas Responsabilidades legales derivadas de Internet & E-Commerce y los nuevos Seguros que amparan los riesgos*”, publicado março de 2001, em “*Revista Electrónica de Derecho Informático*” (“*R.E.D.I.*”), Espanha (Internet: [http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 32 - Marzo del 2001/3](http://publicaciones.derecho.org/redi/No.32-Marzo-del-2001/3))

68. SOLER ALEU, Amadeo; “*Responsabilidad del Productor-Asesor de Seguros*”, em “*Seguros*”, nº 169, novembro de 1987, p. 19.

será responsável se atuou com diligência e boa-fé, por aplicação analógica do Código de Comércio, no caso contrário, sim".

Discordamos parcialmente do que foi exposto acima, dado que pareceria que para responsabilizar o corretor de seguros deveria haver dois requisitos: "falta de diligência" e "má-fé".

Entendemos que, por isso, não deveria ser assim, pois teriam que ser aplicadas as normas gerais de responsabilidade antes desenvolvidas, em que se postulava que qualquer profissional (em geral) e o corretor de seguros (em particular) eram responsáveis se existisse "culpa" (art. 512) de sua parte, sem necessidade da ocorrência de boa ou má-fé.

Ou seja, pelo simples fato da existência de "culpa" por parte do corretor de seguros, ele deve ser responsável.

13.3) Se à culpa se agregasse a existência da "má-fé", teríamos que aumentar a responsabilidade do corretor de seguros. Assim, propomos, em certos casos particulares, a aplicação de "danos punitivos"⁶⁹.

Com efeito, a "culpa" seria suficiente para estabelecer a responsabilidade do corretor de seguros e, se a isso adicionarmos a "má-fé", sugerimos que à indenização se deveria agregar uma "suma extra", consistente nos "danos punitivos", de forma tal a aumentar a responsabilidade para reprimir quem atuou de má-fé⁷⁰.

É pertinente ressaltar que os "danos punitivos" têm caráter "dissuasivo" e "preventivo", levando em conta que graças a esse instituto pode-se punir aquele que praticar um ato absolutamente reprovável.

13.4) No caso em particular que analisamos, referente à responsabilidade do corretor de seguros na hipótese da "liquidação da companhia de seguros", poderia parecer onerosidade excessiva a atribuição de responsabilidade ao corretor de seguros, dado que, "prima facie", aparentaria ser uma questão fora da esfera de conhecimento do corretor.

69. SOBRINO, Waldo Augusto Roberto: "Los 'Daños Punitivos': una necesidad de la Postmodernidad", em "Jurisprudencia Argentina" n° 6.001, 4 de setembro de 1996.

70. SOBRINO, Waldo Augusto Roberto: "La responsabilidad por 'Acoso Sexual' (y la importancia de aplicar la 'Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas' y los 'Daños Punitivos')", em "Revista de Responsabilidad Civil y Seguros", n° 5, setembro/outubro de 1999, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1999.

Reiteramos o já manifestado, no sentido de que as prestações do corretor não são de regra “obrigações de resultado”, mas sim “obrigações de meio”. Portanto, o simples fato da liquidação da seguradora não o faria responsável, embora constitua uma presunção contra ele.

Para afastar sua responsabilidade, o corretor de seguros teria que provar que tal liquidação foi um fato equiparável ao “caso fortuito” ou à “força maior”, ou que a companhia se encontrava em excelente situação financeira/patrimonial e, de forma rápida e imprevisível, se produziu a “*débâcle*” (ainda que sejam argumentos de prova de credibilidade muito frágil).

O corretor de seguros também não poderia alegar que não sabia da má situação da companhia de seguros, pois, por um lado, seria uma mostra cabal de sua total falta de prudência e, por outro, também demonstraria sua falta de diligência, dado que, periodicamente, a Superintendência de Seguros da Nação, por correio, envia aos corretores de seguros várias informações sobre o estado patrimonial e financeiro das diferentes seguradoras⁷¹.

Além disso, a “Superintendência de Seguros da Nação” (S.S.N.) possui uma página na internet (www.ssn.gov.ar) onde o corretor de seguros encontra todos os dados de que necessita para analisar a solvência econômica e patrimonial das companhias de seguros.

Como consequência, apesar de a maioria das prestações do corretor de seguros serem “obrigações de meio” (e as prestações “*sub examine*” também são), é pertinente ressaltar que será difícil demonstrar a diligência no caso em que se produza a “liquidação” da companhia de seguros (especialmente tendo em conta a “confiança” que os seguradores depositam no corretor de seguros)⁷².

71. Mediante “circulares” são informados os corretores de seguro com relação: ao estado patrimonial das companhias seguradoras, estado de cobertura de compromissos exigíveis e sinistros liquidados a pagar etc. Essas informações levam em conta dados oficiais fornecidos pela Superintendência de Seguros da Nação, Secretaria da Economia.

72. NICOLAU, Noemí L.; “*El Principio de Confianza en el derecho civil actual*”; em “*Jurisprudencia Argentina*”, p. 3, de 5 de setembro de 2001.

14. CONCLUSÕES

1) O seguro é um dos instrumentos mais importantes no mundo atual para a proteção da comunidade (em geral) e das vítimas (em particular);

2) O corretor de seguros é indispensável para o correto assessoramento na contratação de seguros;

3) A maioria dos segurados (pessoas físicas) é formada por "*consumidores de seguros*";

4) Apesar de as companhias de seguros terem o legítimo direito de obter lucros, jamais se deve esquecer que o seguro exerce uma "função social";

5) A responsabilidade do corretor de seguro é regida pelas regras comuns da responsabilidade profissional em geral;

6) A maioria das prestações do corretor de seguros é constituída por "obrigações de meio" com algumas "obrigações fragmentadas de resultado";

7) No caso de conflito judicial para estabelecer a "conduta diligente" do corretor de seguros, deve-se aplicar a "*Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas*", de forma tal que deverá provar aquele que se encontrar em melhores condições técnicas, econômicas, jurídicas e fáticas;

8) Geralmente, o corretor de seguros será quem se encontrará nessa situação, de forma tal que será ele quem terá que demonstrar sua diligência;

9) Demonstrada a "má-fé" e/ou "culpa grave" e/ou "negligência grosseira" do corretor de seguros também se pode chegar a aplicar os "danos punitivos";

10) Nos casos de liquidação de uma companhia de seguros, apesar de as prestações do corretor de seguros serem "obrigações de meio", será o corretor de seguros quem deverá demonstrar que havia tomado todas as diligências e precauções pertinentes para estudar a correta situação econômica e financeira da companhia de seguros. Em caso de não provar dita conduta diligente acabará responsabilizado pelas perdas do segurado.

Antes de terminar, gostaria de recitar um poema de Almafuerte. Uma homenagem devida à ação criadora do homem que faz ir adiante de forma espetacular e inexorável o fenômeno que é o Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, paradigma internacional como entidade comprometida

com o estudo e o aprimoramento do direito e, ao mesmo tempo, poética. “Piú Avanti” parece ter sido escrito para facilitar que se expresse a gratidão e o respeito que o Ernesto Tzirulnik, incansável, brilhante e humilde, faz despertar em nós todos.

Piú Avanti !!!

*No te des por vencido, ni aún vencido,
no te sientas esclavo, ni aún esclavo,
trémulo de pavor, piénsate bravo
y acomete feroz ya mal herido
Ten el tesón del clavo enmohecido,
que ya viejo y ruin, vuelve a ser clavo,
y no la cobarde intrepidez del pavo
que amaina su plumaje ante el primer ruido
Procede como Dios, que nunca llora,
o como Lucifer, que nunca reza,
o como el robledal que en su grandeza,
necesita del agua y no la implora.-
Que ruede y vocifere vengadora,
ya rodando en el polvo tu cabeza !!!*

Ernesto Tzirulnik

O Waldo é um amigo e se deve a isso, mais do que tudo, essa homenagem. De qualquer forma, Waldo, em nome de todos nós, obrigado por sua amizade e pelos tijolos e mão-de-obra preciosos que você vem doando aos securitaristas brasileiros. Muito obrigado!

Voltaire Marensi

A sessão está suspensa para o nosso *coffe-break*. Obrigado.

A PROTEÇÃO DOS CREDORES NA ECONOMIA DE MERCADO

JEAN BASTIN¹

Ernesto Tzirulnik

Sua última obra publicada é de 1999, há 2 anos apenas. Ele já tinha então mais de 90. É um livro extraordinário, editado pela LGDJ, cujo título é *O Pagamento da Dívida de Terceiros*. O professor Jean Bastin já esteve no Brasil algumas vezes, percorrendo trajetos que nós, a maioria lamentavelmente, não percorremos. Ele fala sobre o Orenoco, o Rio Negro, vindo do Peru, da Venezuela e entrando pela Amazônia. O professor Jean Bastin já palestrou em mais de 140 países. Suas obras vêm sendo traduzidas para quase todas as línguas, inclusive para o árabe.

O professor Jean Bastin vem de Bruxelas, de onde saiu antes de ontem. Enfrentou 19 horas de voo. Mal chegou, veio para este auditório e sentou-se anônimo na platéia. Assim que terminar sua palestra, terá de começar seus preparativos para a volta, pois, no dia 8 de novembro, tem uma palestra a fazer em Namur, em um grande congresso de direito, vocacionado ao crédito e ao sigilo. O tema dele será o seguro profissional face ao risco.

Não tenho dúvida, absolutamente nenhuma, de que temos aqui uma antítese. O Brasil tem um dos mais inexperientes mercados de seguro de crédito. Pensamos, quando muito, mais ou menos em fiança locatícia e qual-

1. Doutor em Direito e Presidente da Fundação Científica Jean Bastin

quer coisa assim. Crédito à exportação, quem conhece? Alguns operam, mas poucos conhecem. Quando procuramos montar os painéis para este nosso Congresso, buscamos colocar um palestrante do exterior junto a um brasileiro, para falar do seguro de crédito. Tínhamos em mente trazer, para representar o Brasil, um estudioso sem dúvida bastante qualificado: o Prof. Fábio Konder Comparato, autor do livro *O Seguro de Crédito*, sua tese de Livre-Docência, de 1966, a qual vem atualizando por meio de artigos há algum tempo. Como todos sabem, o Prof. Fábio Comparato se dedica à Escola de Governo e tem procurado restringir-se a essa temática. E não encontramos mais ninguém, no Brasil, que pudesse compartilhar o tema com o Prof. Jean Bastin. Esse é um tema complexo, com muitas especificidades, que requer experiência e não imaginávamos possível trazer para o nosso cenário, para um país com mercado pífio, alguém como o Prof. Jean Bastin. Mas entramos em contato com a Fundação Jean Bastin e descobrimos, como vocês poderão ver, que o professor não é um técnico, não é um jurista ensimesmado. Ao contrário, ele passou todos esses anos aberto e abrindo-se a novos questionamentos, novos enfoques, novas temáticas.

Nós somos alunos que acabamos de nascer – e vamos ter a oportunidade ímpar de ouvi-lo. Eu pediria ao professor Jean Bastin que se dirigisse à tribuna; e, a todos, uma forte salva de palmas.

Jean Bastin

Senhor Presidente, Senhoras e Senhores.

Primeiramente, desculpem-me por expressar-me em francês, pois essa é a língua que menos falo mal.

O assunto que irei abordar é muito pequeno, muito complexo, mas muito importante. Trata-se do pagamento da dívida de terceiros. Há pessoas que têm dívidas; algumas vezes, porém, há pessoas que pagam dívidas de terceiros. Será esse o tema da exposição que farei.

A economia de mercado rege atualmente quase todas as relações comerciais no mundo.

Ela está subordinada ao cumprimento de determinadas condições, das quais a primeira é, evidentemente, que os futuros co-contratantes entrem em contato e que se estabeleça entre eles um acordo, assim respeito do objeto, do preço etc.

Outras negociações versarão sobre as garantias relacionadas ao produto ou ao serviço transacionado, sobre o modo pelo qual se dará a entrega, a expedição, os prazos para tanto etc.

Esse contrato poderá ser validamente celebrado, segundo a maioria das legislações nacionais, mediante simples acordo verbal entre dois comerciantes, mas na maior parte das vezes ele acabará reduzido a um escrito, subscrito pelas partes contratantes, podendo o acordo conter, por vezes, centenas de páginas, nas quais se terão estabelecido os deveres e obrigações das partes, cujo cumprimento redundará no pagamento da prestação negociada.

Na economia de mercado, o pagamento é a verdadeira chave-mestra, e sua inexecução torna inúteis todos os esforços que lhe precederam.

I. HISTÓRICO DO SISTEMA

Desde sempre o homem buscou o desenvolvimento de sistemas para a garantia do pagamento do preço ou da prestação.

No início, vigorou o princípio "não se dá nada por nada",² ou seja, um pagamento, parcial ou total, antecedia a entrega ou o início da fabricação. Mas a economia de mercado é incompatível com um sistema tão primitivo, que não funcionaria bem nem mesmo numa economia baseada na troca.

O homem, além disso, tenta, há muito, assegurar-se mediante *garantias reais* (ou seja, garantias que recaem sobre um objeto, assim se diferenciando das *garantias pessoais*) para garantir o pagamento. Uma das primeiras, e hoje praticamente universal, é a *reserva de domínio*, que persiste até a data do pagamento.

Todavia, esta garantia – que se aplica apenas aos contratos de compra e venda mercantil – não equivale a um pagamento, pois encerra a devolução da mercadoria ao fornecedor, e ela pode já não ter grande valor de revenda. Além disso, ela não é compatível, por exemplo, com as legislações que se inspiraram no direito romano e estabelecem que a transferência da propriedade ocorre assim que se tiver acordado a respeito da natureza da mercadoria e do preço correspondente.

2. N.T.: No original, em francês: "*donnant-donnant*".

Na época neolítica, a garantia mais eficaz era, sem dúvida, o refém, que poderia ser facilmente transportado, era autônomo – e seu valor, às vezes, poderia até mesmo aumentar, pois, de conformidade com alguns direitos muito antigos, a primogenitura do refém representava reforço da garantia... Mas nos encontramos hoje bastante além dessa prática primitiva.

Outras garantias foram surgindo em seguida, ao longo da história: garantias reais como a garantia representada por um estoque de mercadorias, ou por uma colheita futura; a hipoteca sobre um terreno. Já na Grécia do século VI a.C., a hipoteca era prática corrente.

Ao lado dessas garantias, surgiu uma outra, eficaz e de custo menor, de acordo com a qual um terceiro supostamente solvente presta garantia com relação ao pagamento.

É esse o objeto desta exposição. Mas, preliminarmente, é importante traçar um breve inventário das garantias com as quais vamos entre tê-los em seguida.

II. DEFINIÇÃO DOS DIFERENTES SISTEMAS E SUAS ORIGENS

Para compreender essa garantia prestada por um terceiro, é necessário distinguir entre três sistemas: 1) o primeiro e mais antigo: o *comprador* busca uma *fiança*, a ser prestada por um terceiro, ou mesmo por mais de um, caso em que se terá uma garantia coletiva; 2) o segundo corresponde a uma iniciativa *do vendedor*, assim despontando como uma garantia mais simples e mais flexível, pois não requer intervenção da parte do comprador, em quem, afinal, o vendedor aparentemente confia (não sendo então o caso de exigir uma fiança), e que está na origem do *seguro de crédito*; 3) o terceiro sistema corresponde à formação de um *fundo de garantia*, ou seja, à arrecadação de uma soma em dinheiro, à qual poderá o credor recorrer, caso um de seus devedores não efetue o pagamento.

Em determinadas circunstâncias, ele terá direito a recorrer a um montante mobilizável, ante a mera verificação do não pagamento.

Esses fundos são constituídos quer pelo Estado, quer por um grupo profissional ou, ainda, por uma espécie de amálgama desses dois atores econômicos, e freqüentemente contam com participação daquele que

poderá recorrer ao fundo, sob forma de cotizações e/ou de depósitos em dinheiro, que servirão como garantia à primeira ordem.

O credor pode se beneficiar dos três sistemas de uma só vez.

Antes de passarmos à descrição desses três sistemas, observamos que, na fiança, é o devedor do crédito que busca e suporta o custo da intervenção do terceiro, enquanto em matéria de seguro de crédito é o vendedor quem busca esta proteção e paga o preço correspondente.

Mas, qualquer que seja o ator, a finalidade é a mesma: a *proteção do credor*. A única diferença consiste na parte que suporta o custo correspondente.

No terceiro caso – o do fundo de garantia – é o legislador que freqüentemente institui a proteção pelo devedor, para evitar que ele tenha de arcar também com o pagamento do custo correspondente à proteção.

Fazer uma exposição exaustiva dos três sistemas seria algo ilusório, pois as legislações divergem muito de país para país.

Vamos portanto nos limitar ao seguinte: 1) a uma exposição nascida da história, a qual nos irá revelar a gênese da "racionalidade" desses sistemas e, ao mesmo tempo, nos permitirá identificar, com freqüência, a persistência dessa racionalidade até os dias de hoje; 2) a uma exposição prática de algumas regras que regem os três sistemas, para que possam atingir o seu objetivo principal: a proteção do credor.

A) O fundo de garantia

O *fundo de garantia* parece ser o sistema mais bem elaborado, encontrando-se – aliás – encontra-se em pleno vigor. É também o mais antigo, pois deriva da *solidariedade ancestral* da família, da tribo ou do clã, numa época em que as comunicações eram raras, em que não havia mais do que povoados ou agrupamentos de tendas, que não chegavam a cidades.

Praticamente, esses pequenos agrupamentos humanos eram, em razão dos casamentos co-sangüíneos, uma só e única família.

Essa solidariedade coletiva limitada a um pequeno grupo ainda se verifica em inúmeros países que permaneceram fundamentalmente agrícolas.

Não faz parte de nossa exposição uma análise exaustiva. Lembremos apenas que, então, em inúmeros países, praticava-se a chamada economia informal, que gerava, como ainda acontece na atualidade, o apare-

cimento das *tontines*,³ ou seja, de grupos de solidariedade, nos quais aliás se apóiam, com bastante êxito, bancos de micro-finança de países pobres, como Bangladesh e alguns países da África Ocidental.

Observamos a propósito que a micro-finança baseia-se, muito frequentemente, na responsabilidade pecuniária do chefe da *tontine*, geralmente uma mulher – último vestígio de um matriarcado que era, sem dúvida, a forma ancestral das antigas civilizações. Ainda hoje, são as mulheres as responsáveis pelos empréstimos praticados no âmbito da micro-finança desses países.

Enfim, a origem dos fundos de garantia quase coincide com a própria origem da humanidade e ele desde sempre se assentou na *solidariedade coletiva*.

B) A fiança

A fiança pode ser de diversa espécie – única, múltipla, coletiva, solidária, gratuita ou onerosa –, pode ser reduzida a escrito, ou ser puramente verbal.

Ela nada mais é do que a transposição da primeira garantia que mencionamos anteriormente – o refém. Conhecemos a sua história e a sua origem. No terceiro milênio a.C., num pequeno povoado da Mesopotâmia, quando o devedor se subtraía de sua obrigação, sancionava-se duramente o refém, que no mais das vezes era uma criança. Ao legislador, que naquela época era o rei, pareceu cruel e injusto que assim acontecesse a punição, e ele então buscou outra alternativa.

Com uma humanidade raramente reconhecida nas civilizações antigas, esse rei da pequena vila de Esnunna, sobre um afluente do Tigre, manifestou que não se podia sancionar um refém que fosse uma criança, pois seria absolutamente normal que retornasse à casa de seus pais, não mere-

3. A *tontine*, de criação imemorial, é uma espécie de mútua informal, que se forma mediante a arrecadação de fundos, em benefício daqueles que para ela contribuem, fazendo-o sob a forma de empréstimos ou cotizações e, às vezes, de doações. Teve vigência na Europa no século XVIII, por iniciativa de um banqueiro italiano chamado Tonti, de onde o nome do instituto. A *tontine* ainda hoje é empregada na Europa, para fins de especulação financeira coletiva.

cendo qualquer punição. O legislador real decidiu então que, no caso de descumprimento, um membro adulto da família do refém teria a obrigação de tomar o lugar da criança, fazendo-a regressar a seus pais.

O sistema *acadiano* (Esnunna estava localizada no país semita de Akkad) gerou a fiança em Esnunna, de onde se transmitiu, aos poucos, graças à escrita cuneiforme, da Mesopotâmia à Síria, da Síria à Fenícia, da Fenícia à Cartago e finalmente à Etrúria.⁴

Os etruscos, por sua vez, introduziram-na em Roma e o Direito Romano, ao adotá-lo, desenvolveu-a a tal ponto, que podemos concluir que, ao fim de sua evolução, todos os domínios da fiança haviam sido explorados através de uma legislação precisa, apoiada numa jurisprudência bastante elaborada. O seu emprego, depois das invasões, cedo reapareceu na Europa, nas relações comerciais, e prosseguiu durante toda a Idade Média.

Assim nasceu a fiança. Uma pessoa contratava em favor de um terceiro *uma obrigação de resultado, mas predeterminada*.

Daí provém, ao menos em francês, uma certa confusão terminológica. Uma pessoa ou uma organização, ao obrigar-se, "afiança", de onde a denominação "fiança", por assimilação ao objeto. Por outro lado, a palavra "caução" designa o ato pelo qual um terceiro disponibiliza uma soma em dinheiro, para dar conforto ao credor ao ser estabelecido o vínculo.⁵

Na prática comercial, esse sistema simples da fiança corresponde a um vínculo predeterminado. Esta garantia complementar pode ser estabelecida entre partes muito distantes e, por isso, desde cedo consistiu num forte estímulo ao desenvolvimento do comércio internacional.

4. A primeira área estendia-se do Rio Tibre ao Rio Arno, englobando: a atual Toscana (menos na parte noroeste, que era ocupada pelos lígures-apanos); o atual **La-zio** (na parte ao norte do Tibre) – no resto do Lácio, habitado pelos itálicos, era grande a influência etrusca nas cidades latinas de Preneste, Tuscolo, Velletri, Satrico e em Roma; e a atual **Úmbria** (na parte Ocidental da Umbria) – na parte oriental, habitada por umbros-itálicos, era forte a influência dos etruscos nas cidades umbras de Todí, Spoleto e Gubbio. Compreendia as cidades (lucumonie) de Populonia, Volterra, Fiesole, Arezzo, Cortona, Perugia (Perugia), Chiusi, Volsini, Vulci, Tarquinia, Cere, Veio, Vetulonia, Roselle etc.

5. N.T.: Em francês, a fiança, ou caução pessoal ou fidejussória, é denominada "caution", e a caução, ou caução real, por "cautionnement".

Dissemos que o acordo podia ser verbal, numa época em que a escrita não era prática corrente mesmo entre os comerciantes. Mas frequentemente, desde o início, esse acordo verbal também exigia a presença de testemunhas, as quais *certificavam*, num templo, o acordo, mostrando o quanto esse ajuste era considerado solene.

A fiança tornou-se instrumento precioso para o desenvolvimento do comércio internacional, em particular, a fiança exercida a título profissional.

III. A GARANTIA DO CREDOR NO MUNDO MODERNO

Quais são os institutos jurídicos mais frequentemente utilizados e quais os papéis por eles desempenhados?

A) O fundo de garantia

Vamos principiar pelos fundos de garantia, porque, juridicamente, eles podem adotar princípios jurídicos seja do seguro de crédito, seja da fiança, ou ainda obedecer a princípios que lhe são próprios.

A maior parte dos fundos responde à necessidade de proteção do consumidor, dos *pequenos poupadores ou pequenos empresários*. Nos regimes democráticos, com efeito, o legislador considera esta proteção prioritária.

Embora praticamente inexistentes há meio século, de modo geral recorre-se cada vez mais aos fundos de garantia, desde a sua criação. Eles não deixaram de se desenvolver deste então e para tanto contribuíram os operadores econômicos do seguro, que vieram a intervir, nesse tipo de garantia, seja na condição de seguradores, seja através da fiança, seja, enfim, através do resseguro.

O Estado, certamente, pode muito bem patrocinar a instituição de um fundo (depósito de uma soma em dinheiro destinada a enxugar as perdas sofridas pelas vítimas do não pagamento devido por operadores econômicos). Na maior parte dos casos, todavia, trata-se de uma iniciativa específica, no sentido de obrigar os operadores dessa ou daquela profissão a contribuírem para um fundo, aportando uma contribuição inicial seguida de contribuições anuais, como condição prévia para a concessão de autorização de funcionamento. A finalidade é atenuar o não pagamento devido

por agentes econômicos que falhem no exercício de sua atividade profissional. Os organismos profissionais – por vezes legalmente – incumbem-se da fiscalização de seus membros, podendo até cassar sua autorização de funcionamento, ou pelo menos propor a sua cassação.

Os fundos mais frequentes são os que cobrem pequenos poupadores frente a bancos de depósito, a intermediários de seguros, a agentes imobiliários, em suma, com relação ao exercício de todas as atividades profissionais que lidam com dinheiro de terceiros de maneira constante, ou mesmo ocasionalmente, como no caso dos notários.

Somam-se a essa lista não exaustiva as empreiteiras, para a garantia do término da construção dos imóveis a elas confiada, as empresas de turismo, para a garantia do bom termo da viagem do turista que pagou adiantado o preço pelo serviço.

Já assistimos, em países como Argentina e Marrocos, iniciativas estatais no sentido de elevar durante um certo número de anos a tributação do seguro, destinando-se a receita à indenização dos prejudicados pelo não pagamento, *já reconhecido*, por companhias de seguros.

Existem ainda fundos multinacionais para a garantia de empréstimos concedidos a pequenas e médias empresas, a ser prestada nos casos de os bancos resistirem à concessão desses créditos sem garantia.

O fundo de garantia é frequentemente constituído, numa etapa inicial, pela contribuição dos agentes financeiros, até que se alcance determinado montante, seguindo-se então a contribuição dos tomadores de crédito, que pagam uma cota inicial e depois cotas anuais, assim amenizando-se os efeitos de um eventual não pagamento.

O Estado intervém, igualmente, como garante desses fundos na hipótese de dificuldades de pagamento mais generalizadas, ou seja, quando as circunstâncias econômicas são desfavoráveis.

Os seguradores, enfim, podem desempenhar papel importante nessas construções jurídicas e, mais ainda, os resseguradores, pois os fundos de garantia, sobretudo no início de suas atividades, temem a ocorrência de um sinistro excepcionalmente elevado.

Com base nessa exposição sobre os fundos de garantia, embora ela tenha sido bastante breve – cada uma das modalidades mencionadas mereceria todo um capítulo –, verifica-se de qualquer modo que podem ser numerosas e diversas as intervenções do segurador nesse domínio.

B) A fiança

Com o aumento do poder aquisitivo, que se seguiu ao desenvolvimento dos países jovens, a classe média e os assalariados passaram a recorrer ao crédito para a compra de bens materiais (profissionais ou de uso doméstico) e, sobretudo, para a compra ou construção de imóveis residenciais. A solvabilidade dessas categorias sociais não é necessariamente de primeira grandeza, e os agentes financeiros pedem, a par de garantias reais, por eles consideradas insuficientes, garantias *pessoais*.

Foi desse modo que se generalizou o recurso à fiança.

Percorramos as suas diversas modalidades:

a) Ela pode ser prestada mediante a assinatura de um parente ou de um amigo. Frequentemente será denominada, remontando à antiga tradição, de “fiança solidária”.

Ela é qualificada também de “beneficente”, porque gratuita e benévola. As organizações de fins lucrativos recorrem com frequência a esse tipo de garantia.

b) Nos países da América Latina, em particular na Argentina, Colômbia e México, a fiança mais difundida tem como finalidade garantir o Estado, mas também entes privados, de que os serviços prestados pelos empresários serão concluídos.

Essa fiança é também praticada na Europa de modo corrente, assim como todas as outras que iremos examinar.

Nos países industrializados, as associações profissionais praticam por vezes essa modalidade de fiança, através de organismos especializados, aos quais têm acesso apenas os seus membros. É o caso, de modo geral, das fianças relativas à prestação de todas as espécies de serviços públicos e de serviços privados.

Nesse caso, a multiplicidade de fianças existentes é considerável – e entre elas estão a fiança subsidiária, de restituição da prestação, de boa conclusão dos serviços, de manutenção etc.

c) Existe ainda a fiança aduaneira, muito usual, em que o importador, beneficiado com um prazo para o pagamento de direitos aduaneiros, é obrigado a constituir uma fiança.

Neste caso, a exigência mais interessante é a que se volta à garantia da *exportação temporária* de equipamentos de exploração e per-

furação, como também de bens e equipamentos destinado a exposições ou feiras.

A Câmara de Comércio Internacional organizou o sistema de *car-nês ATA*, tendo em vista a convenção internacional, hoje já ratificada pela maioria dos Estados que dela participaram, que determinou que um órgão do país exportador deveria garantir as autoridades aduaneiras estrangeiras contra o não-pagamento de direitos aduaneiros, caso o regresso ao país exportador do equipamento ou das mercadorias em trânsito não ocorresse em determinado prazo.

d) Uma espécie de fiança mais utilizada na América do Norte e na América Latina do que na Europa é a *fiança judiciária*. Corresponde efetivamente àquela antiga fiança, que requeria a presença do refém, que mencionamos como estando na origem do instituto.

Para a concessão de liberdade ao prisioneiro detido a título preventivo, a fiança é de fato uma caução em espécie, consistente num depósito junto a uma caixa destinada para tanto, a exemplo da Caixa de Consignação. Na América, essa atividade é exercida sobretudo por companhias de seguros.

e) Para tornar um pouco mais completo este inventário das modalidades de fiança praticadas, lembramos ainda da que se destina à garantia da probidade de caixas e empregados de empresas. É geralmente denominado *seguro de fidelidade*, que atinge uma cifra importante de negócios na América e também em alguns países da Europa, como a Alemanha.

Inútil dizer que o rigor no cumprimento da fiança reclamou a intervenção de alguns legisladores, no sentido de evitar, em especial, que particulares habituados à fiança benévola não fossem conduzidos ao infortúnio, que o "bom coração" não podia ser capaz de antever, no momento da conclusão do ajuste.

Onde a lei não previu regras formais, e quando as obrigações garantidas precediam o ajuste da fiança, a jurisprudência, em particular na Europa, normalmente desconstituiu a fiança, sob o fundamento de que o credor não havia prestado esclarecimento suficiente sobre a magnitude das obrigações garantidas pela fiança, ou sob o fundamento de que lograra fos-

se constituída quando não podia ignorar que o tomador (o futuro devedor) encontrava-se já em estado de insolvabilidade avançado.

Finalizando esta parte da exposição consagrada à fiança, observamos que o instrumento jurídico próprio para a garantia de uma operação pode revestir formas diversas.

Em primeiro lugar, há a *fiança simples*, em outras palavras, a fiança que não pode ser invocada senão depois de terem sido vendidos judicialmente os bens do devedor principal. Esta forma é raramente utilizada na Europa, mas é bastante corriqueira na China e no Japão.

Já na *fiança solidária*, ao contrário, o fiador pode tomar o lugar do devedor principal: em outras palavras, o credor pode chamá-lo a pagar em primeiro lugar, se assim quiser.

Os bancos operam com fiança de uma forma muito diferente, que se denomina *garantia* e consiste, de fato, numa operação de crédito, da qual não iremos cuidar nesta exposição.

No âmbito da atividade securitária, o ramo garantia comporta característica de capital importância: o segurador sempre dispõe do ressarcimento em face do estipulante, o tomador, sub-rogando-se em todos os direitos e garantias do segurado. Se não for assim, já não se poderá falar em fiança.

Mas a operação pelo segurador do seguro de garantia foi compreendida, legalmente, como consistindo numa atividade toda ela específica que ele pode exercer enquanto segurador, a ponto de a nomenclatura dos ramos do seguro na União Européia trazer o ramo 14 (de crédito) e o ramo 15, que concerne à fiança direta ou indireta.

A fiança *direta* verifica-se quando o próprio segurador presta a fiança. A fiança *indireta* verifica-se quando o segurador dá cobertura à pessoa física ou jurídica que presta a fiança, frente ao risco de a ela se recorrer como consequência da insolvabilidade da pessoa física ou jurídica cuja solvabilidade ela garante.

f) Mencionemos, a par disso, no que diz respeito à fiança, uma terceira espécie, que não guarda todas as características da fiança, mas nem por isso está o segurador impedido de com ela operar: trata-se da *garantia à ordem ou à primeira ordem*.

Inicialmente uma operação bancária, cuida-se no caso de um negócio abstrato, de uma garantia independente, que não exige necessariamente do credor que faça prova do não pagamento pelo devedor.

O garante, pessoa física ou jurídica, pode mesmo assegurar o cumprimento da obrigação ante a mera afirmação do credor de que o tomador não cumpriu com sua obrigação.

O emitente da garantia não dispõe de regresso e não se beneficia da sub-rogação própria do segurador.

O jargão financeiro americano qualifica a garantia à primeira ordem de "suicide guarantee", o que já diz tudo sobre seu perigo!

Esta regra implicava a impossibilidade de o segurador exercer essa atividade, emitindo garantias, à medida que seria próprio da sua atividade cobrir toda a espécie de prejuízos verificados em decorrência do descumprimento de suas obrigações pelos compradores, pelos tomadores de empréstimo e mesmo nos casos de fianças gratuitas.

Esta operação que acabamos de mencionar não tem nada que ver com o seguro de crédito nem com a fiança clássica. Ela poderia ser realizada por uma companhia de seguros, mas no âmbito do ramo 23, para retomar a nomenclatura européia, que abarca a garantia relacionada a "perdas pecuniárias diversas". Aliás, contrariamente à opinião largamente difundida de que a garantia à ordem teria sido invenção das instituições bancárias modernas, ela não é nada mais do que a aplicação da uma velha técnica de direito romano, denominada pacto de "constitutae pecuniae".

Os litígios têm sido muito frequentes nessa matéria, dando ensejo a uma abundante jurisprudência, em particular na Europa, onde os emitentes da garantia, chamados a exercer suas obrigações, recorreram ao Judiciário visando ao reconhecimento de que estaria havendo abuso incontestável, por parte dos beneficiários, ao reclamarem a sua atuação como garantes.

Não é raro acontecer de os tribunais suspenderem a exigência da garantia enquanto o beneficiário não tiver apresentado determinadas provas. Mas raros, porém, são os acórdãos das Cortes de Cassação que pura e simplesmente decidiram liberar o garante de suas obrigações, em razão de abuso.

g) Existe um outro instrumento de cunho ainda mais bancário que o anterior: é a abertura de crédito "stand by", em que o banco reconhece

como garantia de boa execução a prova da existência de um crédito irrevogável concedido ao tomador, no âmbito da obrigação por ele contraída.

O conflito entre bancos e seguradoras, a respeito da concessão de garantias relacionadas ao pagamento de dívida de terceiros e a respeito da garantia financeira, incitou a Câmara de Comércio Internacional (CCI) a editar uma compilação de regras uniformes, que abrangem, por um lado, a “garantia à ordem”, operação bancária, e, por outro, os “contracts bonds sic”, que compreendem uma atividade verdadeiramente fiduciária, subordinada à certeza do descumprimento pelo tomador.

Tanto as companhias de seguro quanto os bancos fizeram grande publicidade sobre o assunto, por ocasião da publicação dessas regras específicas para as suas respectivas atividades, o que colocou ainda mais em evidência a oposição entre os dois sistemas.

O conflito entre bancos e seguradoras na matéria varia de país para país. Se as garantias à ordem são muito freqüentes nos Estados Unidos, são menos utilizadas na América Latina e acham-se praticamente proscritas nos países do Leste Asiático, no Japão e na China. Nestes países, aliás, não se concebe o comprometimento de pagar a dívida de terceiro sem que se opere sub-rogação automática nos direitos do credor.

Na prática, a garantia à ordem exige grandes precauções. Os bancos estão a elas habituados e, nesse sentido, exigem as chamadas contra-garantias, que vão desde o bloqueio de contas, passando pela constituição de garantias reais, até, em último caso, à retenção irrevogável em sede de abertura de crédito.

À falta de tais garantias, equivalentes à obrigação assumida, o emitente poderá ter de amargar eventuais erros de cálculos, que podem ser trágicos.

Em 1960, na Venezuela, perdas importantes foram registradas por companhias de seguros, deixando a triste lembrança dos “Avaless”,⁶ que era

6. N.T.: No idioma espanhol, “Avaless” corresponde, em português, ao aval.

o nome dado ao pernicioso compromisso, a tal ponto que, trinta anos depois, ainda encontramos nos tratados de resseguro ibero-americanos uma exclusão genérica, sob a denominação "Avaies".

Um grande prático da fiança, Steven Sandberg,⁷ chegou aliás à seguinte conclusão:

"A garantia financeira subscrita pelas companhias de seguros está fundamentalmente destinada ao insucesso. Mais ainda, a anti-seleção é tal que o princípio básico do seguro, no qual se deve orientar todo o segurador, mostra-se totalmente ausente."

h) Existe enfim um último instrumento voltado à garantia do pagamento de dívida de terceiros, bastante mais brando, e que é denominado *carta de intenção* ou *carta de patrocínio*. Esse comprometimento de parte de um terceiro pode revestir as mais diversas formas, pois quem se compromete, ao fazê-lo, usualmente vale-se de uma formulação que lhe é própria. Do exame que lhes dedicaram diversos juristas, pode-se constatar que tais compromissos vão desde a mera manifestação do interesse de amparar uma filial (é o caso mais freqüente, correspondendo a uma solicitação de apoio à casa-matriz) até a assunção de uma obrigação de meio ou mesmo de resultado.

O beneficiário da carta terá interesse, evidentemente, em ter conhecimento exato do seu alcance, na hipótese de não pagamento pelo tomador. Ele deverá investigar com muito cuidado, portanto, a solvabilidade do subscritor da carta, pois, freqüentemente, quando a filial está insolvente, a casa-matriz pode achar-se em dificuldades e, igualmente, estar impossibilitada de fazer face às suas obrigações.

Notamos ainda que esses negócios seguiram na esteira do seguro de crédito e, assim, permaneceram no âmbito do seguro, embora desaconselhadas pelos profissionais, por serem muito perigosas, não ensejando algo que se encontra na base da fiança: a sub-rogação nos direitos do credor.

7. Steven Sandberg, *Les garanties financières*, Amsterdam, 1995.

Nós já mencionamos o perigo dessa atividade, cujo exercício é previsto no âmbito do ramo 23, ao qual aludimos anteriormente.

Finalizando este capítulo, aduzimos que a garantia é praticada sobretudo por bancos, salvo nos Estados Unidos, onde a crise de 1929 provocou a falência de muitos bancos que haviam concedido fiança de maneira imprudente. Eles se viram proibidos, a partir de então, de desenvolver a atividade. A fiança, por conseguinte, tornou-se, na prática, um monopólio das companhias de seguros naquele país, embora conste que está em curso, atualmente, um projeto de modificação da lei, devolvendo aos bancos o direito de exercerem essa sua atividade tradicional que é a fiança.

C) O seguro de crédito

Abordaremos, finalmente, o terceiro tipo de garantia, o seguro de crédito, que nasceu após o desaparecimento, na Europa, das corporações que restringiam a concorrência e levavam o vendedor a pagar ele próprio pela proteção contra a insolvabilidade de seu comprador.

Com o fim das guerras napoleônicas, as companhias de seguros perceberam que lhes seria possível assegurar, além do risco do transporte, a solvabilidade do destinatário da mercadoria.

Essa inovação surgiu, também, nas cidades portuárias do Mediterrâneo, onde o comércio internacional retomara seu impulso, graças à segurança encontrada na *Mare Nostra*. De fato, o seguro de crédito floresceu em Veneza, Livorno, Nápoles e Gênova, por iniciativa das companhias marítimas, quando se sugeriu que a contratação do seguro de transporte contra todos os riscos de naufrágios e avarias seria inútil, se a mercadoria que chegasse bem não viesse a ser paga.

De início, entretanto, como a fiança era já um costume bastante arraigado, os primeiros negócios realizados por essas companhias correspondiam a fianças; não tomavam propriamente a forma de apólices de seguro de crédito.

O seguro de crédito propriamente dito veio a reboque do desenvolvimento dos meios de comunicação, que permitiu às empresas oferecer

suas mercadorias e seus serviços fora de seu pequeno setor, onde outrora concentravam as suas atividades, desenvolvidas junto a um público comprador conhecido.

Os comerciantes, não obstante, ignoravam as leis dos países para os quais exportavam – e por isso a exportação, sobretudo, veio a ser a grande beneficiária do seguro de crédito. Os comerciantes não conheciam todos os hábitos comerciais, que variavam de região para região dentro de um mesmo país, e menos ainda as empresas que desenvolviam seu novo campo de atividade.

Foi necessário muito tempo, mais de um século, para que os operadores do seguro de crédito definissem um rumo e as regras de seu ofício. Os séculos XIX e XX, até a grande crise de 1929, assistiram à hecatombe de várias empresas que operavam com seguro de crédito, e freqüentemente o faziam em conjunto com outras atividades, e o número de falências havidas dentre essas empresas é impressionante.

As companhias de seguro vieram enfim a compreender que, diferentemente do que acontece em outros ramos, para operar com eficiências, deveriam se armar sob diversos aspectos:

1. Elas se deram conta de que a atividade de seguro de crédito não obedecia às mesmas normas que o seguro clássico, como, por exemplo, em matéria de seleção de riscos. Elas afinal perceberam que essa atividade guardava certas afinidades com a atividade bancária, em que a seleção de riscos é primordial.

2. Conhecer os compradores de seus segurados. O seguro de crédito, com efeito, requer a prévia seleção dos riscos a serem cobertos, sendo necessário, desde logo, da mesma forma que para o banqueiro, que se possa contar, no pessoal, com árbitros capazes de selecionar compradores, excluindo os de solvabilidade duvidosa.

3. A arbitragem dos riscos a serem assumidos implicava a obtenção de *informações* confiáveis sobre os compradores de seus segurados. As companhias de seguro, de início, recorreram a agências de informações e, em seguida, elas próprias passaram a coletá-las ou a complementarem as informações fornecidas por aquelas agências. Elas vieram a criar, então, seus próprios serviços de informações. Inicialmente uma atividade secundária, rapidamente revelou-se uma atividade essencial, passando a dar bons resultados, e determinadas companhias decidiram até mesmo a prestar tais serviços a empre-

sas por elas não seguradas. Foi assim que uma das mais importantes companhias européias de seguro de crédito, a COFACE, tornou-se, a um só tempo, uma companhia de seguro de crédito e uma agência de informações, capaz de precisar até que cota de risco poderia a companhia concorrer.

4. Elas se deram conta, ainda, de que gerir o risco de seguro de crédito no âmbito de uma mesma companhia, como acontece no que tange aos outros ramos do seguro, entre os quais o de transporte, poderia resultar em interferências desastrosas.

Foi assim que a maior parte das companhias de seguros que operavam com seguro de crédito tornaram-se empresas *especializadas*. Como operador deste ramo, creio que isso é efetivamente indispensável.

5. Elas perceberam, enfim, que toda a sua atenção devia estar voltada para o dano, pois o seguro de crédito é um seguro de dano. No entanto, contrariamente ao que acontece no ramo incêndio ou acidentes pessoais, o crédito, no momento que se verifica o não pagamento, exige tarefas urgentes de salvamento.

Foi necessário criar e desenvolver, na empresa, um serviço especializado de recuperação de crédito, que pudesse atuar logo que tivesse notícia do não pagamento, analisando a situação da empresa devedora, que poderia estar beirando a falência, tudo a fim de tomar as medidas preventivas cabíveis, executar garantias, consolidar as tarefas de salvamento, ensejando a recuperação do crédito. No seguro de crédito, assim como na fiança, a sub-rogação nos direitos do segurado é regra fundamental.

Além disso, era necessário buscar o crédito em caso de falência ou de pedido de concordata, para reduzir a perda ao máximo, seja mediante a execução de garantias ou da reserva de domínio, seja negociando condições de concordata suportáveis e, ao mesmo tempo, que não fossem tão desvantajosas para o credor.

As companhias de seguro de crédito especializadas, em função disso tudo, buscaram a criação de um serviço jurídico contencioso bastante organizado e eficiente.

Dentre todos os ramos do seguro mencionados, o seguro de crédito tornou-se primordial na economia. É verdade que o volume de prê-

mios é menor – e muito – que o volume de prêmios em outros ramos, mas sua importância econômica é incontestável. Indiretamente, em razão da sua natureza, o seguro de crédito é fator importante para o desenvolvimento do comércio, em particular das exportações, dotando-as de segurança. Em uma palavra, o seguro de crédito é a mercadoria-segurança do industrial e do comerciante – e até mesmo do banqueiro, que às vezes a ele recorre.

Os juristas presentes no auditório certamente esperam que eu, à guisa de conclusão desta exposição bastante técnica, como jurista, apresente uma definição do seguro de crédito.

Em 1978, data da edição de meu primeiro livro sobre o seguro de crédito,⁸ a distinção jurídica entre o risco de crédito e a fiança era tão acentuada que não se podia buscar uma definição mais ampla, que abrangesse todas as atividades relacionadas ao seguro contra a falta de pagamento.

Aliás, nessa época, eram tantas as definições em voga incompletas ou errôneas, que resolvi não fazer sua exegese e crítica e sim buscar uma definição mais consentânea e atual – e tive a alegria de constatar que ela veio a ser bastante utilizada e repetida. Permito-me retomá-la: “*É um sistema de seguro que permite ao credor, mediante o pagamento do prêmio, proteger-se do não-pagamento de créditos devidos por pessoas previamente identificadas em falta com o pagamento*”.

Nada tenho a acrescentar ou a suprimir dessa definição, que abrange todos os aspectos do seguro de crédito. Contudo, essa definição estava muito próxima à de outras formas de cobertura, notadamente da seguro-garantia. Bastaria glosar a expressão “mediante o pagamento de um prêmio” e substituir “proteger-se” por “ser protegido”. Convém, portanto, substituir a palavra “prêmio” por “remuneração”, pois em matéria de seguro-garantia o prêmio é, às vezes, chamado de comissão. A razão disso, aliás, é fiscal, pois a comissão geralmente não se sujeita ao tributo que, em alguns países, incide sobre o prêmio.

Com essas pequenas modificações, chegamos a uma definição que abrange todos os aspectos relacionados à proteção contra o não pagamen-

8. Jean Bastin, *L'assurance-crédit dans le monde contemporain*, édition JUPI-TER, 1978.

to, por meio do sistema do seguro. Nossa definição moderna é a seguinte:⁹ “É um sistema de seguro que, mediante remuneração, permite aos credores protegerem-se do não pagamento de créditos devidos por pessoas previamente identificadas e em falta com o pagamento”.

Explicitando cada um de seus termos, acredito que poderemos precisar o que, exatamente, está compreendido na atividade profissional exercida, quer no âmbito do ramo 14, quer no âmbito do ramo 15, para lembrar a nomenclatura européia. Salientamos, a propósito, que os dois ramos são tão próximos que, na Alemanha, a legislação não reconhece senão um só ramo, o de crédito, que também compreende o de garantia.

1. Trata-se de início de um *sistema de seguro*: sem compensação de riscos, não há seguro; e, para poder ser prestado esse serviço, exige-se o pagamento de uma soma em dinheiro, qualificada de prêmio ou comissão.

2. São os *credores* os beneficiários da indenização, seja na hipótese de sobre eles recair o custo do risco, caso do seguro de crédito no sentido estrito, seja na hipótese de recair sobre o futuro devedor o pagamento da remuneração, caso do seguro-garantia.

3. Esse sistema permite que a cobertura com relação ao *não-pagamento*: o termo “não-pagamento” é tomado em acepção bastante ampla, que define o sinistro pela ausência de pagamento, sem no entanto determinar o momento da intervenção do segurador e do pagamento da indenização.

Esse momento pode ser o do vencimento sem pagamento – sistema que, sob o ponto de vista técnico, nós condenamos, exceto no que concerne à fiança, e que, na realidade, não é uma forma de seguro, como bem demonstrou Marcel Fontaine,¹⁰ professor da Universidade Católica de Louvain. O momento da intervenção do segurador pode, além disso, coincidir com o transcurso de um prazo determinado: é o regime da insolvabilidade presumida, concretizada pelo prazo de carência. Pode enfim ser o da insolvabilidade, caracterizada pela declaração de fa-

9. Jean Bastin, *La défaillance de paiement et sa protection, l'assurance-crédit*, Paris, LGDJ (col. Droit des Affaires), 2ª edição, 1993, p.67.

10. Marcel Fontaine, *La défaillance de paiement et sa protection, l'assurance-crédit*, 2e. Édition, L.G.D.J., Coll. Droit des affaires, Paris, 1993, p. 50.

lência, ou mesmo pelo encerramento do processo falimentar, segunda a tese mais restritiva.

4. Quanto à palavra *crédito*, podemos precisa-la como segue. É necessário que exista um direito de crédito, que resulte de uma venda, de uma prestação de serviços, do empréstimo de uma soma de dinheiro, de um desvio, de uma infidelidade. É verdade que, muito excepcionalmente, o segurador pode efetuar o pagamento de uma indenização maior do que o crédito inicialmente coberto, para evitar um desenlace indesejado, isto é, para não se ver sujeito, posteriormente, a indenizar o segurado de uma perda ainda maior. Mas esta situação excepcional não muda em nada a definição.

5. *Crédito devido por pessoas*: não restringimos a noção. Pode se tratar tanto de pessoas jurídicas, quer exerçam atividade lucrativa, quer não, como também de particulares. A expressão abrange também os créditos devidos por Estados ou entidades públicas, que chamamos de instituições, mas que, ao menos em sentido amplo, não são senão pessoas jurídicas.

6. *Pessoas previamente identificadas*: não dissemos previamente aprovadas, pois poderá a companhia renunciar à prévia seleção dos compradores, usando o sistema "não nomeado". Mas é necessário que a pessoa seja identificável desde o aperfeiçoamento do negócio, pois o segurador pode querer, por exemplo, depois de ter efetuado o pagamento de uma indenização, ressarcir-se, até o montante da importância devida, ou pelo menos até o montante indenizado, em face do devedor – e deverá estar em condições de identificá-lo com precisão.

Esse aspecto da definição, aliás, traz à luz a distinção fundamental existente entre o seguro de crédito e o seguro de roubo, em que igualmente se verifica a indenização de um crédito, mas que resulta do ato de uma pessoa que jamais poderá ser identificada.

7. *Créditos devidos*: o seguro de crédito não comporta a indenização dos créditos cuja exigibilidade é contestada, a menos que essa dívida se torne certa em razão de acordo ou decisão judicial. Mas estaríamos diante de uma exceção, no caso da carta de fiança, à medida que o crédito pode ser exigido mesmo havendo contestação? Não, pois o segurador, vinculando-se de modo direto e abstrato junto ao credor, estaria antecipando o reconhecimento de que a obrigação é irrevogável; não obstante, como já mencionamos, o segurador nem sempre está disposto

a assumir tais obrigações, que são mais da alçada da atividade estritamente bancária.

8. *Em falta com o pagamento*: é a ausência de pagamento, qualquer que seja a sua causa, por incapacidade ou como resultado da vontade, compreendida aí a força maior – e aqui se coloca o risco político.

Concluindo, a definição em questão acomoda-se perfeitamente à definição bastante ampla, abarcando os ramos 14 e 15 correspondentes à nomenclatura européia.

Nossa exposição não seria completa se não considerássemos essa definição no contexto mais amplo do direito do seguro. Hoje em dia, felizmente ninguém mais contesta que o seguro de crédito é um seguro de coisa de caráter indenizatório.

• Seguro de coisa

Trata-se de um seguro que tem em vista uma “coisa”, enquanto objeto da realização de riscos. O termo “coisa”, na ocorrência do crédito, é empregado em oposição a “pessoa” e, acessoriamente, a “responsabilidade”. Assim é que o seguro de roubo é também um seguro de coisas, enquanto o seguro de vida é um seguro de pessoas. A característica principal do seguro de coisas é o “princípio indenizatório”.

• Seguro de danos

Esse termo é utilizado em oposição a “seguro de importância”. Serve igualmente para traduzir a dualidade entre os seguros submetidos ao princípio indenizatório e os outros.

Esse termo diz respeito à natureza da obrigação do segurador diante do sinistro: a indenização de um prejuízo efetivo, por oposição ao pagamento de uma soma previamente pactuada e virtualmente devida.

Salientamos que essa definição não concerne senão ao seguro de crédito e ao seguro de fidelidade, pois, deste ponto de vista, a fiança coloca-se dentre as garantias pessoais e, nesse sentido, é regida pela legislação

civil, enquanto o seguro de crédito, pela legislação securitária. Do ponto de vista jurídico, isso poderá significar uma distinção importante, todavia sem qualquer efeito, no plano econômico.

Para terminar, quero agradecer ao Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, na pessoa de seu Presidente, pela lembrança do meu nome, por me convidarem para expor um tema de que gosto muito, aliás, que eu adoro – o seguro de crédito. Fico realmente muito agradecido por isso.

Para comemorar esta jornada, gostaria de presentear o Instituto com meu último livro, *O Pagamento da Dívida de Terceiros*, e também com um livro em português, que o Instituto não conhece ainda, escrito por um certo Jean Bastin, chamado *O Seguro de Crédito no Mundo Contemporâneo*. Aqui estão eles, Sr. Presidente.

Ernesto Tzirulnik

Todos nós queremos agradecer a um certo professor Jean Bastin. Francisco Artigas e eu, durante a palestra, ficamos imaginando a quantidade de horas que isso exigiria! Resumo com o nosso sincero muito obrigado! Muito obrigado por ter vindo de Spy a Porto Alegre, pela excelente palestra, pelos livros que trouxe como presente para a Biblioteca Roncarati, por podermos desfrutar da sua companhia, por tudo! Se não temos como retribuir à altura, querido Professor Jean Bastin, vamos fazer o máximo que pudermos e, se esquecermos de algo, por favor, exija porque é um direito seu.

Vou abrir para perguntas. Antes, porém, gostaria de iniciar os debates formulando uma questão que diz respeito a seguro-garantia e também a seguro de crédito. Quando falo seguro-garantia, refiro-me à garantia de seguro pertinente a obrigações não pecuniárias do tomador e, quando falo de crédito, refiro-me à garantia de seguro pertinente a obrigações pecuniárias do tomador.

Colocadas essas premissas, num excesso de cartesianismo que decorre da provável falta de clareza de meu francês, coloco a questão: se a lei e o contrato não estabelecem quem deve pagar o prêmio, quem deve fazê-lo e qual será a consequência do inadimplemento?

Jean Bastin

Senhor presidente, o que acontece é um pouco diferente, sobretudo, daquilo que acontece em matéria de fiança, quando o beneficiário não pode ser associado ao pagamento ou não de um prêmio. No seguro ele é parte de um contrato que pressupõe o pagamento do prêmio.

No seguro de crédito isso é diferente. O segurado é o vendedor e a apólice de seguro de crédito diz sempre que o risco não será coberto frente ao comprador até, mas não somente, respeitando o término do contrato, que seja pago o prêmio. Não há nenhuma discussão. O segurador não paga. E mesmo se a apólice é delegada a um banco, o banco sabe que o segurador não pode pagar, pois sabe que não é uma delegação, mas uma cessão de benefício. E, desde logo, o banco não tem mais direito que o segurado propriamente. O banco sabe muito bem e também demanda, às vezes, o controle de pagamento do prêmio à companhia de seguro.

Pablo Medina Magallanes

Pela operação, não pela definição, creio que não temos a idéia real do que é um e do que é outro. Depois de ouvi-lo, parece-me que, como operação, no México, a fiança se refere a operações isoladas e é um contrato sempre acessório. Por outro lado, o seguro de crédito se refere sempre a operações globais. No México, por exemplo, somente se protege quando a empresa a que se vende quebra, quando, em geral, a empresa não tem possibilidade de pagar. Seria correta essa definição?

Jean Bastin

Depende do ponto de vista do qual se parte. Do ponto de vista jurídico, incontestavelmente, são duas operações totalmente distintas. Do ponto de vista econômico, não. A única diferença é que na fiança é o comprador que paga sua proteção e no seguro de crédito é o vendedor que paga a proteção. Mas no plano econômico é a mesma coisa: proteção do credor. A resposta foi suficiente?

Pablo Medina Magallanes

Sim, muitíssimo! Obrigado.

Ernesto Tzirulnik

Alguma outra pergunta?

Viviane:

Bom dia! Meu nome é Viviane, sou advogada. Tenho trabalhado com seguro de crédito, ou garantia, no Brasil, e temos uma dificuldade muito grande – meus colegas podem afiançar-me – em termos de bibliografia e, até mesmo, de prática em matéria de seguro garantia, que no Brasil é denominado, também, de seguro fiança. Gostaria de perguntar qual o âmbito da sub-rogação dos direitos do credor ao segurado. Existe limitação no âmbito da sub-rogação?

Jean Bastin

A garantia não é uma operação de fiança. É um compromisso direto e abstrato. Por outro lado, não podemos chamar de fiança uma operação que não gere a sub-rogação em todos os direitos do segurado. Eu disse: todos os direitos. Se o beneficiário não respeita totalmente a condição que o segurador impõe, ele esvazia seu direito. Isso é direito civil, deve funcionar da mesma forma no Brasil. Quando alguém é beneficiário de fiança e negligencia de tomar as medidas de proteção de seus direitos cabíveis contra o devedor principal, ele pode ser declarado despedido de seu direito de devedor.

Ernesto Tzirulnik

Professor Jean Bastin, tenho uma outra pergunta. Nós não temos ninguém com sua experiência que nos pudesse dizer quais são os tipos mais frequentes de fraude e como têm evoluído ao longo do tempo e se, ainda hoje, é uma matéria de relevância nas operações de crédito e quais as implicações.

Jean Bastin

Como já tive a oportunidade de lhes dizer, o segurador de crédito seleciona seus riscos. Ele começa por selecionar seus segurados. Ele não emite uma apólice para qualquer um. Ele verifica se o proponente é um homem correto e faz com que ele preencha um questionário. Se não responde honestamente e o segurador constata isso, ele tem o direito de declinar a proposta. Lembro-me bem de um caso típico, uma multinacional muito grande nos demandou a cobertura de seus riscos. Nós lhe perguntamos se já haviam tido sinistros no passado... Ah...responderam, gentilmente, não somos nós quem cuidamos disso, é o comercial. Se é o comercial que cuida disso em sua empresa, mil desculpas, mas não emitiremos a apólice. Em matéria de seguro de crédito é preciso ser claro, estrito. O seguro de crédito não funciona bem se não é estrito. É fácil ser manipulado. Encontramos pessoas seguradas duas vezes, que colocam a fatura de seu companheiro em sua apólice. Todo tipo de fraude. Satisfeito?

Ernesto Tzirulnik

Sim. Professor, nós tivemos, em uma época não muito remota, uma série de operações, que se costuma denominar “de engenharia financeira”, expressão bastante ampla e que potencializa o eufemismo, onde cabem, enfim, soluções lícitas, soluções ilícitas, mas todas com a aura de dignidade, de “construção da inteligência”, nas quais se verificava o seguinte: um banco, credor de um devedor que não mais pode fazer qualquer pagamento, que não tem bens disponíveis ou que possam ser liquidados de sorte a resultar no quanto necessário para o pagamento da dívida, um devedor, portanto, em estado de insolvência, apenas não formalmente decretada. No grupo desse banco credor existe uma *trading*, uma companhia de comércio exterior, que é convocada para celebrar um contrato de compra e venda de mercadoria para entrega futura, com pagamento antecipado de 100% do preço, feito pela *trading* ao vendedor, que não é, senão, o devedor do banco. Mediante essa operação, resulta que o pagamento do banco é feito da seguinte forma: a *trading*, que está adquirindo as mercadorias do vendedor-devedor, faz o pagamento na conta-corrente bancária que este mantém junto ao banco, o mesmo banco que participa da

trading. Assim, o banco recupera o valor depositado na conta do seu devedor. O vendedor deixa de ser devedor do banco. A *trading*, então, aguarda o vencimento do prazo para a entrega das mercadorias, nem se preocupando se elas estão ou não sendo efetivamente produzidas. Com o vencimento dessa obrigação de dar, como ela não é cumprida, a *trading* reclama a indenização das seguradoras com as quais celebrou um seguro-garantia. Essas operações, que aconteceram numerosamente no Brasil, via de regra, começavam com a primeira das indicações feitas pelo professor Jean Bastin, no sentido de que embora existisse uma seguradora do grupo, é claro que os agentes da "engenharia" foram buscar co-seguradoras que não participassem do mesmo grupo do banco. Isso existe em outros países?

Jean Bastin

É uma operação muito complexa a que foi exposta. Eu lhe respondo por dois princípios. O primeiro é que o banqueiro e o segurador de crédito são um pouco do mesmo meio, mas o segurador de crédito tem grande desconfiança do banqueiro. É preciso prestar atenção com quem ele fala, pois o banqueiro não conhece muito bem o seguro de crédito. Ele o vende, mas não sabe muito bem o que é. A segunda coisa é que o segurador não é, economicamente, o segurador do vendedor, é o segurador do comprador. Se o comprador está em ordem, o que passa depois do pagamento não importa. O que passa depois do pagamento não concerne ao segurador. O segurador de crédito é, economicamente, a segurança do comprador, não do devedor. Satisfaz minha resposta?

Ernesto Tzirulnik

Satisfaz em parte. Vou abusar do Senhor. Note-se que não falamos propriamente de seguro de crédito, mas de seguro-garantia. O seguro de crédito, como eu havia dito, é ave rara no Brasil, mas o seguro-garantia é operado comumente. O que acontece nas situações que se verificaram no Brasil é que, na realidade, o banco, que tem um devedor insolvente, utiliza uma outra empresa ligada a ele para que ela adquira mercadorias a serem fabricadas e fornecidas pelo devedor do banco, que é insolvente. O pagamento da totalidade do preço é feito pela *trading* que o faz na conta

corrente do devedor no próprio banco e o crédito do banco passa a estar quitado. Passa o tempo e a mercadoria não é entregue. A dúvida é: esse tipo de operação se verifica lá fora?

Jean Bastin

Vou responder que o segurador tem desconfianças em relação ao banco. Isso ocorre no mundo inteiro e se justifica porque muitas vezes o banco procura o segurador quando não tem confiança em seu devedor. Essa é a razão pela qual o segurador pensa: se você não confia em seu devedor, eu também não. Não estou aqui para constituir garantia para seu devedor. Não é meu papel. Sou segurador. O banco recorre ao segurador na base da anti-seleção. Se é bom, “não preciso de você senhor”. Se é ruim, “então, eu penso em você”. Com muita frequência, tristemente, me apresso a dizer, alguns homens de companhias de países do Leste, que não conhecem bem a economia de mercado, ou desconhecem os meandros de operações viciadas, já desapareceram, pois praticaram garantias financeiras baseados na anti-seleção...

Maurício Luis Pinheiro Silveira

Os seguros de crédito e caução ou garantia demandam do segurador uma atuação diferenciada se comparados com os demais ramos do seguro na fase pré-contratual? E, sendo positiva a resposta, se essa situação implica um acréscimo no que se chama custo de subscrição do seguro de crédito e caução?

Jean Bastin

Digamos que o trabalho preliminar do segurador será extremamente diferente daquele dos seguradores em geral. Há um exame distinto das partes e do contrato, em ambos os seguros. No de crédito, por exemplo, eu pego um exportador que vende material a uma empresa muito conhecida e de solidez facilmente identificável. É uma operação de curto prazo. É muito fácil. Mas o segurador de crédito pode ser levado a estudar essa cobertura para um contrato de 25 anos. Isso demanda um estudo ex-

tremamente importante, pois se é fácil estudar a possibilidade de falha do pagamento nos meses subseqüentes, é muito difícil estudá-la dentro dos 25 anos seguintes. Dito de outra maneira, é algo que apesar de exigir muito estudo será praticamente impossível. Essa é a razão pela qual a legislação européia previu para as companhias de seguros uma provisão técnica que chamamos (risco catástrofe do conteúdo de caráter cíclico das companhias de seguro). Elas têm o direito à isenção de impostos para constituir essa provisão técnica. Elas são obrigadas, ainda que não tenham uma porcentagem considerável de sinistros durante um bom tempo. Elas podem recusar os que se encontrem em outra situação. Isso é para ver como é complexa a situação do segurador de crédito e como a legislação européia previu essa hipótese desse caráter cíclico e diferente. É certo que no seguro de crédito a seleção do vendedor, do comprador e do contrato demanda distinta atenção.

Ernesto Tzirulnik

Professor Jean Bastin, muito obrigado! Vamos passar a palavra ao professor Francisco Artigas.

DOS SEGUROS DE CRÉDITO E GARANTIA NO DIREITO COMPARADO LATINO-AMERICANO

FRANCISCO ARTIGAS CELIS¹

Ernesto Tzirulnik

Eu gostaria de apresentar o doutor Francisco Artigas, salientando que, além de um grande amigo, ele é um dos estimuladores de nossa existência, desde 1995, quando participamos de um congresso no Chile. O Francisco Artigas, membro da AIDA chilena, é advogado, dirigente de companhia de seguro de crédito no Chile e grande incentivador das atividades de pesquisa e dos fóruns internacionais em Direito do Seguro. Na especialidade que hoje trataremos, ele goza de uma formação semelhante à do professor Jean Bastin, porque reúne duas coisas: a seriedade com que encara o Direito e a experiência multifária de quem, como advogado, lidou com a questão do seguro de crédito e, posteriormente, administrou uma seguradora de crédito. Passo a palavra ao doutor Francisco Artigas:

1. Gerente-geral da Companhia de Seguros de Crédito Continental S.A. Membro da seção chilena da AIDA.

Francisco Artigas

Muito obrigado. Tenho um problema, porque se falar rápido vocês não vão me entender e se falar devagar não vão almoçar.

Quero dizer que é uma honra estar entre o presidente do IBDS e o Dr. Jean Bastin, que é o papa do direito do seguro de crédito moderno e dos estudos de seguro de crédito na prática, pois esteve por muitos anos à frente da única companhia de resseguro de crédito do mundo. Apenas vou agregar alguma coisa ao que o professor Jean Bastin comentou, pois, de fato, viajo com um único livro, sua publicação sobre seguro de crédito.

Farei uma síntese do meu trabalho, mostrando o que significa, no direito comparado, o seguro de crédito. Quando falar de fianças, garantias e cauções, estarei usando o mesmo sentido, pois este não é o momento de distingui-los.

O estudo dos seguros de crédito e garantia no direito comparado dos países latino-americanos resulta numa verdadeira odisséia. Desde já, ao contrário do que acontece na Europa, não existe um quadro normativo comum na América Latina – estamos longe do sonho de Bolívar. A América Ibérica, junto a outras nações de menores população e tamanho territorial, continua um conjunto de países variados cuja união se deve mais aos limites físicos do continente do que a qualquer obra do homem. No direito latino-americano não existe um quadro legal comum perante o qual os diversos países, nascidos principalmente da Espanha e de Portugal, subscrevam, contratem ou desenvolvam seus seguros de crédito e garantia.

Encontramos na terra americana de fala primordialmente castelhana e portuguesa um cenário próprio de cada país que a compõe e que difere, ou coincide, com o de outros países da mesma região tanto quanto se diferenciam ou se assemelham seus traços geográficos, onde os seguros de fiança, de garantia e caução são utilizados como sinônimos.

Este estudo compreenderá o quadro legal do seguro de crédito de um país, seguido ou precedido do quadro legal de seguro de garantia ou de fiança do mesmo país que, com frequência, constituem cenários normativos muito diferentes; em seguida, veremos os panoramas legais de outro país e assim sucessivamente, até atingirmos uma dezena de países da região. Já dissemos que não há um único quadro legal na América Latina,

mas sim um por país. Portanto, é impossível nos aprofundarmos sobre uma base tão ampla em poucas linhas.

Veremos, a seguir, a situação de uma dezena de países que representam, em seu conjunto, uma altíssima percentagem da população, do território e do produto interno bruto da América Latina. Vamos, pois, sem mais preâmbulos, ao estudo dos diversos quadros legais de nossa região.

1. México

No México, as entidades que subscrevem os seguros são diferentes: existem as de crédito e as que outorgam fianças a título oneroso.

As afiançadoras devem sua regulamentação à Lei Federal de Instituições de Fianças, de 1950 (publicada no Diário Oficial em 29 de dezembro e que derogou a Lei de Instituições de Fianças promulgada em 1942) e suas modificações (decretos de reforma publicados nas seguintes datas, entre outros: 23 de dezembro de 1993, 3 de janeiro de 1997, 7 de maio de 1997, 17 de maio de 1999, 10 de novembro de 1999 e 5 de janeiro de 2000).

Segundo essa lei, a fiança pode apresentar-se nos seguintes ramos: fianças de fidelidade; fianças judiciais (penais, não penais, em favor de condutores de veículos); fianças administrativas (de obra, de provedoria, de arrendamento, entre outras); fianças de crédito (de compra e venda, financeiras, entre outras); e fideicomissos de garantia (com ou sem relação com apólices de fiança).

No México, as fianças têm um reconhecimento extraordinário no ordenamento jurídico, especificamente no art. 13 da Lei Federal de Instituições de Fianças, segundo o qual as autoridades federais locais "estão obrigadas a admitir as fianças, aceitando a solvência das instituições de fianças, sem qualificar dita solvência nem exigir a constituição de depósitos, outorga de fianças ou comprovação de que a instituição é proprietária de bens de raiz nem de sua existência jurídica". A lei não admite, também, eventuais discriminações, ao dispor que as mesmas autoridades "não podem fixar maior importe para as fianças que o assinalado para depósitos efetivos ou outras formas de garantia".

Essa lei, por outro lado, pode ser considerada como excessivamente reguladora da atividade. A título de exemplo, as afiançadoras devem re-

gistrar, perante a Comissão Nacional de Seguros e Fianças, as notas técnicas de todos os seus produtos, incluindo as tarifas do prêmio (art. 86).

As fianças não podem ter caráter de incondicionalidade, já que é a mesma lei que regula o procedimento de reclamação e as condições para que se proceda ao pagamento das indenizações (arts. 93 e seguintes, 118, 130). O beneficiário, ao requerer o pagamento da fiança, deve demonstrar a existência e a exigibilidade da obrigação garantida pela fiança. A afiançadora, a seu turno, pode solicitar “todo tipo de informação e documentação que seja necessário, relacionado com a fiança”. Finalmente, a afiançadora pode negar o pagamento, comunicando ao beneficiário “as razões, causas ou motivos de sua improcedência”. Se o beneficiário não se conformar, pode, à sua escolha, fazer valer seus pretensos direitos perante a Comissão Nacional de Seguros e Fianças ou perante os tribunais competentes, diz a Lei Federal de Instituições de Fianças. Não obstante, a Lei de Proteção e Defesa do Usuário de Serviços Financeiros, publicada no Diário Oficial da Federação em 18 de janeiro de 1999, modificada por decreto publicado em 5 de janeiro de 2000, entrega, hoje, competência à Comissão Nacional para Defesa dos Usuários de Serviços Financeiros – CONDUSEF (art. 3º, transitório, de 1999: para certos efeitos, as menções à Comissão Nacional de Seguros e Fianças, nos arts. 93 e 94 da Lei Federal de Instituições de Fianças, devem ser entendidas a partir da CONDUSEF).

As afiançadoras estão expressamente autorizadas a substituir-se ao devedor principal de uma obrigação de fazer ou de dar, em cumprimento da obrigação (art. 121).

Produz-se a sub-rogação em favor da afiançadora assim que pagar a indenização (art. 122).

A lei reforça as ações das afiançadoras contra o solicitante (contratante ou tomador da apólice), o fiador, o contra-fiador e o obrigado solidário para recuperar o que foi pago e, ainda antes do pagamento, para obter garantias em certos casos (arts. 97 e seguintes).

As operações das companhias de seguros de crédito estão reguladas pela Lei Geral de Instituições e Sociedades Mutualistas de Seguros de 1934 (modificada por diversos decretos, entre outros, os publicados no Diário Oficial nas seguintes datas: 31 de agosto de 1935; 7 de janeiro de 1981; 3 de janeiro de 1990; 17 de novembro de 1995; 3 de janeiro de 1997; 7 de maio de 1997; 17 de maio de 1999; 31 de dezembro de 1999; 5 de ja-

neiro de 2000; e 6 de junho de 2000). Entre as operações ou ramos de seguros que uma instituição pode realizar ou desenvolver, menciona o seguro de crédito (art. 7. III, alínea f), ao qual, indiretamente, o define como "o pagamento da indenização de uma parte proporcional das perdas que sofrer o segurado como consequência da insolvência total ou parcial de seus clientes devedores por créditos comerciais" (art. 8, XI).

Cada instituição de seguros deve constituir um capital mínimo para cada operação ou ramo em que seja autorizada a subscrição (art. 29). Crédito é um ramo específico e o montante do capital mínimo fixado pela Secretaria da Fazenda e Crédito Público para o ramo de seguro de crédito por danos, operado como único ramo, é de 5.112.730 UDIs, equivalentes a \$ 13.657.467 (1 UDI = 2,671267 pesos), ou a cerca de US\$ 1.400,000 (câmbio = 9,5950) e, para dois ramos, é de 6.816.974 UDIs; para três: 8.521.217 UDIs).

Essa lei também pode ser considerada excessivamente reguladora da atividade. As instituições de seguro, como as afiançadoras, devem registrar na Comissão Nacional de Seguros e Fianças as notas técnicas de todas suas operações, incluindo as tarifas de prêmios (Art. 36-A).

Outras disposições particularmente relevantes, para compreender a regulamentação a que estão sujeitas as instituições de seguros no México e os princípios que lhes são aplicados, encontram-se nos artigos 29, 35 e 36 da citada Lei Geral de Instituições e Sociedades Mutualistas de Seguros.

2. El Salvador

A instituição do contrato de seguro em El Salvador é regulada pelo Código Comercial, promulgado em 1970 (arts. 1344 a 1500), e o quadro legal que rege as sociedades de seguros e afiançadoras se encontra estabelecido principalmente na Lei de Sociedades de Seguro editada recentemente, em 1996.

A legislação salvadorenha é generosa nas disposições relativas ao seguro de fiança e pobre no que concerne ao seguro de crédito. Com efeito, os seguros de crédito não são contemplados pela Lei de Sociedade de Seguros e, de fato, não existem companhias de seguro de crédito em El Salvador e nenhuma seguradora de ramos gerais subscreve o ramo de crédito, ainda que não seja proibido.

Em troca, encontra-se expressamente proibido às sociedades de seguros (arts. 25 e seguintes) outorgar garantias financeiras, ainda que a definição destas cauções seja restrita, pois só se considera como tal aquela que garantir o cumprimento de uma obrigação de pagar soma em dinheiro proveniente de uma operação de crédito, em favor de um banco ou financeira. Portanto, duas condições cumulativas são exigidas para que a cobertura seja considerada garantia financeira e, conseqüentemente, resulte proibida: que a obrigação, cujo não cumprimento se garante, seja de “pagar uma soma de dinheiro proveniente de uma operação de crédito” e que o credor dessa obrigação seja “um banco ou financeira”. Em conseqüência, poderíamos afirmar que, faltando qualquer um dos elementos, estaríamos frente a uma garantia financeira e a cobertura poderia ser outorgada por um segurador.

Então, as obrigações de pagamento do preço de contratos de compra e venda (operações dentro do país ou de exportação) poderiam ser cobertas, em favor do vendedor ou do exportador, mediante apólices de seguro, particularmente, quando o credor não for um banco nem uma financeira – mas esta é apenas uma hipótese.

A prática de operações de afiançamento é o objeto único das afiançadoras (art. 19, IV), enquanto as operações de fianças podem ser realizadas por qualquer sociedade de seguro, quando não tenha por objeto o desenvolvimento exclusivo desta atividade, diz a lei (art. 19), o que resulta muito compreensível. Ou seja, podem subscrever fianças tanto as afiançadoras, cujo objeto exclusivo é esse, como também as sociedades de seguro em geral. A explicação poderia estar nas menores exigências que são feitas às afiançadoras, entre elas, as de capital.

A margem de solvência exigida para operações de fianças é a quantidade que resultar da aplicação de uma percentagem compreendida entre 1% e 3% do total de responsabilidades brutas de reafiançamento e reservas de saneamento (reservas de insolvência – arts. 31 e seguintes). São parâmetros distintos dos aplicáveis nas operações de seguros.

A legislação sobre seguros de El Salvador contém uma mostra de sana desregulamentação na norma (art. 48, da Lei de Sociedade de Seguro), que permite contratar com modelos de apólices não depositados na Superintendência quando se tratar de seguros para pessoas jurídicas e nos quais o prêmio anual for superior a um montante mínimo estabelecido pela lei e atualizado em 53.000 colons, pouco mais de US\$ 6,000 (Resolu-

ção do Conselho Diretivo da Superintendência do Sistema Financeiro nº 8.399, de 8 de dezembro de 1999).

Por outro lado, em El Salvador é proibido outorgar fianças mercantis a título oneroso a qualquer pessoa distinta das sociedades de seguro e das entidades autorizadas pela Lei de Bancos e Financeiras (art. 74, da Lei de Sociedades de Seguro, e art. 1.539, do Código de Comércio).

O capital mínimo que deve constituir e manter a sociedade de seguros (conforme o art. 14, da Lei de Sociedade de Seguro, e manter atualizado, conforme o art. 98 dessa lei, por resolução do Conselho Diretivo da Superintendência do Sistema Financeiro nº 8.399, de 8 de dezembro de 1999) é, para uma companhia de seguros gerais, incluindo as operações de fianças, de 7.500.000 colons (US\$ 857.143), e para uma afiançadora, isto é, sociedade que realiza exclusivamente operações de fianças, é de 4.300.000 colons (pouco menos de US\$ 500.000). Para operar em todos os ramos, vida ou não vida, requer-se 12.800.000 colons, equivalente a pouco menos de US\$ 1.500.000.

As sociedades de seguro que já estavam autorizadas a operar a partir da entrada em vigor da Lei de Sociedades de Seguro de 1996 tiveram que se adaptar às suas disposições, incluindo o maior capital exigível, em um prazo de dois anos (arts. 116 e 119). O mesmo ocorreu com as afiançadoras que, além disso, tiveram que obter autorização para operar como sociedades de seguro (art. 115). Excluindo-se o prazo, então, o que se explica por motivos de simples prudência, não se privilegiou as antigas entidades em relação às novas que venham a solicitar autorização.

Finalmente, cumpre-nos destacar a edição da Lei de Integração Monetária, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2001, segundo a qual o tipo de câmbio entre o colón e o dólar dos EUA se tornou fixo e inalterável (na razão de 8,75 colons por dólar) e se permite a contratação de obrigações monetárias expressas em qualquer outra moeda de livre circulação no exterior, enquanto o dólar americano tem curso legal irrestrito com poder liberatório ilimitado para o pagamento de obrigações em dinheiro no território nacional de El Salvador.

3. Venezuela

A lei vigente, Lei de Empresas de Seguro e Resseguro, de 1994, é bastante reguladora. Por exemplo, exige a aprovação da autoridade para

apólices, propagandas e, em alguns casos, tarifas. Por outro lado (art. 42, f), exige capitais bastante baixos e também favorece a constituição de companhias de um ou dois ramos e a exigência de capital para elas é menor: 300 milhões de bolívares (Bs) (US\$ 425,700) para um ramo ou dois, desde que afins e vinculados; Bs. 500 milhões para gerais (US\$ 710,000); Bs. 700 milhões (pouco menos de US\$ 1,000,000) para entidades que subscrevam ramos de vida ou gerais em conjunto.

As empresas de seguros estão autorizadas a outorgar “fianças de cumprimento de contratos de obras ou de outras obrigações de fazer, de licitação, de obrigações trabalhistas, de alfândegas, de antecipação, de cláusula penal, de fidelidade, judiciais e as demais que, por não terem as características de garantias financeiras, determinem o regulamento” (art. 14). As fianças emitidas devem corresponder aos modelos previamente aprovados pela Superintendência de Seguros (art. 115, a). Existe proibição expressa para emitir garantias financeiras que, segundo a lei venezuelana, são aquelas mediante as quais se “afiança ou avaliza o cumprimento de obrigações de pagar quantidade de dinheiro a prazo fixo” (art. 113).

As fianças consistem, habitualmente, em alguma das seguintes espécies: de fiel cumprimento, de antecipação, de Lei do Trabalho (arts. 54, 55 e 56, da Lei Orgânica do Trabalho), de licitação, de devida execução, de boa qualidade, judicial (habitualmente para o decreto ou levantamento de medidas de embargo ou seqüestro de bens, proibição de alienar ou gravar imóveis), de recorrer (para interpor recursos contra autoridades administrativas), de agente alfandegário (art. 35, da Lei Orgânica de Alfândegas), aduaneiro para exportação temporária (art. 95, da Lei Orgânica de Alfândegas), para importação temporária (art. 93, da Lei Orgânica de Alfândegas), entre outras.

Nada estabelece a lei sobre os seguros de crédito, salvo quando, como dissemos, proibir as garantias financeiras. A esse respeito poderíamos fazer uma reflexão: se prescindirmos da expressa referência à fiança ou aval, que contém a definição de garantia financeira, poderíamos entender que é proibido cobrir os riscos de não cumprimento de “obrigações de pagar quantidade de dinheiro a prazo fixo”. O que expressamente se proíbe é afiançar ou avalizar o cumprimento dessas obrigações, mas não está proibido, ao menos expressamente, assegurar o não cumprimento, sendo que a obrigação de pagar o preço da compra e venda pode caber no conceito de

"obrigações de pagar quantidades de dinheiro a prazo fixo". já que o preço se paga com quantidades de dinheiro e o prazo fixado no contrato de compra e venda, para seu pagamento, quando se outorga, é um prazo fixo, ao menos na imensa maioria dos casos. Isso se resolve atendendo à legislação que, separadamente, autoriza a subscrição dos seguros de crédito.

A legislação de Seguro de Crédito à Exportação, de 1977 (modificada pela última vez em 1990), regula esse ramo. Estabelece a lei que o seguro de crédito ampara tanto os riscos comerciais como os políticos e extraordinários (art. 3º), limita a outorga da cobertura a 85% da perda bruta definitiva para riscos comerciais e a 95% para riscos políticos e extraordinários (art. 11) e obriga os exportadores a segurar a totalidade de seus créditos (art. 15).

Por outro lado, mencionada lei outorgou ao Fundo de Financiamento das Exportações faculdades para constituir companhias, nas quais podia, ou não, ter participação: podia, ainda, contratar com uma ou mais companhias a administração do seguro de crédito à exportação no tocante aos riscos políticos e extraordinários (art. 10). Tal Fundo teve origem na derogada Lei de Incentivos às Exportações e, a partir do Fundo, criou-se o Banco de Comércio Exterior – BANCOEX, o qual recebeu faculdades que a mencionada lei outorgava ao Fundo (constituir companhias, nas quais pode ter, ou não, participação e, ainda, pode contratar com uma ou mais companhias a administração de seguros de crédito à exportação no referente aos riscos políticos e extraordinários). De fato, o BANCOEX adquiriu participação na La Mundial C.A. Venezuelana de Seguros de Crédito, até o limite de 20% de seu capital, percentagem que está sendo rebaixada a 10%, em virtude de um aumento de capital acordado em fevereiro de 2001, pelo qual o Banco se absteve de subscrever novas ações (as novas ações, entendemos, seriam subscritas pela CESCE, da Espanha). La Mundial subscreve somente seguros de crédito, além das garantias vinculadas a operações de exportação financiadas pelo BANCOEX (fiel cumprimento da obrigação de exportar, qualidade da mercadoria etc.).

Não existem, atualmente, outras seguradoras de crédito, ainda que não exista impedimento legal para sua constituição.

Existe, no entanto, um projeto de lei de seguros, cujos principais artigos contemplam o fortalecimento patrimonial das entidades seguradoras e a desregulamentação do mercado.

Quanto aos capitais mínimos, o projeto compreende maiores exigências e não considera a situação das empresas que atuam em um só ramo nem das companhias que atuam em dois ramos afins: 100.000 Unidades Tributárias (UT), pouco mais de US\$ 1,600,000, para as que operam em ramos gerais ou vida, e 200.000 UT, US\$ 3,200,000, para as que operam em ambos (1 UT = 11.600 Bs.).

Como consequência, a especialização não é uma opção preferencial para o legislador venezuelano, ao menos não enquanto não favorecer aquelas entidades que subscrevem um ramo ou dois ramos afins. Desse modo, as companhias especializadas em crédito ou fiança, ou em ambos, conjunta e exclusivamente, devem cumprir as mesmas exigências de capital das que operam em todos os ramos de seguros gerais.

Outro aspecto relevante do projeto é que ele outorga às apólices o caráter de título executivo (com poder de embargo).

Esse projeto, entretanto, não regula – nem mesmo menciona – o seguro de crédito.

4. Colômbia

Não existem impedimentos para a formação de companhias de seguros que subscrevam ramos de crédito e garantia na Colômbia.

Também não existe discriminação (positiva ou negativa) das companhias que subscrevem tais ramos em relação às outras entidades seguradoras, salvo em relação ao capital exigível, em especial para as que asseguram exclusivamente crédito à exportação; mas, como não existem na Colômbia companhias dedicadas de maneira exclusiva ao seguro de crédito à exportação, não foi fixado esse capital mínimo menor.

Todas as companhias de seguros gerais (não vida) devem cumprir o mesmo requisito de capital mínimo, que atualmente é de Col. \$ 4.858 milhões (pouco mais de US\$ 2,000,000, ao câmbio de 2.283,10), a única exceção recai sobre as companhias que têm por objeto exclusivo a subscrição de seguros de crédito à exportação (Estatuto Orgânico do Sistema Financeiro, art. 80, modificado pela Lei nº 510, de 1999, e Decreto 2.323, de 1999), salvo o que diremos na continuação sobre as fianças.

Além desse capital mínimo, as companhias devem creditar um patrimônio técnico, cujo montante é diferente segundo o ramo e que, no ca-

so do crédito – sem distinção de doméstico ou exportação – chega a Col \$ 1.359 milhões (montante atualizado pelo Decreto 206, de 1999). Em resumo, para o segurador de crédito, isso equivaleria a pouco mais de Col \$ 6.000 milhões (cerca de US\$ 2.700.000).

Por meio do Bancoldex, o Estado participa na SEGUREXPO – Seguradora de Crédito e de Comércio Exterior da Colômbia, atualmente, com 47% do capital subscrito. Além disso, a SEGUREXPO conta, e somente ela, com a garantia do Estado para a cobertura dos riscos políticos e extraordinários.

Qualquer companhia de seguros gerais, habilitada para operar na Colômbia, pode emitir apólices de garantia.

Por outro lado, para subscrever o ramo garantia, a companhia interessada deve constituir o capital mínimo exigível a qualquer companhia de seguros gerais, atualmente, Col. \$ 4.859 milhões (pouco mais de US\$ 2.000.000), mais um montante correspondente ao patrimônio técnico saneado por ramo que, no caso da garantia, chega a pouco mais de Col. \$ 1.000 milhões. Em resumo, uma companhia seguradora, para subscrever garantias, na Colômbia, deve constituir um capital de aproximadamente Col. \$ 6.000 milhões (cerca de US\$ 2.700.000).

No que diz respeito à aceitabilidade das garantias, cabe destacar que, com a promulgação da Lei nº 80, em 1993, e sua regulamentação (Decreto 679, de 1994), estabeleceu-se uma norma de caráter geral de extraordinária importância para a subscrição do seguro de garantia e o desenvolvimento deste ramo. Com efeito, a partir de então, a legislação colombiana, como regra geral, permite, a quem contratar com o Estado, garantir suas obrigações emanadas de contratos estatais tanto mediante apólices de garantia como por garantias bancárias. Por diversos motivos, além disso, na maioria dos casos, são utilizadas apólices de garantia também para a seriedade da oferta. Diz a Lei nº 80, em seu artigo 25, parágrafo 19, que o contratado prestará garantia única que avalizará o cumprimento das obrigações surgidas do contrato e o proponente prestará igualmente garantia de seriedade. As garantias, diz a lei, "consistirão em apólices expedidas por companhias de seguros legalmente autorizadas para funcionar na Colômbia ou em garantias bancárias".

Portanto, as garantias emitidas pelas companhias de seguro são amplamente aceitas, em particular pelo Estado e suas instituições. A legislação

inclusive tem o mérito de trazer normas especiais para a aceitação de apólices de garantia no caso de concessões, resolvendo o problema que representa o longo prazo nesses casos: a apólice pode ser emitida por um período de vigência menor ao do contrato de concessão, quando o mercado não outorgar maior prazo, o qual deve ser certificado pela Superintendência Bancária, e o contratante deve se obrigar a prorrogar a garantia ou obter, oportunamente, uma nova (se não o fizer, o segurador deve indenizar o convenicionado para essa eventualidade ou, na falta de estipulação, em razão do período transcorrido, mas não menos que 50% do montante garantido).

Por outro lado, o decreto de regulamentação indicado estabelece que o montante da garantia do cumprimento não poderá ser inferior a 10% do valor do contrato, de modo que o mandante – contratante público – pode fixar uma percentagem maior.

5. Brasil

Em matéria de garantias, atualmente, o documento mais importante é o projeto de lei nº 543 (1999), aprovado pelo Congresso, o qual (ao menos até abril de 2001) permanecia à espera da aprovação definitiva da Comissão de Constituição e Justiça. Essa é a primeira lei a tratar especificamente sobre seguro garantia no Brasil e estima-se que terá uma influência bastante benéfica no desenvolvimento do mercado. Este projeto constitui uma regulação orgânica e sistemática do seguro garantia e contém disposições de imenso valor para o desenvolvimento deste ramo dos seguros.

Com efeito, por disposição legal expressa, poderá o segurador substituir o pagamento da indenização pela realização ou execução da obrigação garantida; poderá uma apólice de seguro de garantia ser apresentada em diversas espécies de juízo, quando, nos casos previstos na legislação, dever constituir-se caução; o recibo do pagamento da indenização constituirá título executivo, o que facilitará ao segurador o exercício das ações que adquirir por sub-rogação; sub-rogação que, por sua vez, se produzirá por expressa disposição da lei.

Recentemente, o Decreto nº 3.717 (03.03.01) dispôs que, nos recursos contra decisões em processos de determinação e exigência de créditos tributários, o recorrente pode garantir o cumprimento de suas obriga-

ções mediante diversas modalidades de caução, entre elas, expressamente, o seguro garantia. Em relação ao montante, estabelece que deve corresponder, no mínimo, a 30% da exigência fiscal definida na decisão que se recorre. A modalidade de seguro não estava permitida anteriormente, o que representa um avanço também muito importante para o desenvolvimento do mercado de seguros garantia no Brasil.

Mas o que ocorria em matéria de garantias no Brasil?

Em 1967, mediante o Decreto Lei nº 200, o Presidente da República dispôs que, nas licitações de compra, obras e serviços, a autoridade competente poderia exigir a apresentação de garantia pelos licitantes mediante três diferentes modalidades, entre elas, expressamente, o seguro garantia (art. 135, III). Não obstante, posteriormente, essa norma foi vetada e reduziu a zero o mercado de seguro garantia no Brasil, até que, em 1986, mediante o Decreto Lei nº 2.300, se restabeleceu, em termos muito similares, a norma de 1967: a autoridade competente poderia exigir uma garantia para contratações de obras, serviços e compras, podendo o contratado optar por apresentar um seguro garantia, entre outras modalidades. No caso de ser exigida a garantia, não deveria exceder 5% do valor do contrato. Essa retomada legal do seguro garantia, no entanto, não produziu um grande efeito nas subscrições de apólices.

No início dos anos 90, agora no âmbito dos contratos privados, um reconhecimento implícito do seguro garantia e uma nova fonte de impulso ao desenvolvimento do mercado podem ser encontrados na Lei nº 8.245 (1991), que estabelece entre as obrigações do locatário a de "pagar o prêmio do seguro fiança".

Não obstante, o verdadeiro e atual impulso ao desenvolvimento do mercado de seguro garantia no Brasil é a Lei nº 8.666 (1993) que, modificada pela Lei 8.883 (1994), dispõe que nos contratos da administração pública é critério da autoridade competente exigir a apresentação de garantia nos contratos de obras, serviços e compras e, entre as modalidades de garantias, inclui-se expressamente o seguro garantia. Determina a lei que o montante da garantia não excederá a 5% do valor do contrato, devendo manter-se atualizado nas mesmas condições que o contrato, podendo o percentual aumentar até 10% do valor dos contratos, quando esses forem de alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis (art. 56).

Com o acelerado desenvolvimento da garantia no âmbito público, as obrigações entre privados começaram também a ser garantidas mediante apólices, incrementando-se, assim, significativamente esse ramo de seguro.

Este novo e real impulso tem produzido elevado crescimento do prêmio recebido pelo ramo de garantia desde 1994.

Por sua vez, a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP estabeleceu a forma de contratação do seguro garantia, mediante a aprovação de modelos de texto de apólices, condições e tarifas, por meio das circulares 4 e 5 (1997) e, particularmente, no que diz respeito às garantias aduaneiras e às garantias imobiliárias, por meio das circulares 62 e 66 (1998) respectivamente.

No que diz respeito a garantias judiciais, relevantes entre os seguros de garantia em outros países, não existe no Brasil um reconhecimento legal explícito. Essa omissão do legislador tem impedido o desenvolvimento dessa espécie, já que, habitualmente, os juízes rechaçam a apresentação do seguro garantia judicial, argumentando que sua existência não está prevista em lei.

Não obstante, como omitir não é sinônimo de proibir, em um caso recente ocorrido em Curitiba, no qual um juiz rechaçou por não estar prevista em lei; o Tribunal de Justiça do Paraná, conhecendo de um recurso contra essa sentença denegatória, estabeleceu que a caução processual (“penhora”) podia consistir em uma apólice de seguro garantia, fazendo uma interpretação ampla da fiança. Agora, com a promulgação do mencionado projeto de lei nº 543 (1999), à espera da conclusão do trâmite legislativo, o seguro de garantia judicial obterá um reconhecimento legal explícito.

Em síntese, o panorama do desenvolvimento do seguro garantia, no Brasil, se mostra auspicioso, principalmente, a partir da promulgação da mencionada Lei nº 8.666 (1993), modificada pela Lei nº 8.883 (1994), que se refere a contratos da administração pública, além do novo impulso que representará, uma vez promulgado, o projeto de lei nº 543, ao qual nos referimos mais acima.

O quadro legal do seguro de crédito difere-se em doméstico ou à exportação.

O seguro de crédito doméstico não tem uma regulamentação especial. Diversos modelos de apólices têm sido aprovados pelo Instituto de

Resseguros do Brasil – IRB (Circulares 30 e 31, de 1979) e pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP (Circular 21, de 1989).

No que diz respeito ao seguro de crédito à exportação, a regulamentação atual se encontra na Lei nº 6.704 (1979), que derogou a Lei nº 4.678 (1965), modificada pela Lei nº 9.818 (1999) e por sua regulamentação, o Decreto nº 3.937, de 25 de setembro de 2001, mediante o qual se derogou o Decreto nº 2.369 (1997), modificado pelo Decreto nº 2.877 (1998), que regulamentava anteriormente a mencionada Lei nº 6.704. As modificações que o Decreto nº 3.937 (2001) introduziu se referem a algumas definições relativas aos riscos políticos e extraordinários, à possibilidade de que a garantia estatal (da União) seja outorgada, por meio do IRB ou por outra entidade designada pelo Ministro da Fazenda, e a um aumento da garantia estatal quanto ao limite das perdas nas quais a União pode ter participação.

Essa normativa estabelece que o ramo de seguro de crédito à exportação somente pode ser operado no Brasil por companhias especializadas, que estão proibidas de operar em qualquer outro ramo (art. 2º, da Lei nº 6.704 e art. 11, do Decreto nº 3.938). O mesmo dizia o Decreto nº 2.369, modificado pelo Decreto nº 2.877.

A formação de uma companhia de seguros de crédito requer a constituição de um capital mínimo bem pequeno, formado por uma parte fixa, correspondente aos ramos subscritos, e uma parte variável em função das regiões do país em que opera. Na parte fixa, o capital mínimo corresponde a 700.000 UFIRs (Unidade Fiscal de Referência, 1 UFIR = R\$ 1,283), equivalente a US\$ 327,715 (taxa de câmbio = 2,136). Esse montante de capital mínimo é o mesmo que deve constituir uma companhia que pretender operar em qualquer outro ramo ou grupo de ramos de seguros, salvo se desejar operar simultaneamente em ramos de seguros gerais, incluído crédito, ramos de vida, planos de capitalização e rendas provisionais privadas, caso em que o capital mínimo da parte fixa deve ser o dobro (ver resolução CNSP nº 22, 1992).

O estado pode participar da propriedade de uma companhia dessa espécie até o limite de 49% do capital social (art. 8º, da Lei nº 6.704) e as obrigações da companhia, por sua vez, podem contar com garantia estatal (garantia da União) de forma a pagar as indenizações relacionadas com operações de exportação garantidas pelo governo, para o qual se criou

um fundo, que é administrado pelo BNDES (Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social).

Conseqüentemente, em 1997, foi criada a SBCE – Seguradora Brasileira de Crédito à Exportação, de cuja propriedade participa, por conta do Estado, o Banco do Brasil. A partir de abril de 2001, a SBCE passou a contar com um novo acionista, o BNDES – Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social.

A garantia estatal mencionada anteriormente encontra-se limitada a uma percentagem das perdas: os limites que foram aumentados pelo Decreto nº 3.937 de 85% para 90% da cobertura do risco comercial e de 90% para 95% para os riscos políticos e extraordinários. Por outro lado, foi estabelecido o limite de 95% da perda em caso de risco comercial em operações financiadas que contém com garantia bancária (essa distinção entre o risco comercial e o financiamento e garantia bancários não existia no Decreto nº 2.369, de modo que, antes de 25 de setembro de 2001, data da promulgação do Decreto nº 3.937, a participação do Estado nas perdas em caso de cobertura do risco comercial estava limitada a 85% e, atualmente, teria ficado somente em 90% caso não houvesse introduzido essa distinção).

Os riscos, tanto comerciais como políticos e extraordinários, somente poderiam ser ressegurados pelo IRB, mas, desde 25 de setembro de 2001, data da promulgação do Decreto nº 3.937, além do IRB, também outra entidade “a ser designada pelo Ministro da Fazenda” pode ressegurá-los. Cabe acrescentar que o resseguro não é exigido quando a cobertura é outorgada diretamente pelo Governo, para o qual se usa o fundo criado pela Lei nº 9.818 (1999).

A privatização da atividade resseguradora, no Brasil, foi aprovada pela Lei nº 9.932 (1999) e regulamentada pela Resolução CNSP nº 1 (2000). No entanto, ao menos até meados de 2001, estava pendente de julgamento a ação direta de inconstitucionalidade interposta perante o Supremo Tribunal Federal.

A privatização do IRB – Brasil Resseguros e a conseqüente desregulamentação do resseguro têm alguns matizes especiais: com a transferência das funções regulatórias e de fiscalização à SUSEP, que o Decreto Lei nº 73 (1966) outorga ao IRB – Brasil Resseguros, a contratação de seguros no exterior foi condicionada à autorização da SUSEP, limitando essa contratação aos riscos que não encontrem cobertura no Brasil ou que

não convenham ao interesse nacional – art. 2º da Lei nº 9.932, modificando o art. 6º do Decreto Lei nº 73 (1966); exige, ao mesmo tempo, que os seguradores no Brasil ofereçam preferência aos resseguradores locais de 60% do montante da cessão, limitando fortemente a contratação de resseguros no exterior durante os primeiros dois anos seguintes à transferência de ações do IRB – Brasil Resseguros (art. 7º, do Decreto Lei nº 73 (1966)).

As companhias seguradoras de crédito à exportação estão autorizadas a abrirem contas bancárias em moeda estrangeira, podendo cobrar ou pagar montantes provenientes do prêmio do seguro, do resseguro, do co-seguro, da recuperação de créditos e das indenizações em moeda estrangeira, correspondentes às apólices emitidas (Resolução Banco Central do Brasil nº 2.532, de 1998).

6. Equador

A legislação equatoriana não proíbe nem permite, expressamente, a subscrição de seguros de crédito. A Superintendência tem a faculdade de aprovar um novo tipo ou ramo de seguro e não o fez, ainda, em relação aos seguros de crédito. Nenhuma companhia foi formada para subscrever esse ramo e nenhuma das companhias de ramos gerais foi autorizada a emitir apólices de crédito (também se desconhece que alguma empresa tenha feito a solicitação).

A nova Lei Geral de Seguros (expedida em abril de 1998 em lugar da lei de 1965) expressamente faculta às companhias de seguro a outorga de fianças ou garantias, mediante prévia autorização da Superintendência de Bancos, organismo que as regula no Equador (art. 43).

A apólice com pagamento constante ou recibo de indenização é título executivo no Equador. O recibo ou fatura de prêmio é também título executivo para a cobrança do prêmio, em razão das apólices serem de caráter incondicional, irrevogável e de cobrança imediata (ao menos as do setor público). Também se pode convencionar que, em caso de renovação de apólices por ordem de beneficiário do setor público, o prêmio seja pago mediante desconto de valores retidos do contratante pelo mandante.

De acordo com a Lei de Contratação Pública do Equador, as apólices têm igual aceitação das garantias bancárias.

7. Peru

O cenário normativo dos seguros de crédito e garantia do Peru é regulado pela Lei Geral do Sistema Financeiro e do Sistema de Seguros e pela Lei Orgânica da Superintendência de Bancos e Seguros, nº 26.702 (1996).

Essa lei permite um âmbito bastante grande de autonomia para o funcionamento das entidades de seguros, empresas afiançadoras e de garantias e tem sido um passo importante na desregulamentação do sistema peruano. A título de exemplo, a lei concede às empresas de seguros liberdade para determinar as condições das apólices, suas tarifas e outras comissões (art. 9º).

Para seu funcionamento, as companhias de seguros devem constituir e manter um capital mínimo (art. 16) que, para a empresa afiançadora e de garantia corresponde, atualmente, a S/. 1.686.220 (novos soles) (equivalente à cerca de US\$ 480,000) e, para as seguradoras de crédito ou qualquer companhia que subscreva um ou mais ramos de seguros gerais (não vida), corresponde ao dobro disso, ou seja, S/. 3.372.441 (cerca de US\$ 960,000). Para as companhias que operam tanto em geral como em vida: S/. 4.635.863, equivalente a US\$ 1,316,446 (taxa de câmbio = 3,5215).

A esse respeito, cabe destacar que a lei considera especializada a empresa afiançadora e de garantia, entre outras (citado art. 16), e não as companhias seguradoras de crédito não mencionadas expressamente.

Não obstante o amparo do Decreto Supremo nº 141 (1979) do Ministério da Economia e Finanças (DS 141-79-EF), constituiu-se o que, até hoje, é o único segurador de crédito do Peru, a Companhia Peruana de Crédito à Exportação S.A. – SECUREX, cuja propriedade tem participação do FONAFE – Fundo Nacional de Fomento às Exportações, vinculado ao Ministério da Economia e Finanças, com 10% do capital. No entanto, em razão do Decreto Supremo 104-2000-EF, a SECUREX ficou compreendida no regime legal geral vigente, que regula a organização e o funcionamento das empresas de seguro (Lei nº 26.702).

No ramo garantia existe, não obstante, alguma confusão na mesma lei, a qual estabelece uma diferenciação entre empresa de seguro e empresa afiançadora e de garantias (que pertence ao sistema financeiro (art. 282, nº 9)): ao mesmo tempo em que autoriza as empresas de segu-

ros a emitirem apólices de caução, exige prévia ampliação de sua autorização de funcionamento para emitirem fianças (art. 318). A distinção, no entanto, poderia estar caracterizada pelo fato de que a empresa afiançadora e de garantia tem sido definida em função do objeto consistente em outorgar afiançamento "em operações vinculadas com o comércio exterior", ao que, *contrario sensu*, as empresas de seguros, apesar de emitirem "apólices de caução vinculadas a prestações de fazer ou de não fazer" e também fianças, não o fariam em operações vinculadas com o comércio exterior.

As garantias são aceitas pelo setor público por expressa disposição da Lei de Contratações e Aquisições do Estado, nº 26.850. Apesar de ter sido promulgada em julho de 1997, entrou em vigência no final de 1998, logo após a publicação de sua regulamentação.

Quem pode emitir essas garantias? Somente as entidades sujeitas à fiscalização da Superintendência de Bancos e Seguros (art. 40, inciso 2º, Lei nº 26.850), entre elas, as empresas de seguros e as empresas afiançadoras e de garantias (arts. 1; 11, nº 1 e 2; 16, letras B nº 4 e D; 282, nº 9, e art. 296, todos da Lei nº 26.702).

Os contratos de obras, de aquisição de bens ou contratação de serviços, devem incluir cláusulas referentes à garantia de fiel cumprimento. Essas garantias devem cobrir, ao menos, as penalidades por mora e não-cumprimento do contrato (art. 41).

A Lei estabelece as normas a serem observadas pelas entidades do setor público nos processos de contratações e aquisições de bens, serviços ou obras.

Para o Estado peruano, somente são aceitáveis as garantias de execução imediata, já que, por expressa disposição da lei (art. 40, inciso 2º), devem ser incondicionais, solidárias, irrevogáveis e de realização automática ao requerimento da respectiva entidade pública. É proibido expressamente, aos emissores das garantias, opor qualquer exceção, devendo responder pela demora do pagamento, assumindo o custo dos juros (art. 40, inciso 3º). Adiciona a regulamentação (art. 38) que a garantia será feita para o objeto garantido e que deve constituir expresse conhecimento do emissor da garantia para reclamar contra a cobrança indevidamente efetuada, mas sempre depois do pagamento.

Que tipo de garantias contempla o sistema do Peru?

As garantias contempladas pela Lei (art. 40, são as de: i) seriedade da oferta; ii) fiel cumprimento do contrato; iii) correto investimento de antecipações (“os adiantamentos”); e iv) seriedade do cumprimento.

Conforme a regulamentação, o montante da garantia de *seriedade da oferta* não deve ser menor que 5% nem maior que 10% do montante estabelecido pela lei de orçamento para cada processo de seleção (art. 39). O montante da garantia de *fiel cumprimento* será suficiente para cobrir as multas previstas no contrato, as quais não podem ser menor que 20%, o que corresponde a um máximo de 10% em função do atraso na entrega ou cumprimento das prestações e 10% de penalidade pelo não-cumprimento, diferente do atraso, que obrigue a entidade estatal a resolver o contrato (arts. 40 e 82 da regulamentação). A garantia de *seriedade do cumprimento* se outorga nos casos em que a proposta econômica adjudicada for inferior ao valor referencial em mais de 10% e seu montante se determinar em função da diferença, podendo alcançar até três vezes o montante da diferença. Essa garantia de seriedade do cumprimento é outorgada de forma adicional à de fiel cumprimento. A garantia de *correto investimento de antecipações*, como é natural, é outorgada pelo montante dos adiantamentos que o contratante solicita (art. 89 do regulamento).

Em caso de demora na execução das obras, é exigível uma garantia de cumprimento para o prazo fixado no novo calendário (art. 114 da regulamentação).

Também são admissíveis e, por sua vez, exigíveis, garantias para interpor um recurso de apelação contra os aspectos referidos ao ato público de apresentação de propostas, antes ou depois desse ato, por um montante equivalente a 1% do valor referencial do bem ou serviço, cuja outorga se impugna (arts. 123 e 121 da regulamentação).

8. Uruguai

No Uruguai, as empresas de seguro que desejarem assumir riscos de fiança ou crédito devem contar com autorização governamental para operar nesse ramo específico. Por sua vez, conforme a Lei nº 16.426 e disposições da Superintendência, a empresa de seguros deve constituir capital mínimo para cada ramo em que esteja autorizada a operar, de modo que a companhia que subscrever exclusivamente crédito ou garantia, ou somen-

te dois ramos e não mais, terá a obrigação de constituir capital mínimo menor que aquela que desejar subscrever todos os ramos (ou mais de dois). O capital mínimo para operar no seguro de crédito (ou em qualquer outro ramo) é de aproximadamente US\$ 500,000.

Quanto ao seguro fiança, corresponde a uma caução não discriminada pelas normas legais em relação às outras. O mandante a aceitará na medida de sua estimativa sobre a solvência do garantidor, além de outras condições, como o preço.

O seguro fiança é considerado, no Uruguai, uma forma de garantia hábil e válida dos particulares frente ao Estado e se encontra expressamente consagrado em diversas normas, como as que se referem à contratação com o Estado (art. 55, Texto Ordenado de Normas sobre Contratação e Atividade Financeira do Estado – TOCAF) e aos operadores portuários (Decreto nº 413/92), entre outros casos.

Em matéria de contratação pública, os seguros fiança somente poderiam ser subscritos pelo Banco de Seguros do Estado – BSE, que conservou esse monopólio depois de que a Lei nº 16.426 (1993) aprovou a privatização do mercado de seguros. Mediante a Lei nº 17.296, no entanto, publicada no dia 23 de fevereiro de 2001, eliminou-se todo monopólio estabelecido em favor do BSE (salvo uma exceção: o seguro de acidentes do trabalho e enfermidades profissionais), de modo que atualmente qualquer companhia de seguros, autorizada com capital mínimo correspondente ao ramo, pode emitir fianças.

Conseqüentemente, os particulares que contratam com o Estado podem garantir o cumprimento de suas obrigações mediante um seguro fiança e a apólice respectiva pode, atualmente, ser subscrita pelo BSE ou por qualquer outra companhia de seguros autorizada.

9. Argentina

Na Argentina, as entidades que cumprirem os requisitos legais comuns a todos os tipos de seguradores podem subscrever os ramos de crédito e de fianças ou garantia. Por sua vez, não se requer que os seguradores constituam-se com giro exclusivo de algum desses ramos ou de ambos.

A Lei de Seguros nº 17.418 (1967) não menciona esses ramos de seguro, mas contém a clássica norma sobre sub-rogação (art. 80), que é par-

ticularmente relevante nos seguros de crédito. O art. 80 indica que os direitos que corresponderem ao segurado contra um terceiro, em razão do sinistro, transferem-se ao segurador até o montante da indenização. O segurado é responsável por todo ato prejudicial a esse direito do segurador. Exceção: o segurador não pode valer-se da sub-rogação em prejuízo do segurado.

Por sua vez, a Lei de Entidades de Seguros e seu Controle, nº 20.091 (1973) estabelece que os seguradores “não poderão operar em nenhum ramo de seguro sem estarem expressamente autorizados para isso” (art.23).

Por outro lado, a Lei nº 20.091 exige das seguradoras, entre outras condições para autorizar sua operação, a integralização total de um capital mínimo (art. 7, letra c) e dispõe que “a autoridade de controle estabelecerá, com critério uniforme e geral para todos os seguradores, sem exceção, o montante e as normas sobre capitais mínimos a que deverão ajustar-se os seguradores que forem autorizados ou que já estiverem autorizados” (art. 30).

Os capitais mínimos para as companhias foram estabelecidos (Regulamentação Geral da Atividade Seguradora, art. 30) por ramos e em termos diferentes para as companhias constituídas e autorizadas até 30 de setembro de 1998 e as autorizadas posteriormente. Um dos ramos compreende os seguros de crédito e a caução.

Para as companhias de crédito e caução autorizadas até 30 de setembro de 1998, os capitais mínimos exigidos equivalem a US\$ 750,000 (o mesmo para o ramo de responsabilidade civil ou de danos que compreendam incêndio, roubo, transporte e outros similares ou seguros de pessoas (vida, acidentes pessoais). Para automóveis se exige US\$ 2,000,000 e, para um conjunto amplo, US\$ 3,000,000. Por outro lado, para as companhia de crédito e caução autorizadas em data posterior a 30 de setembro de 1998, os capitais mínimos exigidos são muito maiores, já que ainda quando pretenderem operar exclusivamente nesses ramos, o capital mínimo exigido é de US\$ 5,000,000, o mesmo exigido quando operam outros ramos conjuntamente com crédito e caução (mas, para automóveis, exige-se, das novas companhias, capital mínimo de US\$ 10,000,000).

A Lei nº 20.091 pode ser considerada excessivamente reguladora. A título de exemplo, pode-se destacar, entre outras disposições, seu art. 23, que estabelece que os planos de seguro, assim como seus elementos técnicos e contratuais, “devem ser aprovados pela autoridade de controle antes

de sua aplicação", exigindo, entre os numerosos elementos que devem conter tais planos, o texto da proposta de seguro e o da apólice, os prêmios e seus fundamentos técnicos.

Por outro lado, a mesma lei faculta às entidades a aprovação para "outorgarem fianças ou garantirem obrigações de terceiros quando configurarem, econômica e tecnicamente, operações de seguro aprovadas" (art. 7, letra b).

Essas fianças são geralmente accitas pelo Estado, tanto para contratações de obras e serviços e para concessões de obras e serviços públicos (Decreto nº 411, de 1969; Decreto nº 5.720, de 1972) como para cobrir as garantias em favor da Alfândega (Lei nº 22.415, título III, arts. 455 e 453) e da Direção Geral Impositiva.

Existe um projeto de lei de seguros em virtude do qual o Superintendente teria novas faculdades, entre outras, o controle da solvência das companhias e a revisão dos planos técnicos. Este projeto não traz, atualmente, disposições particulares para os seguros de crédito nem para os de garantia.

10. Chile

No Chile, o cenário normativo do seguro de crédito consiste, praticamente, em uma só disposição legal e, fora dela, na aplicação do princípio da autonomia da vontade, segundo o qual as pessoas, físicas ou jurídicas (essas dentro do campo de seu objeto social ou corporativo), podem fazer tudo o que não esteja proibido.

A Lei Sobre Companhia de Seguros contida no Decreto, com força de lei, nº 251, de 1931, foi modificada inúmeras vezes e, em matéria de desregulamentação, sofre modificações desde 1980 (principalmente pelo Decreto Lei nº 3.057, de 1980; Decreto Lei nº 3.538, de 1980; Lei nº 18.046, de 1981; Lei nº 18.660, de 1987; Lei nº 18.814, de 1989, entre muitas outras).

Para a lei chilena (Lei Sobre Companhias de Seguros, art. 11, inciso final) é seguro de crédito aquele que cobre os riscos de perdas ou deterioração do patrimônio do segurado, produto do não pagamento de uma obrigação em dinheiro ou de crédito de dinheiro. Note-se que a cobertura não está restrita, como em muitas outras legislações, aos créditos gerados por vendas internas ou exportações, mas compreende, também, outras ope-

rações, como os contratos de arrendamento ou *leasing*, e até os mútuos ou empréstimos em dinheiro. Tudo isso não implica, naturalmente, que os seguradores chilenos outorguem coberturas para todos os riscos – de fato não o fazem, até onde sabemos.

Dispõe a lei (art. 11, da Lei sobre Companhias de Seguros, modificada nesta disposição pela Lei nº 18.660, de 1987) que os riscos de crédito deverão ser segurados somente por companhias do grupo de seguradores de riscos gerais – não vida – que tenham por objeto exclusivo precisamente cobrir esse tipo de risco, podendo, além disso, cobrir os de garantia e fidelidade.

Essas companhias especializadas devem atender o mesmo requisito de patrimônio mínimo exigido das companhias que operam todos os ramos elementares ou em todos os ramos de vida, e que monta a UF 90.000 (Unidades de Fomento, atualizáveis diariamente conforme a variação do Índice de Preços ao Consumidor, IPC) equivalente a cerca de US\$ 2,500,000. Portanto, essas empresas são impedidas de operar em outros ramos (salvo garantia e fidelidade), mas exige-se o mesmo capital das que operam em todos os ramos elementares ou todos os ramos de vida. Naturalmente, o patrimônio mínimo não é a única exigência de solvência.

O Estado não participa da constituição de companhias nem de sua propriedade e as companhias seguradoras de crédito outorgam a cobertura de riscos políticos e extraordinários sem apoio estatal e com resseguro privado.

É lamentável que, no Chile, a legislação bancária não contemple os seguros de crédito entre as cauções de maior valor em suas operações de comércio exterior. Essa atual omissão dificulta a aceitação das apólices de seguros de crédito por parte dos bancos, ainda que reconheçam seu valor.

Existem no Chile três companhias de seguros de crédito, por ordem de subscrição no ramo: Continental, Mapfre e Coface, das quais as duas primeiras subscrevem também garantia.

As garantias, no entanto, também podem ser subscritas por companhias que operam na diversidade dos ramos gerais (não vida) e, de fato, várias delas o fazem. Deste modo, a lei chilena estabeleceu a especialização para crédito, mas não para garantia. Um antecedente histórico justifica a origem dessa norma, mas não sua manutenção: juntamente com a permissão da constituição de seguradoras especializadas em crédito,

permitiu-se a subscrição dos seguros de crédito, os quais, anteriormente, na prática, estavam proibidos (a lei não os mencionava, mas a Superintendência não aprovava apólices para cobrir esse risco expressamente; as apólices de garantia aprovadas pela Superintendência retiravam de sua cobertura os riscos de cumprimento de obrigações em dinheiro). Conseqüentemente, as apólices de garantia são subscritas no Chile tanto por companhias especializadas de "seguros de crédito", como por companhias que não o são; isso produz dois efeitos: maior concorrência, por um lado, que pode converter-se a favor do público, das entidades mandantes ou beneficiárias das garantias, porém, essa dispersão dos subscritores de garantia e a conseqüente falta de especialização produzem no mercado um prejuízo muito maior que a suposta maior concorrência. A concorrência se dá por números, não entre companhias especializadas, ou seja, competem poucas companhias especializadas com muitas não especializadas. A concorrência seria benefício para os mandantes somente quando a subscrição de apólices de garantia fosse eficiente e a companhia subscritora desse oportuno cumprimento à sua obrigação de indenizar em caso de sinistro. Mas é fato constatado que a não especialização produz ineficiência na subscrição e demora no pagamento de indenizações, até insolvência definitiva, salvo mediante ação judicial.

Assim, o efeito dessa má subscrição, ou mau comportamento no pagamento das indenizações, afeta o mercado de modo que ninguém ganha e todos perdem: os não especializados, porque não têm esse novo ramo para subscrever, ainda que sejam os que menos perdem, porque o ramo de garantia é para eles muito marginal no volume de ingressos; os especializados perdem porque o mercado se torna menor e isso pode chegar a afetar sua subsistência; os contratantes ou afiançados, porque já não têm uma alternativa às garantias bancárias usualmente mais caras e de custos agregados ao valor do prêmio, como, por exemplo, a diminuição da capacidade de endividamento para obter capital de trabalho; e os próprios mandantes perdem, porque o custo de suas obras aumenta ao diminuir a alternativa mais conveniente para o afiançado, que se verá obrigado a contratar sua garantia com os bancos, tendo um custo maior, que finalmente pagará o mandante, de uma ou outra forma, hoje ou amanhã.

As garantias têm sido desenvolvidas no Chile principalmente em contratos privados. Não existe uma norma geral de contratação com o Es-

tado, mas sim diversas normas de distintos organismos públicos que expressamente aceitam entre as cauções as apólices de garantia, ainda que geralmente com limitações. É o caso do Ministério de Obras Públicas – MOP, que aceita sem limitações a fiança bancária, mas as apólices de garantia com restrições: “A caução para o fiel cumprimento dos contratos (diz a Lei Orgânica do Ministério de Obras Públicas: DFL 850, de 1997, do MOP, art. 109, que substituiu o DFL 294, de 1984) deverá constituir-se mediante boleto de garantia bancário”. No entanto, acrescenta a lei, os funcionários a quem corresponda resolver a aceitação ou rechaço das propostas poderão aceitar, mediante prévio informe favorável da Fiscalização de Obras Públicas (assessoria jurídica), apólices de garantias outorgadas por companhias de seguro sempre que tais apólices contiverem as mesmas condições de segurança, cobrirem os mesmo riscos e responsabilidades e poderem se fazer efetivas com a mesma rapidez que os boletos de garantia bancária.

Também a legislação para Contratos de Obras Públicas (Decreto Supremo MOP, nº 15, de 1992) e a legislação para contratações de trabalhos para consultoria (Decreto Supremo MOP, nº 48, de 1994) aceitam como garantias as apólices de seguro, mas sempre que as bases administrativas autorizarem expressamente (também nesses casos os boletos de garantia bancária são aceitáveis sem limitações). Essas apólices podem ser subscritas para as seguintes coberturas: seriedade de apresentação da proposta; fiel cumprimento do contrato; garantia adicional; devoluções de adiantamentos e retenções.

De fato, como resultado de um trabalho conjunto realizado durante mais de dois anos, as companhias especializadas Mapfre e Continental conseguiram que, depois de muitos anos, o MOP aceitasse apólices elaboradas especialmente na forma requerida pelo Ministério – uma lamentável demora no pagamento de uma indenização por parte de uma especializada fez com que o MOP desistisse de aceitar apólices de seguro de garantia. Essa situação está sendo revertida, mas a possibilidade de que qualquer companhia de seguros gerais emita esse tipo de apólice deixa muito vulnerável a recente reabertura do MOP.

Outro caso é o do Ministério da Habitação, que aceitava as apólices restritivamente, porém, ante o não pagamento da indenização por parte de outra companhia especializada, deixou de fazê-lo. Esse caso, no entan-

to, servirá de precedente, já que o Ministério da Habitação acionou a companhia que se absteve do pagamento da indenização e, tanto na primeira instância como perante a Corte de Apelações, a companhia de seguros gerais foi condenada a pagar e, no caso da Corte de Apelações, a ressarcir os prejuízos causados pelo não cumprimento do pagamento da indenização. O caso está pendente de recurso de cassação perante a Corte Suprema.

Não obstante, a especialização das companhias Continental e Mapfre lhes permite ter, entre ambas, uma participação de mais de 50% do mercado de seguros de garantia, ainda que o total do mercado dos seguros de garantia seja, até hoje, menor que a quinta parte do total constituído por esses seguros e as fianças bancárias (boletos de garantia bancária).

No Chile, ao menos, é razoável pensar que a especialização permitirá o desenvolvimento do seguro garantia e que de pouco serve que algumas companhias se especializem se as demais possam, igualmente, subscrever o ramo. Isso nos está ensinando a experiência.

Conclusões

No final de nosso caminho por quadros normativos dos seguros de crédito e garantia dos países latino-americanos, podemos reconhecer algumas coincidências e diferenças notórias entre os diferentes sistemas legais, ao mesmo tempo em que formulamos novas inquietudes.

Até que ponto a especialização das companhias seguradoras de crédito e garantia ou afiançadoras é a melhor solução? O desenvolvimento do mercado é favorecido por sua existência. Isso se dá tanto por exigências de capitais mínimos menores, como pela simples imposição direta da especialização. Mas convém a especialização? Não há uma única resposta. O relevante é que aquelas que participam dessa subscrição pagam caro pelos erros ou políticas que dificultam o desenvolvimento do negócio, de modo que esse desenvolvimento fique detido.

A exigência de capitais elevados fortalece o setor ou favorece os monopólios? Maiores capitais mínimos favorecem a especialização, mas se forem muitos altos dificultam a concorrência.

Convém contar com a garantia do Estado para a cobertura dos riscos políticos e extraordinários? Uma legislação que incentive a concorrência e modere o poder dos monopólios pode ser considerada benéfica para

os cidadãos. Uma legislação que permita a autodestruição de um mercado afeta todos que participam dele e prejudica aos cidadãos.

Qual deve ser a atitude do Estado em matéria de garantias e também de seguros de crédito? É claro que, com relação ao seu desenvolvimento, a *atividade proibida* por lei o impede, a *atividade limitada* o dificulta, a *atividade aceita* o permite e a *atividade incentivada ou privilegiada* o favorece.

O caráter de execução imediata (incondicionalidade) é uma virtude da apólice de garantia ou fiança? Quanto maiores são as porcentagens que devem ser garantidas nos contratos, maior o desenvolvimento do mercado. Nessa matéria a América Latina mostra pobreza. Mas que papel desempenham essas porcentagens na avaliação dos riscos e na sinistralidade dessas apólices? É claramente uma vantagem que a apólice de garantia em que conste o pagamento ou o recibo de indenização constitua título executivo (caso do Equador, art. 47, Lei Geral de Seguros, “ainda quando o pagamento houver sido ignorado ou rechaçado pelo afiançado”).

Se os bancos pudessem fazer menores reservas nos casos de créditos obtidos para operações de exportação cobertas por apólices, o mercado desses seguros cresceria. Que diferenças existem, no que se relaciona ao seu valor como garantia, entre as apólices de seguro de crédito e outros instrumentos aceitos por diversas legislações como suficientes para que os bancos constituam grandes reservas ante o não pagamento dos créditos que contém com essas garantias?

O excesso de regulamentação é, por natureza, um estorvo para o desenvolvimento de um mercado, mas a ausência de uma devida fiscalização ou controle pode acarretar sua destruição.

As diferenças juridicamente reconhecíveis, existentes entre os seguros de crédito e as garantias outorgadas por seguradoras ou afiançadoras (sem mencionar os instrumentos similares subscritos ou outorgados por outras instituições), foram recentemente desestruturadas em razão da evolução do seguro de crédito a partir de uma cobertura de insolvência para uma garantia de não cumprimento do pagamento, juntamente à recente utilização das cauções como uma cobertura de obrigações de pagamento.

Pode simplesmente diferenciar-se uma caução de um seguro de crédito pela parte que o contratar, ou pela individualidade ou globalidade dos riscos com que um e outro outorgam sua cobertura? Do ponto de vis-

ta de quem conhece mais de perto os sistemas de seguro de crédito e finanças de diversos países da região latino-americana, está-se abrindo em direção ao futuro uma enorme possibilidade de trabalhar em prol do aprimoramento dos quadros legislativos vigentes em cada país. Um passo adiante os levará, algum dia, a realizar o sonho de abrir as fronteiras e compartilhar nossas instituições sociais e jurídicas.

Muito obrigado.

Paulo Luiz de Toledo Piza

Antes de terminarmos, lamentavelmente sem debates devido ao horário avançado, gostaria de saber se o professor Jean Bastin gostaria de tecer algum comentário.

Jean Bastin

Não vou fazer nenhum comentário sobre a teoria do seguro de crédito, mas, unicamente, agradecer-lhes a gentileza com que me acolheram. Estou muito emocionado e contente por estar em seu país, mas sobretudo admirado com a qualidade deste congresso e a intensidade das realizações do IBDS.

Paulo Luiz de Toledo Piza

Encerrando este painel, gostaria de solicitar ao Presidente do IBDS que proceda à entrega de nossa recordação aos professores Jean Bastin e Francisco Artigas.

O CO-SEGURO TRADICIONAL E O CONTEMPORÂNEO: QUESTÕES FUNDAMENTAIS DO CO-SEGURO MODERNO

JOSÉ MARÍA MUÑOZ PAREDES¹

Maurício Luís Pinheiro Silveira

Gostaria de chamar para compor a mesa os nossos palestrantes Dr. José Maria Muñoz Paredes e Dra. Judith Martins-Costa. Não será possível a realização de perguntas orais após as palestras. Nós pediríamos que quem tiver questionamentos, que o façam por escrito e eles serão encaminhados para os palestrantes para que as respostas sejam dadas posteriormente. Passo, então, a palavra à presidente da mesa Sra. Dr. Tatiana Druck.

Tatiana Druck

Boa tarde, senhoras e senhores. Para mim é uma honra muito grande presidir esta mesa, não só pela importância do assunto que vai ser agora abordado, “*Co-Seguro Tradicional e a Prática Contemporânea*”, como também pela qualidade técnico-jurídica dos palestrantes que se ocuparão de de-

1. Doutor em Direito, é titular de Direito Mercantil da Faculdade de Direito de Oviedo.

envolver este assunto. A minha alegria e orgulho são maiores ainda pelo fato de terem escolhido Porto Alegre para sediar um evento de tamanha grandeza e magnitude. Nós gaúchos agradecemos a escolha da cidade. Certamente Porto Alegre não será mais a mesma depois da passagem desse trator IBDS, utilizando a expressão do Professor Stiglitz, Porto Alegre não vai mais ser a mesma depois que esse trator passou por aqui e arou as nossas terras preparando para a produção de novas concepções e idéias na seara securitária.

Eu gostaria também de registrar que eu vejo no IBDS, na pessoa de seu presidente, Dr. Ernesto Tzirulnik, na de seu vice-presidente, Dr. Paulo Piza, e nas tantas outras pessoas que de uma forma ou de outra fomentaram a idéia da criação desse instituto, uma potente usina capaz de produzir reflexões, idéias, intercâmbio cultural, conhecimento, enfim, contribuições para a ciência securitária.

Eu vou, agora, anunciar nossos palestrantes de hoje. Dr. José Maria Muñoz Paredes, Doutor em Direito e Professor Catedrático da Faculdade Oviedo da Espanha, autor de obras de enorme repercussão na Europa, ganhou vários prêmios de investigação e pesquisa. Dra. Judith Martins Costa é gaúcha, Doutora em Direito e professora nos cursos de mestrado, doutorado e pós-graduação na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Membro da *Société de Législation Comparée* de Paris. Ela é gaúcha, mas advogada em São Paulo, uma de nossas grandes perdas. A Professora Judith é também autora da singular obra "*A Boa-Fé no Direito Privado*". Vamos passar, então, a palavra ao Professor Muñoz Paredes, que vai iniciar a abordagem do assunto.

José Maria Muñoz Paredes

Sr. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, Sr. Ernesto Tzirulnik, distinguidos colegas. É para mim um enorme prazer poder estar aqui hoje com todos vocês participando deste Fórum, ao lado de palestrantes de tanto prestígio. Estou convencido de que para que algo funcione, somente três requisitos são necessários: pessoas, pessoas e pessoas. Isso encontrei aqui. Não me cabe, pois, a menor dúvida acerca do papel que o IBDS e suas atividades vão desempenhar no desenvolvimento do direito do seguro no Brasil. Meu mais sincero agradecimento, Dr. Tzirulnik, por me haver dado a oportunidade de participar nessa iniciativa e pelas várias atenções que têm tido comigo durante minha estadia entre vocês. Gostaria, também, de

agradecer ao Dr. Paulo Luiz de Toledo Piza por me facilitar os materiais necessários para conhecer com profundidade a prática do co-seguro no Brasil. E à Fernanda Lobo e Cristina Maria de Fiori pelos vários incômodos que tiveram para organizar minha viagem e fazer com que esta estadia fosse tão agradável. Com isso passo a ocupar-me do tema que me trouxe aqui. Peço-lhes, antes, desculpa, por não poder fazer a palestra em seu idioma.

1. Introdução: conceito e realidade do co-seguro no Brasil

O ponto de que quero partir é tão simples. tão simples, que vocês dirão que não é necessário falar sobre ele. Vou começar a exposição pela própria definição do co-seguro.

O co-seguro é uma forma de subscrição de riscos conhecida e praticada desde o início da atividade seguradora e que, com a evolução natural, sobreviveu até nossos tempos em todos os mercados, gozando, ainda hoje, de grande difusão, que se viu inclusive incrementada ultimamente pelos desgraçados atentados de 11 de setembro. Como se sabe, consiste, simplesmente, em um contrato de seguro que em lugar de estar subscrito por uma só companhia, como é habitual nos riscos de massa, está por várias, as quais dividem o risco por cotas. É, pois, um contrato de seguro ordinário, com a peculiaridade de que uma das partes, a seguradora, é plural.

De forma geral, podemos defini-lo como aquela modalidade de seguro na qual vários seguradores acordam entre si e com o segurado assumindo conjuntamente um risco, dividindo-o por cotas o prêmio e a soma segurada, de modo que, em caso de sinistro, cada um responderá proporcionalmente a sua respectiva cota².

2. O termo co-seguro tem, também, outros significados. Assim, nos EUA, emprega-se para indicar aqueles acordos (franquias, geralmente) com base nos quais o segurado suporta parte do dano, pois consideram que nesse caso ele é segurador de si mesmo e que, portanto, são dois os (co-) "seguradores". e, também, para designar os casos em que são várias as pessoas seguradas (co-seguradas dizem), acepção igualmente difundida na Alemanha, tanto para a pluralidade de pessoas seguradas, como para a pluralidade de objetos (*vid.* § 801 HGB). No entanto, o que nos ocupa é o significado mais difundido. Mais referências, também doutrinárias, em minha obra *El coaseguro*, Madrid, 1996, p. 34-35, n. 14.

O co-seguro do mercado brasileiro se encaixa perfeitamente nesse esquema. No entanto, deve-se advertir de imediato que, por razão provavelmente do monopólio ressegurador do IRB, está bastante difundida outra prática, de modo algum exclusiva do Brasil, que é chamada, desde princípios do século XX, co-seguro interno³, re-co-seguro ou, nas palavras da Profa. Martins-Costa, co-seguro anômalo, e que não devemos confundir com o que nos ocupa⁴. Por isso, o segurado contrata somente com um segurador que lhe cobre a totalidade do risco, o qual, por sua vez, e sem saber o segurado, negocia com outras companhias para que aceitem uma quanta do seguro que contratou. Do que foi exposto, deduz-se imediatamente que não estamos ante um co-seguro, pois o segurado somente tem ação contra um segurador e pelo risco integral, sendo a posterior repartição uma *res inter alios acta* que não lhe pode ser oposta. Não é um co-seguro – por mais que assim o chamem – mas, como opina a doutrina, um

3. Foi Wilhelm KISCH em seu primeiro trabalho sobre esta matéria (“Zur Lehre von der Mitversicherung”, em *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, 1922, pp. 295 a 308, em part. 296) quem o chamou assim, ainda que, anos depois, tenha escreveu que “falando com precisão, o termo co-seguro não é adequado”. Certamente não o é por razões que exponho no texto, mas tal denominação se difundiu na prática, ao menos espanhola e alemã. A doutrina italiana moderna costuma falar de “ricoassicurazione”. O recurso ao termo co-seguro se explica porque as companhias, em sua organização interna, gestionam-no administrativamente como se fosse um co-seguro e não como resseguro. *Vid.* Mais amplamente, *El coaseguro*, cit., p. 58 y ss.

4. Na doutrina brasileira, de fato, aparece, às vezes, confundido com o co-seguro “próprio” ou aberto. Assim P. ALVIM (*O contrato de seguro*, 3ª ed., Rio, 1999) depois de expor uma operação que, sem dúvida, corresponde ao co-seguro aberto, assinala que “Não mantêm essas seguradoras contatos com o segurado que nem sempre as conhece”, afirmação que, obviamente, não pode tratar-se mais que do co-seguro interno. *Vid.* por outro lado, separando com toda claridad ambas figuras, P. L. DE TOLEDO PIZA: *O contrato de Resseguro: tipologia, formação e Direito Internacional*, Tese de Doutorado inédita, Universidade de São Paulo, 2001, sub marg. 107 e 108 e J. MARTINS-COSTA: “O co-seguro no direito brasileiro: entre a fragilidade da prática e a necessidade de reconstrução positiva do instituto”, neste volume.

resseguro do tipo quota-parte⁵. Na Europa, essas operações são cada vez mais freqüentes, até o ponto de algumas companhias as terem proibido em seus manuais internos, pelos inconvenientes que originam, discrepâncias internas e até mesmo insolvência. É previsível, por tanto, que, caso se conclua a liberalização do resseguro no Brasil, o co-seguro interno desapareça paulatinamente.

Minha exposição vai limitar-se, conseqüentemente, ao co-seguro no sentido próprio, igualmente difundido no Brasil, como prova a jurisprudência, ainda que, às vezes, custe distingui-lo do co-seguro interno. O dado distintivo é o conhecimento do segurado de que contratou um co-seguro e sua referência na apólice que recebeu.

2. O co-seguro em suas origens e na atualidade

A prática do co-seguro é tão antiga como o próprio seguro, até se pode afirmar que o seguro nasceu como co-seguro. A magnitude dos riscos marítimos fazia temerário, por insuportável, que sua cobertura, em cada caso, fosse assumida somente por um segurador⁶. Além disso, o segu-

5. Vid., para citar alguns, MÖLLER em BRUCK/MÖLLER: *Kommentar zum VVG*, 8ª ed., II, Berlín, 1980, p. 445; HÜBENER: *Die Führungsklausel in der Mitversicherung*, Karlsruhe, 1954, p. 27; SIEG: *Allgemeines Versicherungsvertragsrecht*, 3ª ed., Wiesbaden, 1994, p. 53; FANELLI: *Le assicurazioni*, Milán, 1973, p. 210. Na espanhola, além de *El coaseguro*, cit., 58 y ss., vid. DE ANGULO: "Perfiles del reaseguro y su régimen a finales del siglo XX", em *Estudios Menéndez*, Madrid, 1996, III, pp. 2697 a 2727, em part. 2725.

6. Os desastres econômicos para os seguradores, e os lamentos conseqüentes, estavam na ordem do dia. SPAGNESI ("Aspetti dell'assicurazione medievale", en el vol. *L'assicurazione in Italia fino all'unità (Saggi storici in onore di E. ARTOM)*, Milán, 1975, p. 139) recorre, tomando-o de EDLER DE ROOVER, uma passagem de uma carta de 1400, escrita por um comerciante italiano que operava em Brujas, subscritor de um seguro sobre uma mercadoria embarcada em um navio catalão saqueado e, constringido a tratar de resgatá-la, onde expressava seu desânimo de segurador ocasional dizendo "*se io vivessi mille anni, mai più farò sichurtà a persona*". Por isso as apólices estavam cheias de invocações divinas ("Lo que Dios no quiera") para que os siniestros não se produzissem.

ro era, então, uma operação meramente especulativa, sem nenhuma base técnica, muito próxima ao jogo ou à aposta, que não era exercida de maneira profissional⁷. A prudência aconselhava, pois, logicamente, que os danos, que durante uma viagem pudessem sofrer um navio ou as mercadorias, que era o seguro mais freqüente, fossem divididos entre os vários seguradores, os quais em caso de sinistro respondiam pela indenização em proporção à cota assumida.

Esse modo de operar, este “correr o risco” parcialmente, está refletido não somente nos grandes textos históricos reguladores do seguro marítimo⁸, mas, sobretudo, nos documentos, escrituras e apólices que acreditam a prática contratual. As apólices mais antigas que se conservam estão sempre subscritas por uma pluralidade de seguradores que aceitavam o risco “a lá rata”, a pro-rata da quantidade subscrita e participavam em igual proporção do prêmio⁹. Somente em casos excepcionais encontramos nesses primeiros passos da atividade seguradora alguma apólice subscrita por um segurador individual, normalmente um nobre ou um comerciante

7. Segurador era, comumente – diz G. S. PENE VIDARI: “Il contratto d’assicurazione nell’età moderna”, no vol. *L’assicurazione in Italia fino all’unità*, cit., p. 220-, um comerciante que incluía essa atividade entre as outras numerosas a que se dedicava: durante séculos -complementa- não existiram, em geral, pessoas dedicadas especificamente a essa atividade. No mesmo sentido, para a prática espanhola, GARCÍA SANZ: “El seguro marítimo en España en los siglos XV y XVI”, em *Actas del V Centenario del Consulado de Burgos*, Burgos, 1995, I, pp. 445 a 498, em part. 456.

8. Todos eles partem de que os contratos eram subscritos em co-seguro. O que examinei em profundidade em *El coaseguro*, cit., p. 88 y ss.

9. Muito reveladores, neste aspecto, são os quadros estatísticos elaborados por MELIS, que publica em sua monumental pesquisa [F. MELIS: *Origini e sviluppi delle assicurazioni in Italia (secoli XIV-XVI) I: Le fonti*, Roma, 1975, p. 271 y 283], sobre o número de co-seguradores dos singulares contratos produzidos em Gênova nos anos 1427 a 1431 e em Florença no período entre 1524 a 1526, nos quais expõe as freqüências e os números das intervenções anuais. Assim, em Gênova, contam-se nesses anos, sobre 2.471 operaciones, 1.894 co-seguros, com um número de co-sseguradores que vai de 2 até 51, sendo as mais freqüentes as de menos de 10 co-seguradores e, em Florença, nos três anos citados, 860 co-seguros sobre 908 contratos, também de 2 até 51 co-seguradores. Os mais habituais são, neste caso, os de 3, 4 e 5, que supõem 35% do total.

BENSA, em seu clássico estudo (*Il contratto di assicurazione nel medioevo*, Gé-

de grande fortuna, com um patrimônio que lhe permitisse assumir sozinho tais riscos.

Aquelas apólices eram subscritas com intervenção de corretores, os quais faziam-na circular nos lugares de concentração de comerciantes, até obter cobertura completa. O primeiro subscritor já tinha, então, grande importância e de seu prestígio dependia em grande medida a adesão dos outros. Assim testemunham os conselhos que dá o célebre jurista genovês, Carlos Targa, sobre "de que forma se deve conduzir na prática aquele que queira empregar uma soma de dinheiro na subscrição de seguros" e recomenda, entre outras coisas, "ler e reler a escritura, cuidando para que não haja nenhum espaço em branco; não ser jamais um dos primeiros a assinar, a não ser com notável benefício; refletir, se os que já a assinaram são da natureza dos golfinhos e finalmente entregar a Deus para que lhe dê sorte"¹⁰.

Se passarmos ao século XIX, comprovamos que o co-seguro continua sendo a forma habitual de subscrição de seguros marítimos quando se redigem os primeiros Códigos de Comércio, cujas disposições partem

nova, 1884. Son los apéndices 11, 12, 13, 14 y 22. Los cita también L. GOLDSCHMIDT: *Universalgeschichte des Handelsrecht*, Stuttgart, 1891 = *Storia universale del Diritto commerciale*, trad. it. de A. SCIALOJA y V. POUCHAIN, Turín, 1913, p. 284, n. 107) publica, também, várias apólices muito ilustrativas da prática de co-seguro. Em uma apólice pisana de 1385, encontramos três seguradores: dois por 150 florins e o terceiro por 100; em outra genovesa de 1393 aparecem, ao menos, cinco seguradores; em outra, também de 1393, dez, um com 150 florins, outro com 50 e oito com 100 cada um; outra de Florença de 1397 está subscrita por onze seguradores com quotas que vão de 100 a 300 florins; em uma de 1428 participam quinze co-seguradores, dez com 100 florins e cinco com 200.

GOLDSCHMIDT em sua História (cit., p. 277, n. 75) recorre, tomando-a de HOFMEISTER, à que, naquela data se considerava a mais antiga apólice alemã, subscrita em 1531 em Amberes para um navio de Lübeck, a qual está assinada por 44 co-seguradores, quase todos espanhóis e italianos, com uma soma total segurada de 1883 libras flamencas, equivalente a uns 10.000 marcos de Lübeck, dividida em quotas que oscilam entre 10 e 200 libras flamencas.

10. En sus *Ponderazioni sopra la contrattazione marittima*, publicadas pela primeira vez em Gênova em 1692. A referência aos golfinhos se explica pelo que o próprio autor diz, com graça, pouco antes (p. 175): "e no que se relaciona às assinaturas, lembre-se dos golfinhos, que induzem os atuns a entrar na rede e eles escapam; e não sejas ambicioso, que pode custar-te caro".

ainda dessa realidade. Não obstante, em nenhum deles nem nas leis especiais que os sucederam, como a lei alemã de 1908 e a francesa de 1930, aparece propriamente tipificado o co-seguro, com esse nome e a essência de seu funcionamento. Isso se deve, fundamentalmente, a um fato que altera por completo a atividade seguradora, que é o surgimento das companhias de seguros. Até épocas recentes, do ponto de vista do segurador, não havia diferenças – substanciais – entre seguro no qual participava com outros e um seguro no qual estava sozinho. Em ambos casos, firmava uma apólice, cobrava um prêmio diretamente do segurado ou do corretor e, se acontecia o sinistro, pagava proporcionalmente a quantia por ele assegurada. Enquanto as empresas de seguros não adquirem o predomínio do mercado e dispõem de uma importante organização técnica, não é necessário separar o co-seguro do seguro com um só segurador. Com a empresa de seguros, a situação muda: aumentam os plenos de retenção, surgem novos ramos que podem ser cobertos individualmente e se acentua um aspecto do co-seguro que até então não havia tido tanto relevo: o co-seguro como uma forma de colaboração empresarial, como operação que supõe um intercâmbio de negócio com outra companhia. O co-seguro, pouco a pouco, deixa de ser um seguro ordinário e adquire certa especialidade, aparecendo na estrutura das companhias os primeiros departamentos de co-seguro; podemos situar o final desse processo uns anos antes dos primeiros trabalhos doutrinários sobre essa figura, em finais do século XIX. A partir de então, podemos começar a falar do co-seguro moderno, tal como o conhecemos hoje.

Nestes séculos de prática, a instituição do co-seguro não sofreu, no entanto, grandes transformações. Responde à mesma função econômica: fragmentar o risco, apesar de, agora, ser sobre a base de plenos de retenção calculados atuarialmente, e não de qualquer forma, de fato, ainda hoje é a forma habitual de subscrever os seguros marítimos e aéreos, apesar de não haver se estendido a muitos outros, sobretudo pela crise do resseguro internacional. É, por isso, muito freqüente encontrá-lo nos multiriscos industriais, nas apólices coletivas de quaisquer ramos ou nos seguros de responsabilidade civil de alta sinistralidade. Além disso, inclusive a mecânica de contratação tradicional foi substituída, no essencial, nos tempos atuais em alguns países. O exemplo mais conhecido é o da Lloyd's de Londres, onde os corretores vão passando a folha de cobertura com os dados

fundamentais do risco aos *Underwriters* dos distintos sindicatos até alcançar 100%. Também na França, até recentemente, a Bolsa de Co-seguro de incêndio e riscos industriais da APSAD¹¹ operou dessa forma. Hoje, ainda que mantenha seu nome, na *Bourse* já se contrata via fax ou telefone, e foi reduzido o papel dos corretores. O mesmo tem ocorrido no Brasil com as "Mesas de co-seguro" e, provavelmente, a Lloyd's não poderá manter por muito tempo suas tradições, pois nada pode parar a entrada dos modernos sistemas de telecomunicação.

3. Estrutura jurídica do co-seguro

Do ponto de vista jurídico, no entanto, existem dados fundamentais que definem o co-seguro moderno, inclusive da Lloyd's, e que, ao menos, não são apreciados com clareza nas primeiras operações. O primeiro afeta sua própria estrutura contratual. Geralmente, afirma-se que o elemento distintivo do co-seguro perante outras formas de seguro múltiplo é a existência de um acordo prévio ou interno, normalmente chamado de repartido, entre os co-seguradores. A observação da realidade demonstra, no entanto, que esse acordo, como tal, não existe na maioria dos casos. O que acontece em todo co-seguro, e é o elemento que o define, é que o consentimento outorgado pelos co-seguradores não se limita ao limite de uma cota, senão a todo o risco, colaborando com outras companhias, que é, por sua vez, o desejado pelo segurado. Não existe um acordo, senão uma atuação conjunta dos co-seguradores frente ao risco. Cada um deles consente não em segurar uma cota do risco, mas em segurar um risco completo, repartindo-o em cotas com outras companhias. O segurado, por sua vez, não procura várias coberturas parciais, mas uma cobertura plena e o que aceita, conseqüentemente, não é um seguro parcial de cada companhia, mas a cobertura conjunta que lhe oferecem. Essa vontade de segurar conjuntamente e de ser conjuntamente segurado dá lugar – ao concorrerem o consentimento de todas as partes – ao consenso do qual nasce o co-seguro. O

11. Para o funcionamento da *Lloyd's* e da *Bourse* da APSAD, remeto-me, novamente a *El coaseguro*, cit., p. 149 e 168 e ss. respectivamente.

acordo de vontades que dá origem ao contrato tem, pois, por objeto a cobertura do risco integral, o que leva a concluir, a meu ver, que o co-seguro é um contrato somente e nunca uma pluralidade de contratos. A afirmação da unidade contratual¹² do co-seguro tem importantes conseqüências práticas. A meu ver, a tramitação do sinistro, a aceitação ou rechaço do mesmo, a nomeação do perito, o salvamento, etc., não podem ser objeto de decisões independentes: o sinistro se aceita ou não, se tramita ou não, se salva ou não, se recebe ou não o abono, etc.. Todos esses atos requerem, por essa vontade de ambas as partes de que o risco fosse assumido de forma conjunta, uma atuação única, não divisível, dos co-seguradores. Não cabe que um aceite sua parte do sinistro e outro não, o que faça um salvamento por quotas. Os direitos e obrigações dos co-seguradores são, então, únicos. A única obrigação divisível dos co-seguradores é a de pagar a indenização e esta se fraciona, sim, mas não a partir do próprio momento em que se conclui o contrato, como pensam alguns autores, mas somente a partir do momento em que a quantia da indenização é líquida e exigível.

4. A figura do segurador líder

O segundo dado jurídico a que me referia é a aparição da figura do segurador líder, a quem, na prática espanhola, se conhece como “abridor” ou “delegado” (segurador piloto ou principal em outros países latino-americanos, *apériteur* na França, *Führender Versicherer* na Alemanha e Suíça, *delegataria* na Itália...), que assume a representação do quadro dos

12. Da estrutura jurídica deste contrato me ocupei amplamente em *El coaseguro*, cit., pp. 225 a 267, no qual exponho, também as outras teses formuladas. Delas, a mais relevante é a que considera que no co-seguro há tantos contratos como co-seguradores, a qual se apóia, fundamentalmente, no caráter conjunto da obrigação de pagar a prestação. Não posso reproduzir aqui minha crítica a essa concepção de co-seguro, que parece defender algum autor brasileiro, mas posso, sim, dizer, primeiro que, a mesma parte de uma visão absolutamente sesgada do contrato, pois considera somente uma de suas obrigações, o pagamento da prestação devida, mas não muitas outras, como as citadas no texto, que não podem ser objeto de divisão alguma e, segundo, que obvia a operação real desse contrato, que na prática opera como um contrato único e não como uma pluralidade de contratos independentes.

co-seguradores com mais ou menos faculdades. A existência de uma co-seguradora líder não é, frente à característica anterior, essencial ao co-seguro, que pode operar igualmente sem ela. Sua difusão é tamanha na prática de todos os países que se pode afirmar, simplesmente, que o co-seguro sem líder é uma hipótese teórica¹³. Isso explica, também, que alguns textos modernos, como a Lei belga sobre o contrato de seguro de 1992, o Decreto-Lei português 94b/1998, regulador da atividade seguradora, ou a Diretiva da Comunidade Européia de 1978 sobre co-seguros comunitários, imponham a designação de uma companhia líder. Idêntico valor tem o artigo 761 do Novo Código Civil Brasileiro, quando dispõe que "Quando o risco for assumido em co-seguro, a apólice indicará o segurador que administrará o contrato e representará os demais, para todos os seus efeitos".

As primeiras manifestações dessa prática não são muito antigas e estão ligadas à organização empresarial das modernas companhias de seguros. Anteriormente, eram os corretores que se encarregavam de confeccionar a apólice e a buscar co-seguradores, de cobrar a íntegra do prêmio do segurado e reparti-lo entre os co-seguradores e serviam, além disso, de meio de comunicação entre as partes. Em algum momento posterior deve ter surgido a prática, que hoje conhecemos porque a Lloyd's segue empregando-se, de que os co-seguradores "posteriores" seguissem as decisões dos "primeiros" (o que se conhece atualmente como "*follow the leader*"), a qual não é mais que a consequência de outro fato bem conhecido e já mencionado: que, no momento de subscrever uma cota de risco na apólice que lhes oferecia o corretor, os comerciantes se guiavam para decidir pelo prestígio dos seguradores que encabeçavam a mesma, o que não estranha que também confiassem neles para assumir uma posição ante qualquer eventualidade do contrato.

Independentemente dos antecedentes, o certo é que desde fins do século XIX as apólices de co-seguro, qualquer que fosse o risco coberto, designam uma companhia líder ou abridora, à qual outorgam faculdades

13. Até o ponto em que um autor alemão, Otto PAULY ("*Mehrfache Versicherung und Doppelversicherung*", en *Neumans Zeitschrift für Versicherungswesen*, 1935, pp. 1115 a 1116 en part. 1115) chegou a considerá-la elemento essencial do co-seguro.

mais ou menos amplas para a gestão do contrato, podendo compreender desde a simples atuação como interlocutor com o segurado até a tramitação e liquidação de sinistros ou a resolução do contrato e, inclusive, em algumas ocasiões, a faculdade de atuar em juízo passiva ou ativamente em nome e representação de todo o quadro do co-seguro.

A atribuição desse mandato, mais ou menos amplo, se realiza no próprio contrato, por meio da chamada cláusula de co-seguro ou de delegação (*Führungsklausel*, *clausola di delega* ou *clausola guida*, *clause d'apérition*), de modo que o segurado conhece as atribuições da líder e sabe, por exemplo, se lhe basta ou não lhe dirigir o aviso de sinistro, a denúncia do contrato ou a demanda judicial pelo não pagamento da prestação. A cláusula de co-seguro é uma constante na prática de todos os países, tanto que se emite uma apólice somente ou tantas como companhias e, por isso, estranhei sobremaneira ao conhecer, pelos dados que amavelmente me foram colocados à disposição e pela jurisprudência que tenho lido, que as apólices brasileiras, no geral, não incorporam uma cláusula similar e que as poucas que o fazem apenas definem as atribuições da líder¹⁴ e que, em alguns casos, nem sequer figura na mesma o quadro de co-seguro com as respectivas participações, que é comunicado *a posteriori* ao segurado¹⁵. Esse silêncio dos contratos, agravado pela falta de uma normativa legal, dará lugar a inúmeros problemas e deve ser cor-

14. O Dr. DE TOLEDO PIZA me enviou uma com o seguinte teor: "*Este seguro foi contratado com emissão de Apólice Única, tendo esta Seguradora, na qualidade de Líder, efetuado em seus registros oficiais o lançamento completo da operação, por si e pelas Co-seguradoras, que assumem, direta e individualmente, a responsabilidade que lhes couber até a respectiva importância máxima de sua participação*".

15. Isso não impede que todos esses casos sejam so-seguros no sentido próprio e não o mal chamado "co-seguro interno". O determinante, insisto, é que todas as partes do contrato – tomado e co-seguradores – consintam na repartição do risco entre as distintas companhias. Se o segurado contratou somente com uma companhia a cobertura do risco e, posteriormente, ela lhe envia uma apólice de co-seguro, aquela não tem porque aceitá-la, dado que não corresponde ao que foi pactuado, e se tem como provar o que foi previamente acordado, estará tal companhia obrigada frente a ele nesses termos, ou seja, pelo risco integral. Se, pelo contrário, aceita tal apólice e a subscreve, conclui-se, então, *ex novo*, o co-seguro que a mesma documenta. Estaríamos, pelo contrário, perante um co-seguro interno se, frente ao segurado, figura-se como responsável somente uma companhia.

rigido imediatamente¹⁶. O "Convênio de Cosseguro", aprovado pela FENA-SEG, ainda que bastante completo, não evita esses problemas, pois o mesmo não vincula, nem pode vincular, o segurado, que não é parte nele. Os litígios, tanto frente ao segurado como entre as próprias seguradoras, provocados por não estarem claramente determinadas as faculdades que ostenta a líder, serão muito numerosos. De fato, temos vistos muitos assuntos serem resolvidos por sentenças do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Federal de Recursos que poderiam ter sido evitados com uma cláusula contratual que dispusesse claramente se, por exemplo, a líder pode agir por sub-rogação contra o causador do dano em nome de todo o quadro ou se tem a representação processual passiva dos co-seguradores ou se, como mandatária das demais, a reclamação extrajudicial feita pelo segurado interrompe a prescrição também frente às demais. Espero que a nova disposição do Código Civil sirva para que as companhias incorporem aos contratos tais cláusulas, o que, sem dúvida, lhes trará um benefício notável¹⁷.

5. Faculdades habituais da companhia líder

Pese a variedade de cláusulas que encontramos na prática do co-seguro em todo mundo e ao distinto modo em que tem sido organizado seu

16. Celebrado o II Fórum e estando já os originais entregues à imprensa, publicou-se a Resolução do Conselho Nacional de Seguros Privado nº 68 de 3 de dezembro de 2001 que acolhe a recomendação do texto e sana parcialmente essa falta, ao impor em seu artigo 6 que "No frontispício da apólice, do certificado de seguro, da proposta, do cartão-proposta e em quaisquer materiais promocionais do cosseguro, deverá constar o nome de todas as seguradoras participantes e, por extenso, os respectivos limites de responsabilidade máxima assumida" e, no artigo 7, que "A apólice deverá conter, entre outras, cláusulas específicas dispondo sobre: I – a seguradora líder e suas atribuições; e II – a inexistência de responsabilidade solidária entre as sociedades seguradoras". Independentemente de sua categoria normativa, deve ser bem recebida, sem dúvida evitará alguns dos problemas que até agora ocorriam na prática.

17. Sobretudo porque a disposição do art. 761 do novo Código Civil é tão ampla ("para todos os seus efeitos") que, se não se determina adequadamente o âmbito de suas faculdades e o alcance de sua representação, podem aparecer sérios inconvenientes, sobretudo no que diz respeito à responsabilidade da líder.

funcionamento pelas normas aprovadas pelas associações de companhias de seguros, no fundo se dá uma coincidência substancial – deixando de fora a Lloyd's – no âmbito do poder outorgado ao líder¹⁸. Nesse sentido, ainda que algumas cláusulas se refiram, de modo geral, à competência da líder para os atos da gestão ordinário do negócio¹⁹, que é seu campo natural de ação, o mais freqüente, no entanto, é que enumerem faculdades conferidas, dentro das quais existem algumas que podemos considerar típicas, por estarem geralmente atribuídas, e que vão ser examinadas a seguir, a par dos problemas que originam. Para isso, vou partir das cláusulas mais completas da prática internacional, que, por sua vez, são as mais próximas a nós. A primeira é a cláusula uniforme portuguesa, aprovada pela Norma 11/94-R do Instituto de Seguros de Portugal e, a segunda, a espanhola dos acordos de co-seguro de 1979, com redação de 1998²⁰. Dizem assim:

18. Em atenção a seu conteúdo, a doutrina alemã (*vid.*, por todos, MÖLLER: *Kommentar*, cit., II, p. 450 y HÜBENER: *Die Führungsklausel*, cit., p. 45 y ss.) distingue dois tipos de cláusulas: as chamadas “de notificação” (*Anzeigenklauseln*), que são as que conferem um mandato limitado à recepção de declarações e comunicações que o segurado, em virtude do contrato, tenha que fazer aos seguradores, mas não lhe outorgam capacidade de decisão ou atuação em nome de todo o quadro e as cláusulas de decisão (*Anschlussklauseln*), que além de lhes facultar o recebimento das declarações do segurado, também lhes permitem decidir e atuar por si em algum caso. Essas últimas são mais extensas, pois logram plenamente o fim perseguido com a delegação: facilitar a operação do co-seguro e as que são expostas na continuação do texto pertencem a essa categoria. Em *El coaseguro*, cit., p. 310 podem ser vistos exemplos de cláusulas de notificação.

19. Em algumas ocasiões, são tão genéricas que geram importantes problemas interpretativos, como denunciou reiteradamente a doutrina. Cfr. FANELLI: *Le assicurazioni*, no *Trattato* de CICU-MESSINEO, Milán, 1973, p. 214; HÜBENER: *Die Führungsklausel*, cit., p. 45 y ss. SÁNCHEZ CALERO: *Comentario*, cit., I, p. 435; SOTGIA: “In tema di coassicurazione”, em *Assicurazioni*, 1957, I, pp. 3 a 31, em part. p. 15.

20. Os Acordos de Administração de Co-seguro de 1979 foram elaborados naquela data por um grupo de companhias para uniformizar a operação do co-seguro. Atualmente, estão subscritos – ou são cumpridos de fato, pelas mais importantes. A cláusula de co-seguro que incorporam como anexo é de inclusão obrigatória para as que aderentes, ainda que, na prática, utilizam-na a quase totalidade de companhias espanholas. Seu texto foi objeto de uma profunda revisão em 1998, na qual tive a sorte de participar.

Cláusula uniforme de co-seguro de Portugal

"1. Fica estabelecido que este contrato vigora em regime de co-seguro, entendendo-se como tal a assunção conjunta de um risco por várias empresas de seguros, denominadas «co-seguradoras», de entre as quais uma é líder, sem que haja solidariedade entre elas, por meio de um contrato de seguro único, como as mesmas garantias e período de duração e com um prêmio global.

2. O presente contrato é titulado por uma apólice única, emitida pela líder e assinada por todas as co-seguradoras, na qual figurará a quota-parte ou percentagem do capital assumida por cada uma.

3. A líder fará a gestão do contrato, em seu nome e no de todas as co-seguradoras, competindo-lhe, nomeadamente:

a) Receber, por parte do segurado, a declaração do risco a segurar, bem como as declarações posteriores de agravamento ou de diminuição desse mesmo risco;

b) Fazer a análise do risco e estabelecer as condições do seguro e respectiva tarificação;

c) Emitir a apólice, sem prejuízo de esta dever ser assinada por todas as co-seguradoras;

d) Proceder a cobrança dos prêmios, emitindo os respectivos recibos;

e) Desenvolver, se for caso disso, as ações previstas no Decreto-Lei nº 105/94, de 23 de abril, em caso de falta de pagamento de um prêmio ou fracção de prêmios;

f) Receber as participações de sinistro e proceder à sua regularização;

g) Aceitar e propor a resolução do contrato.

4. Os sinistros decorrentes deste contrato podem ser liquidados por meio de qualquer uma das seguintes modalidades, a constar expressamente nas condições particulares da apólice:

a) A líder procede, em seu próprio nome e em nome e por conta das restantes co-seguradoras, à liquidação global do sinistro;

b) Cada uma das co-seguradoras procede à liquidação da parte do sinistro proporcional à quota-parte do risco que garantiu ou à parte percentual do capital assumido.

5. A líder é civilmente responsável perante as restantes co-seguradoras pelas perdas e danos decorrentes do não cumprimento das funções que lhe são cometidas, não podendo destes fatos resultar prejuízo para o segurado”.

Cláusula concordada de co-seguro da Espanha

“Los valores garantizados por la presente póliza quedan cubiertos en coaseguro, con los porcentajes que se indican, por las Entidades siguientes:

2º Este coaseguro se establece en una póliza única, extendida por la Entidad X (Compañía abridora) y que será firmada por el tomador y por todas las Coaseguradoras, siendo, por tanto, válida íntegramente para todas ellas. En caso de emisión de suplementos o apéndices, la Entidad X emitirá también un sólo documento que será igualmente firmado por todas las Coaseguradoras, con excepción de los de liquidación de existencias en seguros flotantes y aquellos que no modifiquen las condiciones económicas y contractuales, los cuales serán firmados únicamente por la Entidad X en representación de todo el cuadro. Por consiguiente, el tomador del seguro sólo firmará los documentos contractuales que hayan sido emitidos por la Entidad X.

3º Para la efectividad de las primas, la Entidad X extenderá y presentará al cobro un único recibo por la totalidad de las participaciones. Su pago tendrá efectos liberatorios para el tomador frente a cada una de las coaseguradoras, sin perjuicio de las liquidaciones entre dichas coaseguradoras a las que posteriormente hubiere lugar.

4º En sus relaciones con el Tomador y/o Asegurado, las Coaseguradoras estarán siempre representadas por la Entidad X, incluso cuando se trate de declarar, tramitar o liquidar los siniestros que acaecieren. Sólo a la Entidad X deberá dirigirse el tomador y/o Asegurado para comunicarle aquellas contingencias de las que haya de dar cuenta a sus aseguradoras y todas las comunicaciones de éstas al Tomador y/o Asegurado se realizarán a través de la misma.

5º Asimismo, en caso de siniestro, las decisiones que sea preciso adoptar para la común defensa de los intereses de Asegurado y Aseguradoras, se tomarán previo acuerdo entre aquél y la Entidad X, salvo en el

caso de que se delegue en otra Entidad coaseguradora por circunstancias especiales y también de mutuo acuerdo.

6º Sin perjuicio de las facultades de la Entidad X, cuando la complejidad técnica y la importancia económica del siniestro lo aconseje, a juicio de aquélla, consultará a Coaseguradoras que representen al menos el 50 % de participación en el coaseguro.

7º La representación de la Entidad X no se extiende a los posibles procedimientos judiciales o arbitrales que pudieran tener por causa este contrato y que se interpongan por el Tomador y/o Asegurado, por lo que en los mismos deberán ser demandadas, por sus respectivas cuotas, todas las Coaseguradoras, sin perjuicio de que éstas puedan encargar posteriormente a la abridora la dirección del proceso. Cuando el litigio tenga por objeto exclusivo exigir a una o más Coaseguradoras la cuota de indemnización que les corresponde, habiendo sido ya satisfecha por las demás, la demanda se dirigirá exclusivamente contra las compañías deudoras de la prestación.

8º A El presente contrato puede ser rescindido:

1º Por la Entidad X en nombre de todas las Coaseguradoras en todos los casos en que la Ley y el presente contrato conceden a los aseguradores la facultad de rescisión.

2º Por el Tomador del seguro en los casos previstos en la Ley y en este contrato, dirigiéndose únicamente a la Entidad X.

La acción de rescisión es indivisible y sólo podrá ser ejercitada por la abridora, en nombre de todos los Coaseguradores, o por el Tomador frente a todos los Coaseguradores. En consecuencia, la separación o exclusión del cuadro de una coaseguradora sólo podrá tener lugar con motivo de la prórroga del contrato, en los términos que se fijan en el párrafo siguiente.

8º B El tomador del seguro podrá oponerse a la prórroga del presente contrato, ya sea en su totalidad, ya sea respecto a una o más de las compañías coaseguradoras, dirigiéndose, en ambos casos a la Entidad X y a las Compañías Coaseguradoras afectadas. El mismo derecho tendrá la Entidad X, que deberá notificar la denuncia total o parcial del contrato al Tomador y a las compañías afectadas. Igualmente, cada una de las Coaseguradoras podrá oponerse a la prórroga de su participación en el contrato, notificándolo al Tomador y a la Entidad X con antelación a los dos meses previstos en la Ley.

En todos los supuestos la comunicación de la rescisión, o de la negativa a la prórroga, deberá ser realizada con la antelación prevista en este contrato, por medio escrito que acredite la recepción de la misma en tiempo y forma.

9º El Tomador y las Entidades coaseguradoras de este riesgo prestan su conformidad al contenido del presente contrato mediante la firma del mismo, quedando entendido que lo establecido en las cláusulas anteriores no implica que las Coaseguradoras respondan solidariamente del cumplimiento de las obligaciones que asumen por esta póliza. La responsabilidad de cada una de ellas es propia e independiente de la de las restantes Coaseguradoras, determinándose de conformidad con los porcentajes fijados en el cuadro de coaseguro y sin que por ningún concepto pueda exigírseles el pago de indemnizaciones que excedan de las que resulten de la aplicación de dichos porcentajes”.

Examinemos agora essas faculdades típicas:

a) Emissão da apólice, suplementos e certificados de seguro

A emissão dos documentos contratuais suscita duas questões: a elaboração material dos mesmos e sua assinatura. Quanto à emissão da apólice, tanto a cláusula espanhola como a portuguesa seguem a prática generalizada de que o contrato se formalize em uma apólice única e que esta seja elaborada pela líder, em conformidade, obviamente, com as condições pactuadas entre o segurado e os co-seguradores. Essa apólice única, para ser eficaz frente a todas as co-seguradoras, deve recolher o consentimento de cada uma delas, que pode constar diretamente na própria apólice, ser recolhido em documento à parte no qual se identifique aquela ou, também, ser outorgado pela líder em nome do quadro, previamente apoderada pelas companhias participantes. Essas duas últimas possibilidades, habituais em alguns países²¹, são mais problemáticas, pois em muitas ocasiões aparecem

21. Assim, na Alemanha, las *Richtlinien für die Bearbeitung von Feuer- und Betriebsunterbrechung-Versicherungen* de la *Verband der Sachversicherer* (Diretrizes para tramitação de seguros de incêndio e de interrupção da produção da Associação

apólices ou suplementos com modificações importantes que foram assinados unicamente pela companhia líder que carece de poder ou que, inclusive, pretende (auto) outorgar-se no mesmo documento que ela sozinha subcreve. Daí que o mais aconselhável é que a apólice seja assinada "pessoalmente" por todas as co-seguradoras. A mesma regra se aplicará quando se emitam suplementos ou apêndices, salvo se os mesmos sejam de mero trâmite ou "não modifiquem as condições econômicas e contratuais", em cujo caso se autoriza a líder para a assinatura dos mesmos.

Em ambas cláusulas, como se vê, não está prevista a emissão de tantas apólices quantos forem os co-seguradores. Essa forma de documentar o co-seguro que se dá em muitos países, ainda que isoladamente, supõe

de Companhias de Seguros de Danos) dispõem que: "A líder está autorizada a subcrever a apólice coletiva em nome das partícipes quando estas lhe tenham manifestado sua concordância com a proposta. A concordância pode ser considerada comunicada quando as participantes não tenham contestado no prazo de 14 dias a partir do envio do projeto". A *Déontologie des Polices Bourse Incendie et multirisques* y el *Règlement des Polices collectives Hors Bourse de la Assemblée Plénière des Sociétés d'Assurances Dommages* francesa dispõe que, uma vez que os co-seguradores tenham enviado assinada a *demande d'engagement* (que é uma proposta formal de participação), *l'apêriteur signe la police pour l'ensemble des coassureurs*. Igualmente, no modelo de "Propuesta de coaseguro" retirado das *Norme per la Coassicurazione* da Associação Nacional de Empresas de Seguros (ANIA) italiana para o ramo de roubo (ed. 1987, e, em igual sentido, as de incêndio, ed., 1980), na parte que a co-seguradora, em caso de aceitar a participação ofertada, terá que devolver assinada à delegada, diz-se: "Outorgamo-lhes mandato pela presente para assinar em nosso nome o Extrato único de apólice", e, no documento que dirige a delegada à futura co-seguradora, estabelece-se que, se não contestar em vinte dias a partir da data da carta, consideram-se "implicitamente autorizzati alla firma" e no *Estratto unico di polizza*, a assinatura da líder vem precedida da frase "Per mandato delle Coassicuratrici". Também a circular da SSV (Associação Suíça de Seguradores de Danos) n° A 658/94 de 11 de novembro, sobre "Assinatura das apólices coletivas", atribui a aceitação por escrito das co-seguradoras da oferta que descrevia perfeitamente as condições de cobertura e de tarifação o valor de apoderamento para assinar a apólice. Todas as Companhias que integram os Acordos de 79, a meu ver corretamente, consideram mais aconselhável manter a assinatura pessoal na apólice das co-seguradoras, pois, às vezes, as ofertas não são tão completas como seria desejável, ou nem sequer são escritas e, logo, a líder pode encontrar dificuldades para demonstrar a adesão de alguma co-seguradora.

unicamente um maior trabalho administrativo e pode originar dificuldades, no caso em que, por exemplo, uma das apólices individuais não chegue a ser assinada, fato que leva as seguradoras a preferirem a apólice única. Optando-se, no entanto, por essa solução, as apólices teriam de ser literalmente idênticas e conter o quadro de co-seguro e a designação da líder. Em outro caso, no lugar de um co-seguro estaríamos concluindo vários seguros parciais, com os graves inconvenientes que isso suscita, especialmente, para o segurado.

Examinando a prática brasileira, vi que há casos em que a apólice não especifica que o risco está assumido em co-seguro nem detalha nominalmente quem são os co-seguradores e suas respectivas porcentagens, que, caso seja necessário, será comunicado posteriormente ao segurado. Pois bem, salvo se fosse possível demonstrar que o segurado conhecia esses detalhes, o que não é fácil, a líder, sendo a única seguradora com quem contratou o segurado e a única que figura na apólice, teria que responder pelo risco integral frente ao segurado. O segurado deve conhecer e aceitar que está subscrevendo um co-seguro e quem participa desse contrato. Em outro caso, obviamente, a possível divisão de cotas é alheia a ele e não lhe vincula, sendo assim, pode-se exigir a prestação completa da seguradora que aparecia como única. Essas operações, que antes denominei de co-seguro “interno”, são, como disse, na verdade, resseguros.

b) Comunicações com o segurado

As cláusulas de todo o mundo legitimam a líder para receber as comunicações do segurado, incluídas as declarações de alimento em um seguro de abono, e para transmiti-las dos co-seguradores para aquele, de modo que as notificações feitas pelo tomado ou segurado à líder surtem efeito frente à todas companhias e, correlativamente, as feitas pela líder vinculam todas as co-seguradoras. Além disso, a líder é geralmente o meio exclusivo de comunicação entre o quadro e o segurado²². As razões desta

22. Tal medida é muito freqüente na prática internacional do co-seguro. A *clausola di delega* de las Normas da ANIA, talvez um pouco mais clara que a espanhola neste ponto, diz assim: “*Tutte le comunicazioni inerenti al contratto, ivi compres-*

exclusividade são claras: por um lado, a gestão do contrato é facilitada ao atuarem as companhias sempre por meio da líder e, por outro lado, é uma medida de proteção da clientela, ao reservar-se à líder a comunicação com

se quelle relative al recesso ed alla disdetta, devono trasmettersi dall'una all'altra parte unicamente per il tramite della Società "X", all'uopo designata quale Coassicuratrice Delegataria. Ogni comunicazione si intende fatta o ricevuta dalla Delegataria nel nome e per conto di tutte le Coassicuratrici". Dessa forma, as Normas impõem às signatárias o "rispetto della delega": "La delega conferita ad una Società deve essere rispettata per tutta la durata dell'assicurazione. Le Coassicuratrici sono, pertanto, tenute a non intervenire in alcun caso presso i Contraenti, essendo attribuito esclusivamente alla Delegataria il diritto e l'impegno de amministrare il contratto e di trattare con il Contraente per eventuali modifiche".

Nas cláusulas alemãs não se costuma impor essa exclusividade, apenas se limitam a facultar a abridora a receber por todos os seguradores: "Nach Abschluß des Vertrages gelten Anzeigen und Willenserklärungen des Versicherungsnehmer oder seiner Rechtsnachfolger mit Zugang an die führende, als allen beteiligten Versicherern zugegangen. Die führende ist berechtigt, alle im normalen Geschäftsverkehr erforderlichen Erklärungen mit Wirkung für und gegen die Mitversicherer abzugeben". ("A partir da conclusão do contrato, as comunicações e declarações do segurado ou seus sucessores dirigidas à líder se consideram feitas a todas as seguradoras participantes. A líder está autorizada a realizar, com eficácia para e contra todos os co-seguradores, todas as declarações precisas dentro da gestão ordinária do negócio").

A eficácia que têm frente aos co-seguradores as comunicações feitas à abridora faz com que aqueles não possam pretender liberar-se de responsabilidades alegando que a comunicação não foi feita, ainda mais se a circunstância comunicada era pública e notória. Nesta linha, inscreve-se o famoso caso do sangue contaminado, resolvido pela C.A. Paris de 30 de setembro de 1994 (cit. por PECHINOT: "La coassurance", en *Lamy Assurances*, 1995, nº 3637, p. 1618), derivado de um co-seguro subscrito pela "Fondation Nationale de transfusion sanguine" e quatro co-seguradoras, com o grupo Azur como abridor. O conjunto de seguradores e um dos co-seguradores propõem contra a segurada uma ação de nulidade, os primeiros por falsa declaração e, o outro, o segundo, por considerar que quando entrou no co-seguro já estavam contaminados todos os lotes de sangue. A sentença prova, no que diz respeito à ação da segunda, que ao longo de 1988 e 1989, era notório, inclusive por ações judiciais de prejudicados, que a contaminação do sangue pelo HIV tinha sido produzida, isso já sabia a líder, e que esta deveria haver avisado o quadro. No entanto, pese a ser público, a demandante não havia feito a menor reserva quanto à validade da garantia, nem à segurada, nem à abridora, fato pelo qual a sentença considera que "por efeito do mandato geral de representação, a situação jurídica consecutiva ao agravamento do risco por parte da abridora é oponível à demandante".

seu cliente. Daí que seja a regra, ainda que existam algumas cláusulas, espanholas e estrangeiras, seja porque intervém um corretor, seja pela natureza das comunicações, que limitam os poderes da líder ou que estabelecem alguma exceção, como a cláusula uniforme espanhola no que concerne à resolução do contrato²³.

c) Cobrança do prêmio

Outro aspecto que, invariavelmente, aparece regulado nos contratos de co-seguro é o relativo à cobrança do prêmio, em relação ao qual existem duas possibilidades na prática: que a líder se ocupe da cobrança do prêmio total ou que cada companhia cobre diretamente do segurado sua cota do prêmio, isto é, que se emita um recibo único ou para cada seguradora participante.

23. Assim acontece, por exemplo, com uma cláusula empregada na Espanha por uma companhia de co-seguros contratados com intervenção de um corretor (cláusula de co-seguro B) na qual, depois de dizer que se estende uma única apólice assinada pela delegada, segue: *“No obstante lo anterior, los avisos y notificaciones que se deriven de este contrato serán comunicados por el Asegurado o su Corredor a todas y cada una de las Compañías Coaseguradoras. Sin embargo, el Asegurado o su Corredor podrá dirigir sus comunicaciones de siniestros solamente a la compañía delegada a efectos de su tramitación, en uso de su condición de representante por cuenta ajena del resto de Coaseguradoras, pero sin que en modo alguno ello implique la posibilidad de que le sean exigibles las prestaciones que a dichas Coaseguradoras les correspondan por sus respectivas participaciones”*. Uma cláusula desse teor, com independência da conveniência ou não de impor ao segurado a obrigação de dirigir-se a todas as companhias, deve ser criticada, pois sua redação confusa pode ser origem de problemas. Não me parece acertado, em primeiro lugar, o duplo regime que impõe para as comunicações do segurado (os sinistros podem ser notificados tanto à delegada como a todas e cada uma, e o resto tem de ser notificado necessariamente a todas), o que não somente pode originar equívocos, como também não está, a meu ver, justificado. Além disso, nada diz sobre se as comunicações dos co-seguradores devem ser feitas individualmente ou canalizadas pela delegada.

A maioria das condições de co-seguro previstas para casos que intervém um corretor integram a isso como uma peça a mais na cadeia de transmissão, mas sem deslocar a líder, que segue sendo quem recebe e transmite por todas as co-seguradoras.

Na Europa, só excepcionalmente é autorizada a emissão de um recibo por companhia quando assim imponha o segurado. A razão desta "quase-proibição" da pluralidade de recibos não é outra senão a anômala situação que pode acontecer se o segurado paga algum dos recibos individuais, mas não outros. Isso pode originar sérias dificuldades e, no mínimo, irá alterar as relações cliente-seguradores, mas pode também ocasionar prejuízos às companhias, como casos como seguinte: no caso da emissão de recibos por companhia, a líder desconhece, em muitos casos, se já foram abonados todos os recibos e pode acontecer, como de fato tem ocorrido, que o segurado notifique um sinistro, que a líder o abone adiantadamente e que, ao reclamar às seguradoras sua cota de indenização, de-

Isso é o que prescreve, por exemplo, a cláusula comumente utilizada por Gil & Carvajal: "*Todos los avisos y notificaciones que se deriven de este contrato serán dados por el Asegurado al Asegurador Dirigente a través de Gil & Carvajal, considerándose por este solo hecho como cursados directa e independientemente a cada Coasegurador; debiendo seguir el mismo procedimiento en la tramitación y liquidación de siniestros*". Da mesma forma, as condições alemãs de seguro de incêndios e outros ramos trazem consignado que "*o segurador dirigente está legitimado a receber por todos os co-seguradores as notificações e declarações de vontade do tomador do seguro*" ("*Der führende Versicherer ist bevollmächtigt, Anzeigen und Willenserklärungen des Versicherungsnehmer entgegen zu nehmen*") continua: "*Corretor: o corretor que assessorou o contrato de seguro está legitimado a receber notificações e declarações do segurado. Ele está obrigado por seu contrato de corretagem a levar aquelas ao segurador imediatamente*" ("*Makler: Der den Versicherungsvertrag betreuende Makler ist bevollmächtigt, Anzeigen und Willenserklärungen des Versicherungsnehmers entgegenzunehmen. Er ist durch den Maklervertrag verpflichtet, diese unverzüglich an den Versicherer weiterzuleiten*").

Nas Normas da ANIA de acidentes, enfermidade e R.C. geral, regula-se amplamente o suposto de *contratti conclusi per il tramite di broker* e se inclui uma cláusula de delegação específica que diz: "*El tomador declara haber asignado la gestión del presente contrato a la firma (broker) y las empresas coaseguradoras han acordado confiar la delegación a la compañía X; en consecuencia, todas las relaciones inherentes al presente seguro serán entregadas por el tomador al citado broker, el cual tratará con la abridora informando a las coaseguradoras. Estas últimas están obligadas a reconocer como válidas y eficaces frente a ellas todos los actos de gestión ordinaria realizados por la delegada por cuenta común, excepción hecha del cobro de la prima, cuyo pago será efectuado por el tomador a través del broker directamente a cada coaseguradora*".

pare-se com uma situação em que uma delas nega a pagá-la porque não recebeu o prêmio²⁴.

A regra, também no Brasil, na vigência do Convênio de Co-seguro da FENASEG, é a emissão de um recibo único pelo total do prêmio ou pelo total de cada um dos prazos ou frações que tenham sido pactuados, caso em que a líder está autorizada a emití-los e apresentá-los para cobrança e, ao pagá-los, o segurado cumpre sua obrigação frente a todas as co-seguradoras.

Se, ao contrário, pactua-se a emissão de um recibo por companhia, a líder não dispõe de competências nesta matéria, deverá cada co-seguradora emitir o recibo e assim constará na apólice.

A comunicação das incidências posteriores a seus mandantes ou a divisão do prêmio são aspectos que recaem nas relações internas, em que logo me deterei brevemente.

d) Declaração, tramitação e liquidação de sinistros

Das competências geralmente outorgadas à companhia líder, a fundamental, por razões óbvias, é a que a habilita a “declarar, tramitar ou liquidar os sinistros”, segundo a cláusula espanhola dos Acordos, ou a “receber as participações de sinistro e proceder à sua regulação”, como assinala a portuguesa. Não obstante essa importância e as conseqüências que podem ser derivadas de seu exercício, existem clausulados que, por sua má redação, não deixam claros os poderes da líder nessa matéria, ainda que sejam os menores²⁵. A maioria se refere expressamente a ela, comumente em termos muito amplos, similares às cláusulas expostas e, virtualmente, a líder pode decidir por si mesma frente ao segurado sobre se procede à indenização e em que quantia, exercitar todos os demais direitos relativos ao sinistro e, concreta-

24. Por isso na Espanha, quando se pactua a emissão de recibo por companhia, a líder não costuma adiantar nunca a prestação.

25. Para citar alguns, um dos usados pela Musini dizia que “*sem prejuízo do anteriormente disposto e com o único objetivo de facilitar e simplificar as relações do segurado com as co-seguradoras, a Musini representará todas elas, atuando em seu nome ou por sua conta, em suas relações com o mesmo derivadas do presente contrato*”; o da *Aurora Vida* diz que “*levará a administração do risco em todas suas incidências, comprometendo-se as companhias co-seguradoras a seguir as de-*

mente, aprovar o valor proposto pelo segurado, nomear, no seu caso, o perito em nome dos seguradores e requerer ao segurado que designe o seu, etc.

Na prática espanhola, as companhias não restringem apenas, nem sequer quando líder e segurado pertencem ao mesmo grupo empresarial, a capacidade de atuação da líder neste campo, a qual, com os limites que veremos, pode ela mesma decidir todas as questões próprias da tramitação ordinária de um sinistro. Essa realidade, que demonstra o clima de confiança existente entre nossas companhias e a diligência com que costuma levar-se estas operações, contrasta, no entanto, com a prática de outros países, como a França e a Alemanha, onde a situação da líder pode ser vigiada ou dirigida por uma comissão escolhida entre as demais companhias do quadro.

Detenhamo-nos em alguns aspectos deste cometido. A princípio, cabe à líder, além de receber o aviso de sinistro, a declaração do mesmo, isto é, decidir se está dentro das condições de coberturas do contrato, verificar se foi notificado dentro do prazo, etc. e, em consequência, admiti-lo ou rechaçá-lo. Em segundo lugar, está igualmente facultada para alcançar um acordo com o segurado sobre a estimativa dos danos. Se não se alcança tal acordo, cabe à líder a designação do perito em nome de todo o quadro e a direção do processo que leva à fixação do montante da indenização²⁶.

cisões da abridora", parece querer facilitá-la, mas não o faz de modo preciso: em termos similares, expressa-se a Mapfre ("*levará a direção do risco*"). Uma cláusula de redação mais clara, como era a empregada pelo *Banco Vitalicio* antes da assinatura dos Acordos de 79, deu lugar, no entanto, para que em um co-seguro aberto pela primeira, uma das co-seguradoras, New Hampshire, rechaçasse a tramitação realizada por aquela e levasse a cabo outra por sua conta. Este assunto, para cuja solução foi solicitado um parecer ao prof. SÁNCHEZ CALERO (*vid. El coaseguro*, cit., n. 955), é indicativo dos problemas que podem gerar condições imprecisas.

26. Isso é o que, segundo se depreende do Convênio da FENASEG, ocorre também na prática brasileira, pois o mesmo, ao ocupar-se do reembolso pelas co-seguradoras das quantias adiantadas pela líder, prevê, em caso de negativa de alguma delas a pagar sua quota por não estar conforme com a aceitação ou valoração do sinistro, a submissão à arbitragem da própria FENASEG, de onde se deduz, primeiro, que as co-seguradoras não intervêm na tramitação do sinistro, assim como a eficácia frente ao segurado da decisão da líder e o caráter puramente interno da discrepância. A importância desse aspecto requeriria, talvez, que o Convênio lhe dedicasse maior atenção.

Em outros países se prevê a intervenção do quadro, de tal modo que, comumente, a líder não dispõe de uma margem de atuação tão ampla como a que lhe outorgam as apólices espanholas e portuguesas. Começamos expondo as medidas mais amenas, que são as previstas na Bélgica e na Alemanha, para passar às mais restritivas da Itália e da França.

A apólice-modelo belga para o seguro de incêndios, em sua redação de 1960²⁷, que serviu de modelo para as elaboradas pelas próprias companhias nesse e em outros ramos, diz (art.31) que a líder escolhe, em caso de sinistro, o perito dos co-seguradores, mas acrescenta: “*sans préjudice toutefois du droit de chacun d’eux de faire suivre l’expertise par un mandataire de son choix*”, de modo que a líder ostenta poderes bastantes para tramitar o sinistro, mas as co-seguradoras podem controlar diretamente a conduta do perito por meio de seu próprio perito. Outro sistema de controle, similar ao espanhol, é o instaurado – com alto seguimento – na Alemanha pela antiga *Verband der Sachversicherer* em seu “Manual para o seguro de incêndios”²⁸, no qual a cláusula relativa afirma que a líder “quando a quantia ou a natureza do sinistro o aconselhe, proporá (às co-seguradoras) a constituição e reunião de uma Comissão de Regulação do sinistro ou lhes comunicará as razões por que não a considere necessária”. Caso seja constituída – e nisto se diferencia do previsto na cláusula espanhola – será a comissão a responsável pela nomeação do perito e pelo prosseguimento do processamento do sinistro.

Na Itália, as *Norme per la liquidazione dei sinistri* da ANIA (ramos de incêndio e roubo 1985), ainda que atribuam à líder a gestão do sinistro, dispõem que a nomeação do perito será efetuada pela líder se a valoração provisória do dano não superar 100 milhões de liras. Se essa cifra for ultrapassada, mas for ainda inferior a 300 milhões, a líder terá de consultar a segunda companhia em participação. Se ultrapassar os 300 milhões,

27. Aprovada pelo Comitê de Seguradores belgas em 1936 e reformada em 1960, momento no qual se incorporou o artigo referido. Ainda não é imperativa, alcançou grande difusão e, ao estender-se o multi-risco, serviu de base para as apólices projetadas pelas companhias, frente ao pequeno sucesso da apólice-modelo multi-risco de 1970. Cfr. FONTAINE: *Droit des assurances*, 2ª ed., Bruxelas, 1996, p. 39 e 199 e ss. G. SCHAMPS: “L’assurance contre l’incendie”, em *La Loi du 25 juin 1992 sur le contrat d’assurance terrestre*, Bruxelas, 1993, pp. 135 a 160, em part. 135.

28. É o *Handbuch der Industrie- Feuer-, FBU und Einheits-Versicherung*.

terá de consultar a terceira companhia e se excede 1000, a líder e as duas seguintes designarão um delegado cada uma para que intervenha na liquidação do dano. Uma disposição similar aparece no Protocolo do ramo de transporte, concretamente para o seguro de mercadorias, que faculta a qualquer das co-seguradoras a exigir a convocação de todas as companhias partícipes quando o dano superar os 500 milhões de liras e, igualmente, obriga a líder a consultar o quadro antes de fixar a indenização por acordo com o segurado, sempre que seja superior a 100 milhões de liras.

No entanto, é a legislação francesa a que impõe um controle mais severo. A reforma de 1992, plasmada na "Convenção relativa à tramitação de sinistros em caso de co-seguro", limitou mais as faculdades da líder nesse campo. Em sua nota de apresentação, justifica a revisão alegando que "a deterioração atual do mercado de riscos industriais deve incitar a se reforçar ainda maior a indispensável necessidade de uma gestão eficaz e responsável". Não em vão, ressalta a má gestão dos riscos como uma das causas da crise – hoje em processo de superação – do co-seguro na França, que viu como claramente diminuía o número de companhias que o praticavam. A Convenção dispõe que a tramitação corresponde exclusivamente à líder se o dano não supera os 5 milhões de francos. Quando é igual ou superior a essa quantidade, a líder terá de constituir uma "Comissão de co-seguro" que será encarregada de conduzir a tramitação, posteriormente executada pela líder. Essa comissão será composta da seguinte maneira: 1º) sendo menos de quatro co-seguradoras, contando com a líder, por todas as companhias; 2º) sendo maior o número, o quadro, ordenado de mais a menos, divide-se em três partes (por companhias, não por porcentagens) e se toma a primeira de cada fração. A Comissão será presidida pela líder, que a convoca e está encarregada de informar ao resto do quadro sobre as reuniões. Tanto se a instrução corresponder à líder somente como se for constituída uma Comissão de Co-seguro, em caso de necessidade o quadro pode ser consultado, por escrito ou por convocação. A Convenção estabelece, ainda assim, que a decisão da maioria participante vincula todos os co-seguradores.

Uma vez fixada a indenização, deve-se proceder a seu abono, o que também costuma ser atribuído à líder. A norma portuguesa contempla também a possibilidade de que cada companhia abone diretamente sua quota e na apólice haverá de determinar-se qual é a forma de liquidação escolhida. Se essa tarefa for atribuída à líder, será ela que entregará a indenização ao segurado, que emitirá um único recibo de quitação e que, portanto, terá de

recolher as cotas correspondentes a cada co-seguradora, com tempo suficiente para não incorrer em mora²⁹ e que essas, por sua vez, comprometam-se a entregá-las quando solicitadas, também com tempo suficiente³⁰. Não significa, no entanto, que o segurado possa exigir pessoalmente a indenização na íntegra: o compromisso da líder se limita a arrecadar as cotas das co-seguradoras. A líder não responde pela negativa ou insolvência das mesmas.

Na prática, a líder adianta a quantia da indenização em muitos casos e, inclusive, em alguns países, como Brasil, assume completamente, sem distribuí-los a *posteriori*, os sinistros de quantia pequena³¹, mas esses são aspectos da relação interna que não concernem ao segurado – que nunca pode exigir que a líder assim aja – e dos que me ocupei em outro lugar.

e) A representação processual das co-seguradoras

Este é, sem dúvida, o principal problema que suscita o co-seguro atualmente em muitos países, inclusive Brasil e Espanha. Tem sua origem

29. No Convênio da FENASEG se estabelece (4.2) que “A seguradora Líder poderá requerer antecipadamente, até 5 dias úteis antes do pagamento ao Segurado, o valor da quota-parte de sinistro das Co-seguradoras, por intermédio de telex, fax ou qualquer outro meio escrito”.

A *police collective à quittance unique* da APSAD encarrega à líder, sua delegação ou seu agente, a coleta das quotas de maneira que possa ser abonada ao segurado no prazo de 30 dias. A inobservância desse prazo motivou, em alguns casos, a condenação da líder ao pagamento da quota da companhia insolvente. Vid. S. Cass. (1ª Ch. civ.) 25 de abril de 1989, (em RGAT, 1989, pp. 522 a 525, com nota de H. MARGEAT y J. LANDEL, também em *Responsabilité civile et assurances*, 1989, nº 245 (junho), p. 14, com nota de H. GROUDEL e, somente o sumário, em *Recueil Dalloz*, 1991, pp. 69 a 70, com nota de H. GROUDEL), extraída também de *El coaseguro*, cit., n. 1123.

30. Na Espanha, resguardam-no com clareza, as cláusulas empregadas pelo corretor Gil & Carvajal e Eagle Star Insurance Co.: “En caso de siniestro, los Coaseguradores se comprometen a entregar al Asegurador Dirigente las cifras de indemnización a su cargo, tan pronto como por el mismo sean requeridas a tal efecto, presentando – como en el caso de cobro – un solo recibo finiquito al Asegurado por la totalidad de la indemnización”.

31. É o ponto 4.3 do Convênio FENASEG: “Da indenização total e mais despesas e honorários pagos pela Líder, esta não cobrará das Cosseguradoras, os referidos valores, quando o somatório das quotas-partes sobre estes, sejam inferiores a 30 Reais por Cosseguradora, exceto para seguros de sorteio”.

na premissa universal do co-seguro, ou seja, que a responsabilidade das co-seguradoras é mancomunada, proporcional a suas cotas, e não solidária, pe-se que são muitos os casos nos quais se reclama à líder a prestação integral.

No Brasil, esse problema é agravado porque nas apólices de co-seguro às vezes não figura o quadro de co-seguradores. Nesse caso, como já disse anteriormente, o segurado pode reclamar da líder a indenização integral, pois, perante ele, ela é a única seguradora. Isso é o que ocorreu, por exemplo, no caso julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça, em sentença de 10.08.1999³², no qual a apólice não contempla que existia um co-seguro, que havia sido pactuado internamente pela líder. Obviamente, esse pacto não pode ser oposto ao segurado³³.

Agora bem, quando figura o quadro de co-seguradores e as respectivas participações, não pode haver dúvida de que a responsabilidade é mancomunada e não solidária. A prescrição do artigo 28.3 do Código de Defesa do Consumidor, segundo a qual "As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações deste Código", não é, em princípio, aplicável ao co-seguro, pois este é um contrato que não é subscrito por consumidores, mas por empresários³⁴. Só excepcionalmente, quando o segurado possa ser considerado um consumidor nos termos do Código (por exemplo, em contratos coletivos de vida) haverá que estimar que as co-seguradoras respondam solidariamente.

Resolvida a questão anterior, surgem duas outras dúvidas: se, na ausência de mandato expresso, a líder representa também as co-segurado-

32. Quarta Turma; Relator Ministro Barros Monteiro, em *DJ* 18.10.1999, p. 233.

33. Ou seja, nem sequer há "co-responsabilidade" das co-seguradoras: há unicamente um devedor, que responde pelo todo. As demais companhias operam como simples resseguradoras.

34. Ainda que o conceito de "consumidor" do CDC seja amplo. No entanto, não se pode exortar os tomadores de seguros a que tenham "vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica", pois, sendo empresas, normalmente tão grandes ou maiores que seus riscos, dispõem de assessoramento suficiente para conhecer o que tratam e, em muitos casos, impor inclusive condições. No mercado de seguros o consumidor está associado aos chamados "riscos de massa", enquanto o co-seguro opera, geralmente, no setor oposto, no de grandes riscos. *Vid* referências mais completas no texto da Dra. MARTINS-COSTA.

ras em caso de demanda (ou submissão à arbitragem) por parte do segurado e, segundo, se, representando-o, pode ser condenada a pagar a totalidade da indenização em lugar de uma só cota.

Ao meu ver, a resposta para ambas interrogações deve ser negativa. Assim o defendi em vários trabalhos³⁵, baseado em duas razões fundamentais, a saber: 1º) A representação em juízo é uma faculdade extraordinária que só pode ser conferida à líder mediante mandato expresso de todo o quadro; e 2º) Atribuindo-se essa representação, a mesma não altera nem a natureza nem a titularidade das obrigações, como consequência, cada co-seguradora segue respondendo exclusivamente por sua cota, podendo ser representada em juízo pela líder.

No entanto, a realidade demonstra que não é essa a posição dominante na prática processual. Na maioria das causas que envolvem questões de co-seguro, sobretudo quando um co-segurador é insolvente, somente a líder é demandada – pese não ser a responsabilidade solidária – exigindo-lhe 100% da indenização e, o que é pior, costuma haver condenação³⁶. Es-

35. *Vid. El Coaseguro*, cit., pp. 369 e ss. e 391 e ss. e os comentários jurisprudenciais citados mais abaixo.

36. Os comentários às jurisprudências espanhola e estrangeira podem ser vistos no lugar e páginas citadas na nota anterior.

A situação na Itália pode ser considerada excepcional. Ante ao silêncio do art. 1911 do Código Civil e dos contratos, tanto a doutrina como a jurisprudência negam à líder a representação processual ativa e passiva, a não ser que se tenha conferido expressamente por escrito, conforme o art. 77 do *Codice de Procedura civile*. Cfr. FANELLI: *Le assicurazioni*, cit., p. 214; GASPERONI: *Le assicurazioni*, no *Trattato di Diritto civile* de GROSSO y SANTORO-PASSARELLI, Milán, 1966, p. 104-105 e no “Il pagamento del premio di assicurazione”, em *Ass.*, 1959, pp. 188 a 217, em part. 190-191; LA TORRE: “Coassicurazione, delega...”, cit., p. 329; SOTGIA: “In tema di coassicurazione”, cit., p. 24; RICOLFI: *La coassicurazione*, Milán, 1996, p. 80; GERI: “La gestione del rischio...”, cit., col. 352; GUERRERI: “Note in tema di coassicurazione”, cit., p. 377; BRAUNER: “La coassicurazione (art. 1911 cod. civ.)”, em *Dir. Ec. Ass.*, 1992, pp. 853 a 881, em part. 872-873; LORDI: “Su i poteri della delegataria nella coassicurazione con riferimento alla rinuncia alla prescrizione (art. 2937 cod. civ.)”, cit. p. 249; FAVARA: “Ancora intorno ai poteri del delegatario nella coassicurazione”, cit., p. 162 entre outros. Na jurisprudência, *vid.* já sob a vigência do *Codice di commercio*, T. Genova 14 de março de 1935, em *Ass.*, 1935, II, pp. 321 a 325, com nota de A. DE GREGORIO: “Delegataria delle società coassicuratrici e rappresentanza giudiziaria”. No

direito vigente *vid.* as sentenças de instância C.A. Roma 19 de junho de 1953 revogando T. Roma 29 de maio de 1951 em *Ass.*, 1955, II, pp. 72 a 79, com nota favorável de F. DE MARCO: "Questioni in tema di assicurazioni plurima e coassicurazioni"; C.A. Veneza 25 de janeiro de 1956, em *Ass.*, 1956, II, *Mass.*, nº 11, pp. XII-XIII; T. Roma 28 de abril de 1969, em *Dir. Prat. Ass.*, 1969, pp. 307 a 312, com nota favorável de V. COLASSO: "Legittimazione passiva nella coassicurazione"; confirmada por C.A. Roma, 10 de agosto de 1972, em *Dir. Prat. Ass.*, 1972, p. 735 a 745; T. Firenze 15 de maio de 1975, em *Resp. civ.*, 1975, pp. 439 a 442, com nota favorável de F. RIGOLINO BARBERIS: "Appunti sulla clausola di delega nella coassicurazione", e em *Ass.*, 1977, II, pp. 76 a 82, com nota de G. FUCÀ: "Clausola di delega fra coassicurazione e riassicurazione"; C.A. Milán 20 de julho de 1982, em *Ass.*, 1983, II, 2, p. 29 a 39, com nota de FERRARINI: "In tema di assicurazioni merci con clausola F.A.P.S."; T. Gênova 6 de junho de 1990, em *Dir. Mar.*, 1990, p. 1102 e de cassação: Cass. 19 de outubro de 1975, confirmando C.A. Roma 11 de fevereiro de 1971 em *Ass.*, 1977, II, pp. 119 a 124; Cass. 21 de novembro de 1978 cassando C.A. Brescia 9 de fevereiro de 1977, em *Ass.*, 1978, II, pp. 277 a 285, a qual cita, também, a de 6 de novembro de 1975; Cass. 13 de fevereiro de 1980, confirma C.A. Firenze 7 de julho de 1976, em *Foro It.*, 1981, I, cols. 226 a 236, com nota de ORIANI: "Coassicurazioni, clausola di delega, interruzione della prescrizione"; Cass. 28 de abril de 1983, em *Ass.*, 1983, II, *Mass.*, nº 54, p. XXXVII; Cass. 12 de dezembro de 1997, em *Ass.*, 1997, II, *Mass.*, nº 69, p. LI.

Por outro lado, ainda que se tenha outorgado à delegada uma representação *ad litem* nos termos previstos pelo *Codice de Procedura civile*, também coincide (com exceção da crítica de S. T. Milão de 20 de setembro de 1961, em *Ass.*, 1962, II, pp. 280 a 283, com nota de LA TORRE: "Coassicurazione, delega..." cit.) em que isso não altera a responsabilidade por quota das co-seguradoras, e que uma eventual sentença condenatória somente afetaria a delegada *in proprio* na sua quota, enquanto que para as demais se produziria em sua investidura representativa e, por tanto, somente em nome das demais que seriam *nominatim* as real e juridicamente condenadas. *Vid.*, por todos, os trabalhos citados de FANELLI e LATORRE e na jurisprudência C.A. Roma de 19 de junho de 1953 cit., confirmada por Cass. de 19 de outubro de 1955 (em *Ass.*, 1957, II, pp. 20 a 29, com nota também de F. DE MARCO: "Questioni in tema di Führungsklausel nella coassicurazione"; Cass. de 26 de junho de 1976 (em *Ass.*, 1977, II, 2, pp. 119 a 124) recordada na motivação pela própria Cassação na S. de 13 de março de 1980 (em *Foro It.*, 1981, I, cols. 226 a 236, com nota de R. ORIANI) que, por sua vez, confirma o recurso da C.A. Florença de 7 de junho de 1976 (em *Ass.*, 1976, II, 2, p. 276) e a de primeiro grau de T. Firenze de 15 de maio de 1975 (em *Resp. civ.*, 1975, p. 439 a 441 com nota de RIGOLINO BARBERIS: "Appunti sulla clausola di delega nella coassicurazione) e em *Ass.*, 1977, II, 2, p. 76, com nota favorável de FUCÀ: "Clausola di delega: fra coassicurazione e riassicurazione"); C.A. Milão 20 de julho de 1982, cit.; Cass. 14 de junho de 1982 (em *Foro It.*, 1982, I, cols. 136 a 138, com nota de R. CARBONE); Cass. de 28 de abril de 1983, cit., e Cass. de 2 de fevereiro de 1994 (em *Giur. It.*, 1994, I, 1, cols. 1749 a 1755, com nota de M. RICOLFI: "Qualificazione del rapporto coassicurativo e responsabilità pro quota della delegataria") que revoga a S. contrária do T. Milão de 30 de novembro de 1989. De todas elas me ocupei com mais amplitude em *El coaseguro*, cit., p. 405 e ss. texto e notas.

sa linha jurisprudencial está totalmente assentada na França, onde as apólices atribuem à líder a representação em juízo, e tem contribuído para que o número de companhias que cedem co-seguro tenha reduzido sensivelmente nos últimos anos. A Alemanha conheceu caso semelhante. Na Espanha, a situação também é preocupante, sobretudo depois da sentença do Supremo Tribunal de 31 de março de 1992³⁷, que admitiu que se demandasse somente a líder e a condenou ao pagamento integral da indenização³⁸.

Essa situação deve ser afastada, pois ataca as próprias bases do co-seguro e da própria atividade seguradora: como pode condenar-se a responder pelo todo quem somente recebe uma parte do prêmio e, conseqüentemente, somente provisiona uma parte dos possíveis sinistros?

No ordenamento português, esse problema foi eliminado na raiz, pois é a própria lei que afirma que, em caso de litígio, a demanda deve dirigir-se contra todas as co-seguradoras. Efetivamente, o artigo 139 do citado Decreto Lei 94B/98 dispõe que “as ações judiciais decorrentes de um contrato de co-seguro devem ser intentadas contra todas as co-seguradoras, salvo se o litígio se prender com a liquidação de um sinistro e tiver si-

37. Exposta em *El coaseguro*, loc. cit.

38. Nosso Supremo Tribunal exarou outras duas sentenças fundamentais sobre o tema, apesar da postura diferente em cada uma delas – entre si e em relação à de 1992 – não considero acertada nenhuma. Na primeira, de 23 de junho de 1999, nega a responsabilidade solidária, mas admite um pronunciamento contra todas as co-seguradoras, ainda quando somente a líder havia sido demandada. Na segunda, de 30 de março de 2000, rechaça também a solidariedade e condena a abridora por sua quota, não considerando a exceção oposta de falta de litiscônsórcio passivo necessário – novamente, somente a líder havia sido demandada – de modo totalmente incorreto, pois não se pode admitir que recaia pronunciamento que afete a todos os co-seguradores (cobertura do sinistro e quantia da indenização) sem que todos tenham sido parte no processo. Sobre elas *vid.* meus comentários “A representação processual da abridora no co-seguro”, em *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 235 (janeiro-março de 2000), pp. 179 a 199, para a primeira e “Às voltas com a representação processual da abridora no co-seguro”, em *Revista Española de Seguros*, núm. 105 (2001), pp. 119 a 135, para a de março de 2000; também “Uma questão polêmica atual na Jurisprudência do Supremo Tribunal: A representação processual do quadro de co-seguro”, na seção de artigos doutrinários em matéria mercantil do Web Jurídico Datadiar (<http://www.datadiar.com>).

do adotada, na apólice respectiva..." que cada co-seguradora abonará diretamente ao segurado sua cota de indenização, caso em que, claro está, terá de demandar unicamente a co-seguradora que não houver efetuado o pagamento e não as demais. Na Espanha, a cláusula vigente desde 1998, que é empregada pela maioria dos seguradores, é de teor quase idêntico, como se pode ver no texto antes reproduzido, pelo que é de se esperar que se rompa a linha jurisprudencial hoje aberta.

Por outro lado, não é necessário que no contrato se autorize à líder para que possa mover ações contra o causador do dano a que responderam os co-seguradores por sub-rogação, depois de ter efetuado o pagamento da indenização ao segurado, e isso, em minha opinião³⁹, porque, quando é a líder a responsável pelo pagamento da indenização em nome do quadro e é emitido um único recibo em seu favor, contanto que tenha efetuado o pagamento, fica legitimada a mover essas ações, sem necessidade de autorização anterior. Não compartilho, por isso, a decisão do Tribunal Federal de Recursos em sua decisão de 18.05.1980⁴⁰, que estimou necessário o consentimento expresso. Não obstante, tampouco é problemático obtê-lo das demais companhias, o que seria preciso sempre que as co-seguradoras houvessem abonado separadamente sua respectiva parte da prestação.

f) Resolução e denúncia do contrato

Outro aspecto que não costuma estar contemplado nas cláusulas de co-seguro é o da finalização do contrato, seja por resolução, seja por oposição a sua prorrogação, temas estes, sobretudo a resolução, igualmente complexos, pois por ser um contrato com parte plural se questionam com frequência os direitos individuais das companhias de colocar fim a sua participação. Examinemos cada um em separado.

Das poucas cláusulas que aludem a resolução, algumas o fazem outorgando ao segurado e à companhia líder, quando proceda legal ou con-

39. Tratei o tema em *El Coaseguro*, págs. 418 e ss.

40. Quarta Turma, em *DJ* 2.10.1980

tratualmente, a faculdade de resolver totalmente o co-seguro, mas também facultam individualmente a cada co-seguradora a faculdade de resolver sua participação em tais casos, e, reciprocamente, o segurado, quando a ele corresponda, também pode exercer tal faculdade perante uma ou mais companhias isoladas. Assim é, além disso, a prática de outras companhias ainda que não a incluam em suas cláusulas.

O reconhecimento dessa faculdade de resolução por cota durante a vigência do contrato a cada uma das companhias e ao segurado não é, a meu ver, juridicamente correto. A unidade contratual do co-seguro considera que se concorre uma causa legal ou contratual de resolução unilateral do contrato. Esta deva ser exercitada por ou perante todo o quadro, pois, sendo o contrato único, ou subsiste para todos ou desaparece para todos. Além disso, admitindo-se a resolução individual por ou frente a cada um dos co-seguradores, isso suporia a alteração das condições em que se deu o consentimento, a perda do equilíbrio original do contrato e, inclusive, de sua utilidade posterior⁴¹. Certamente, as partes bem podem admitir a resolução por sua quota, como nas cláusulas referidas, o que, então, em realidade, se estará fazendo é consentir por antecipação uma modificação subjetiva do contrato.

Por outro lado, este pacto, como adiantava, cada vez encontra mais obstáculos na prática espanhola e europeia, pelas dificuldades e gastos que supõem recompor o quadro no curso do contrato. Daí que tanto a cláusula uniforme espanhola como a portuguesa admitam unicamente a resolução frente a todo o quadro, estando facultada para a primeira a Companhia líder.

41. Vid. amplamente *El Coaseguro*, cit., p. 359 y ss. e n. 1013. Também “Dúplica adecuada sobre el coaseguro”, em *Revista de Derecho Mercantil*, 1998, p. 322. Os argumentos utilizados são de BUSNELLI: *Le obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milán, 1974, quem faz uma ampla exposição das outras teses propostas (p. 274 y ss., em part. 280) e RUBINO: *Delle obbligazioni*, no *Commentario* de SCIALOJA y BRANCA, 2ª ed., Bolonia-Roma, 1963, sub. art. 1296, p. 210. Ao contrário, ultimamente, RICOLFI: *La coassicurazione*, cit., p. 261 e ss., em part. 270 e ss., quem, em consonância com a tese que mantém sobre a estrutura jurídica do co-seguro, admite a legitimação individual na ação individual de rescisão com efeitos por quota sobre a base, a meu ver inexata, de que se trata de uma relação “da qual surgem somente obrigações de natureza parcial”.

A oposição à prorrogação do contrato, da qual se ocupa a cláusula espanhola, mas não a portuguesa, poderá, sim, é obvio, ser formulada por ou frente a cada co-seguradora⁴², além de respeito a todo o quadro. A comunicação da mesma deverá ser feita com a antecipação necessária e, além disso, mediante carta certificada com a acusação de recebimento ou outro meio que acredite seu recebimento, para evitar comunicações extemporâneas ou inexistentes.

g) Outras possíveis competências e eficácia das decisões da líder

Até aqui temos visto, seguindo o texto espanhol e português das cláusulas uniformes, as faculdades que podem ser consideradas típicas da companhia líder. Junto a estas cláusulas, em instrumentos particulares, podem conter outras disposições, como a concernente à intervenção de um corretor ou que outorguem à líder faculdades mais específicas. Uma delas é a que atribui a essa, naqueles seguros de capitalização em que o segurado tem uma participação nos benefícios obtidos da inversão do capital, a determinação desse rendimento, que está prevista, por exemplo, nas cláusulas italianas para os seguros de vida coletivos⁴³.

Fica assim delimitado o quadro de poderes habitualmente concedidos à companhia líder. Seja este ou outro, a atuação da mesma, sempre que respeite esse quadro, contanto que mandatária com representação das co-seguradoras, vincula-as como se elas houvessem atuado pessoalmente e sem que possam, frente ao segurado, separar-se das decisões tomadas pela líder no exercício de suas funções, sem prejuízo de ações contra a líder se não atuou com a diligência devida. Assim diz expressamente a norma portuguesa: "A líder é civilmente responsável perante as restantes co-seguradoras pelas perdas e danos decorrentes do não cumprimento das funções que lhe são cometidas, não podendo destes fatos resultar prejuízo para o se-

42. Ainda que a denúncia de uma (ou frente a uma) suponha em definitivo a extinção desse contrato e a conclusão de um novo, com um novo quadro. *Vid. El coaseguro*, cit., p. 362.

43. Vej-se seu texto em *El coaseguro*, cit., n. 951.

gurado”. Ao contrário, extra-limitando-se, somente ela ficará pessoalmente obrigada, a não ser que sua atuação seja ratificada pelas co-seguradoras⁴⁴.

5. Administração do co-seguro

O conteúdo das relações entre a líder e os co-seguradores vem determinado por seus acordos e pelas normas gerais do contrato de mandato. Dentre os direitos e obrigações pactuados, há alguns que se desprendem diretamente da cláusula de co-seguro contida na apólice, como pode ser a obrigação de repartir o prêmio ou informar os sinistros, mas há outros que não aparecem no contrato com o segurado, por serem estritamente internos e que, muitas vezes, já formam parte dos usos de comportamentos existentes no mercado para caso de co-seguro.

Estas normas internas têm sido recompiladas em muitos países pelas próprias companhias. Assim ocorre na França, com a *Déontologie des polices collectives*, na Itália, com as *Norme per la coassicurazione* elaboradas pela Associação Nacional de Empresas de Seguros (ANIA), na Espanha, com os *Acuerdos de Administración de Coaseguro de 1979* e, no Brasil, com o Convênio de Co-seguro de FENASEG.

De todos os aspectos das relações internas que estas normas recorrem, vou referir-me, brevemente, e para terminar minha exposição, a uma fundamental, do ponto de vista prático, que é denominada “administração” do co-seguro, expressão que engloba fundamentalmente o envio de informação sobre o desenvolvimento do contrato, assim como os pagamentos e as cobranças derivadas do mesmo.

44. É um caso típico de abuso de faculdades, ou seja, quando a líder ainda atuando formalmente dentro dos limites de seus poderes rompe o dever de fidelidade e abusa deles em benefício próprio ou atua de modo contrário à diligência exigível a um ordenando empresário. Nesses casos, os acordos a que tenha conseguido chegar com o segurado são vinculantes para os demais co-seguradores, mas esses têm direito a serem ressarcidos exercendo contra aquela a correspondente ação indenizatória de danos e prejuízos. Agora bem, se o segurado atuou em conviência com a líder para obter benefício próprio ou de ambos, desaparece toda a vinculação dos co-seguradores, pois o acordo celebrado pela líder com o segurado é nulo por causa ilícita.

O cumprimento das obrigações, que, nas relações internas, derivam-se do contrato de co-seguro, não comporta nenhuma dificuldade em sua realização prática, nem para a líder nem para os co-seguradores, se pensamos em um co-seguro isolado: o traslado das notificações que recebe uma e outra parte, a divisão do recibo, a tramitação do sinistro e a solicitação às companhias da quantidade que lhes corresponde com o fim de aboná-lo ao segurado, etc. são operações que carecem da menor complexidade. As dificuldades aparecem se temos em consideração que uma companhia com certa atividade neste campo tem subscritos milhares de contratos de co-seguro, atuando em alguns como líder e em outros como aceitante, e relacionando-se deste modo com mais de cem companhias distintas e com, pelo menos, outros tantos agentes e corretores. Já não se trata de repartir um recibo, ou de liquidar um sinistro, senão de uma variedade de operações cruzadas cuja ordenação é, não faz falta dizê-lo, essencial para o bom funcionamento do negócio de co-seguro. Esta necessidade real é a que levou, em primeiro lugar, à criação nas companhias de departamentos encarregados da administração do co-seguro (departamentos de co-seguro) e, posteriormente, ao estabelecimento em todo o mundo de acordos entre as seguradoras para homogeneizar a administração do co-seguro e permitir manter perfeitamente informadas as companhias da situação dos contratos nos quais participam e dos saldos resultantes do intercâmbio de negócio. Os mais avançados neste ponto do que conheço são, sem dúvida, Espanha e França⁴⁵.

No Brasil, o Convênio da FENASEG supõe um avanço importante, pois, além de dotar de homogeneidade a prática, estabelece pautas que facilitam e tornam mais barata a administração do co-seguro, como a não necessidade de repartir os prêmios demasiados pequenos ou de recuperar sinistros de escassa entidade. Contudo, resultam insuficientes para suportar um volume importante de operações de co-seguro, pois seguem pen-

45. Ambos sistemas estão expostos com muito mais detalhes em *El coaseguro*, cit., p. 343 e ss. As últimas modificações dos Acordos Espanhóis neste ponto podem ser vistas em "La revisión de los Acuerdos de Administración de Coaseguro de 1979 y la nueva cláusula de delegación", em *Revista Española de Seguros*, núm. 96, (1998), pp. 605 a 619.

sando em comunicações, repartição de cobranças isoladas e não conjuntas. Ou seja, pensam em repartir o prêmio e não todos os prêmios gerados durante um período, o que simplifica e reduz de modo extraordinário a gestão e, correlativamente, os gastos do co-seguro. Na Espanha, para trazer um exemplo que está mais próximo de mim, cada companhia elabora mensalmente contas com todos os movimentos relativos aos co-seguros de que é líder para cada uma das co-seguradoras aceitantes e recebe, por sua vez, uma conta igual as das líderes dos contratos em que ela participa. Das contas, constam informações relativas a recibos cobrados, devolvidos e anulados, a sinistros em tramitação e já pagos, assim como a estornos do prêmio, e arrola um resultado a favor ou contra a líder. Esse resultado é compensado com o que resulta das operações em que essa líder participa como simples co-seguradora. Por esse resultado negativo, ao final, somente se realiza, por todos esses conceitos, um pagamento pela diferença. O sistema está agora totalmente informatizado e atualizado em tempo real, devendo constar os dados das operações realizadas cada mês nos vinte dias seguintes a seu término. Não é necessário ponderar a diminuição de trabalho que isso ocasionou. Na França, foi criado um organismo centralizado, o Bureau Central de Repartição, para elaborar as contas e realizar as compensações, com resultados igualmente muito positivos. Qualquer de ambas formas se impõe em um mercado no qual cada vez é mais freqüente o recurso ao co-seguro. Muito obrigado.

Tatiana Druck

Há pais que conhecem seus filhos. Eu gostaria de ler rapidamente algumas palavras de um grande jurista espanhol sobre seu filho, tão grande quanto o pai. Peço perdão pela pronúncia em espanhol, mas, seria uma pretensão maior ainda tentar fazer a tradução. Diz o texto:

No quedaría conforme conmigo mismo si terminara estas líneas sin expresar al autor la gratitud por cuanto le debo, por lo mucho que me ha enseñado. No es que a lo largo de sus estudios haya terminado por convertirse en maestro de su maestro. No me refiero a esto, que es lo normal. A lo que me refiero es a la lección que me ha dado en todo momento de mantenerse firme en su vocación pese a la acción continua de la envidia

y al aguijón, siempre en acecho, del resentimiento. De saber hacer frente a las dificultades y a las injusticias con una serenidad y un temple de verdad impresionantes. Ocurriera lo que fuese, ¡y no fue poco!, en los cuatro años que el autor ha trabajado conmigo como becario de investigación, jamás le vi perder la calma ni la sonrisa.

O texto é de José María Muñoz Planas sobre o seu fillo José María Muñoz Paredes. Em nome do IBDS, agradecemos pela aula extraordinária e *la sonrisa*.

O CO-SEGURO NO DIREITO BRASILEIRO: ENTRE A FRAGILIDADE DA PRÁTICA E A NECESSIDADE DE RECONSTRUÇÃO POSITIVA DO INSTITUTO

JUDITH MARTINS-COSTA

Judith Martins-Costa

Excelentíssimo Sr. Dr. Ernesto Tzirulnik, Dr. Paulo Luiz de Toledo Piza, respectivamente presidente e vice-presidente do IBDS, meus caríssimos companheiros de mesa, minha querida professora Guiomar Estrela Faria, que vejo aqui na platéia, senhores e senhoras. Gostaria, inicialmente – e faço isso como um dever prazeroso para mim – de agradecer aos organizadores a oportunidade de estar aqui. Gostaria de agradecer a organização perfeita. Gostaria de registrar a minha alegria com o absoluto bom gosto da recepção que tivemos e a satisfação de estar aqui com tantos colegas. O professor José Maria Muñoz Paredes facilitou de uma maneira extraordinária o nosso trabalho, porque nos deu uma aula magní-

1 Doutora em direito pela Universidade de São Paulo, é professora de Direito Civil e Teoria Geral do Direito Privado no Curso de Pós-Graduação da UFRGS.

fica, didática, muito clara, a respeito do co-seguro. Apenas lembrando, em brevíssimas palavras, o que ele disse, o co-seguro constitui operação econômico-jurídica pela qual várias empresas de seguros, conjuntamente, e sem que entre elas haja solidariedade, assumem determinado risco, de regra mediante um contrato de seguro único, com as mesmas garantias e período de duração e com um prêmio global. Assim afirma a legislação estrangeira, assim leciona a doutrina, que o distingue claramente da hipótese de pluralidade de seguros e do resseguro, seja pelo critério das distintas finalidades desses institutos, seja pela análise da operação econômica subjacente, seja pelo exame da relação estabelecida entre as empresas seguradoras e a parte segurada.

Relembremos: no caso de pluralidade de seguros pelo mesmo risco, o segurado os contrata, separadamente, com dois ou mais seguradores. Há, portanto, dois ou mais contratos totalmente independentes, sujeitando-se o segurado que quiser celebrá-los tão só ao princípio indenizatório do art. 1.437, primeira parte, do Código Civil, segundo o qual “*não se pode segurar uma coisa por mais do que valha, nem pelo seu todo mais de uma vez*”. Não há nenhuma relação a vincular as distintas seguradoras, os vínculos só sendo formados entre cada uma delas e o segurado, apartadamente. O co-seguro dependerá sempre da repartição de riscos entre as seguradoras, mesmo que estas venham a emitir apólices distintas.

Já o resseguro, como comumente se afirma, é o “seguro do segurador”. Seu objetivo é reforçar, por outrem – a empresa resseguradora –, a posição do segurador, sendo por isto instrumentalizado por um contrato que não se confunde com aquele celebrado entre o segurador e o segurado. O segurador cede, total ou parcialmente, efeitos das responsabilidades pelos riscos assumidos, pelos riscos de determinados tipos, ou pelo que excede determinado limite valor dos riscos que assegurou a um outro segurador, chamado “ressegurador”. Importa, pois, numa dupla operação, que requer dois contratos distintos e independentes, conduzindo a um duplo e inconfundível feixe de relações diretas, a que se estabelece entre a seguradora e o segurado, e a que se estabelece entre a seguradora e a empresa de resseguro.

Diferentemente, ao co-seguro importa fragmentar ou diluir horizontalmente os riscos, de modo que, estruturalmente, observa-se a vinculação entre um “pólo segurador” formado por várias empresas segurado-

ras, e um “pólo segurado”, no qual está o credor do seguro ou o seu beneficiário. A sua principal característica está no risco garantido conjuntamente por todos os integrantes desse “pólo segurador”, embora cada qual assuma, no que diz aos aspectos financeiros da operação econômica, uma parte dele.

Bem se vê, desde já, que esta operação, embora geralmente estabelecida em um só contrato, é, porém, altamente complexa, importando distintos feixes de relações jurídicas das quais decorrem também distintos efeitos. Como explica com clareza José Maria Muñoz Paredes, o co-seguro está assentado numa estrutura contratual peculiar: muito embora as companhias co-seguradoras dividam o pagamento da indenização, quando ocorrido o sinistro cada uma delas assume o risco por inteiro. Assim sendo, o elemento característico do co-seguro é que *“el consentimiento otorgado por los coaseguradores no se limita a la asunción de una cota, sino asumir ese riesgo colaborando con otras compañías, que es, a su vez, asumido por el tomador”*.

Portanto, muito embora exista no co-seguro, correntemente, uma “empresa líder”, há uma atuação conjunta de cada uma e de todas as co-seguradoras frente ao risco: para esse específico efeito – que é também a finalidade precípua e a própria função social da operação jurídica denominada “seguro” – não se tem como asseguradas várias “quotas de risco”. Em consequência, como afirma a mais atualizada doutrina européia, ao segurado não são oferecidas várias “coberturas parciais”, mas uma cobertura completa.

Ora, pela mera indicação desses dados, é possível perceber, com facilidade, que o co-seguro não prescinde de uma certa regulamentação, legal, administrativa ou contratual, que indique a possibilidade de resposta a certas questões fundamentais: havendo várias seguradoras, deve haver uma ou várias apólices? Se uma das co-seguradoras não recebe a sua quota do prêmio, estará obrigada, no caso de sinistro, a cobrir a indenização? Se não há solidariedade entre as empresas co-seguradoras, assim não estando a lei nem o contrato, como obrigar a empresa líder a pagar pelo todo, como já decidiu a nossa jurisprudência? Qual é o fundamento e quais são os limites do poder de representação da empresa líder, em relação às lideradas, e quais são os deveres que daí defluem? No caso de liquidação ou cessação das atividades de determinada co-seguradora, quem garante a

integralidade da indenização ao segurado ou beneficiário? Como opera a representação em juízo?

Esse arrolamento de questões, que está longe de esgotar a imensa gama de litígios passíveis de decorrerem de uma relação de co-seguro, permite mesmo assim perspectivar as dificuldades que apresenta a nossa realidade, tangível e urgente. Enfrentamos, no Brasil, o que chamo de “paradoxo do co-seguro”: comparativamente com a realidade de outros países ele existe e não existe, a prática o apresenta com diferenças notáveis face ao modelo doutrinário e legal que secularmente o tem moldado na experiência do Direito Comparado. Examinar esse paradoxo é o objeto da primeira parte de minha exposição. Na segunda parte pretendo sinalizar alguns caminhos para a regulação positiva do co-seguro, à vista das diretrizes fundamentais do novo Código Civil e dos princípios e regras informadores da tutela ao consumidor.

D) AS FRAGILIDADES DA PRÁTICA

A prática brasileira do co-seguro apresenta fragilidades que comprometem esse modelo tanto no que diz respeito à relação entre as empresas co-seguradoras quanto à proteção do segurado ou beneficiário. Essas fragilidades constituem o seu paradoxo (A). A parca normativa incidente deve também ser indicada (B).

A) O “paradoxo brasileiro” da inexistência de verdadeiro co-seguro

O seguro, como experiência cultural, como prática social e como modelo jurídico, deriva de uma concepção de vida comunitária assentada na solidariedade social. Essa expressão, dotada de amplíssima vagueza semântica, traduz, no nível mínimo, categoria social que exprime uma forma de conduta correspondente às exigências de convivência de toda e qualquer comunidade que se queira como tal, implicando a superação de uma visão meramente individualista do papel de cada um dos seus singulares membros e assim configurando elemento de coesão da estrutura social.

Entre nós, essa categoria social (e igualmente ética e política) é apreendida pelo Direito na Constituição Federal, indicando em linhas ge-

rais, a exigência de evitar, ou ao menos de reduzir, a conflitualidade social mediante a superação da visão estreitamente egoística do Direito, que foi inaugurada pelo paradigma do Direito Moderno, tributário das concepções iluministas acerca do indivíduo, etimologicamente o *in-dividuus*, o que não pode ser dividido, designando o que hoje entendemos por “átomo”.

Como é por todos sabido, essas concepções foram fixadas, positivamente, nos Códigos oitocentistas, assentados no poder da vontade individual. Por isto é que os vigentes entendimentos, que tendem a ultrapassar (ou, ao menos, a minimizar) o individualismo, conduzem a que, hoje, a solidariedade social torne-se exigência ético-jurídica de tipo político, cujo papel é o de desenvolver “*uma função de endereço político acerca do funcionamento do próprio ordenamento jurídico*”.

As categorias políticas e jurídicas não são dissociáveis, no entanto, do *ethos*, isto é, da forma de ser, perceber e estar no mundo de determinada sociedade e da cultura que a anima e vivifica. Quando certa sociedade se tem, a si mesma, como comunidade, isto é, como conjunto de seres entrelaçados por relações de mútua colaboração, assumindo deveres que transpassam a esfera interindividual para operarem numa esfera “naturalmente” associativa de vida, certas formas jurídicas florescem e têm maximizados o seu sentido e operacionalidade.

Não por acaso o co-seguro nasce, na prática das aventuras comerciais marítimas do Medievo europeu, no qual foi moldado um “planeta jurídico” – para usar a expressão de Paolo Grossi – firmemente atado à experiência prática comunitária, que foi, no *Medievo* mediterrâneo, tão paradigmática como foi, na Modernidade, o individualismo. E se toda a experiência comunitária implica, basicamente, confiança e colaboração, também não por acaso o co-seguro configura, desde a sua origem, uma forma de colaboração empresarial, tendo em vista, contudo, uma mesma e única finalidade: assegurar a uma determinada “parte” a cobertura de riscos em regra vultosos, mediante a associação de vários seguradores que, responsabilizando-se cada qual por sua “quota” de indenização, assumiam, contudo, a integralidade do risco contratado.

Não por acaso, igualmente, essa concepção do co-seguro, e sua regulamentação, contratual, administrativa e legal, manifesta-se hoje no Direito Positivo daqueles lugares do mundo onde é ainda forte o sentido comunitário, notadamente a Itália, a França, a Alemanha, a Espanha e Por-

tugal, tendo, já em 30 de maio de 1978, a então chamada Comunidade Econômica Européia (hoje, União Européia) editado sobre o tema a Diretiva 78/473/CEE.

E, não por acaso, finalmente, o co-seguro encontra resistências, acomodações e lacunas entre nós, que não tivemos, em nossas origens históricas, a profunda vivência da experiência comunitária que se desenhou no Medievo europeu; que recebemos, sem mediações históricas importantes, o individualismo moderno em sua plena força.

Nossa concepção extremamente individualista da vida social, provocando “temperamentos” na concretização de um contrato tão fortemente ancorado numa concepção comunitária, transindividual, como é o contrato de co-seguro, pode dar pistas para compreender essas acomodações que a prática da operação apresenta, bem como a incompreensível carência de regulamentação na matéria. Essa mesma ausência de uma normativa legal que surpreendeu Munõz Paredes e o faz propugnar, muito acertadamente, pela “*imediata correção do problema*”, assim como surpreende a qualquer teórico que, antes de examinar a questão na prática brasileira, aproximar-se do co-seguro pela via doutrinária do Direito Comparado. Explica, também, o verdadeiro diálogo de surdos, nesse campo, entre a escassa doutrina e a pontual jurisprudência que, para avaliar e julgar a matéria posta a julgamento conta tão só com o fato “bruto” e, portanto, encontra dificuldades para qualificá-lo de forma relativamente unânime, impossibilitando, assim, também a construção de um modelo jurisprudencial.

Advogado especializado na prática do Direito Securitário, e também teórico e doutrinador na matéria, Paulo Toledo Piza informa que as apólices, no Brasil, “*muito raramente fazem referência ou contém cláusulas sobre co-seguro*”. Esse advogado, 1º vice-presidente do IBDS, conquanto a sua rica experiência prática, afirma taxativamente que apenas uma vez viu uma cláusula nesse sentido, em apólice de seguro de vida em grupo, estipulada com a seguinte redação:

“CO-SEGURO

Este seguro foi contratado com emissão de Apólice Única, tendo esta Seguradora, na qualidade de Líder, efetuado em seus registros oficiais o lançamento completo da operação, por si e pelas Co-seguradoras, que

assumem, direta e individualmente, a responsabilidade que lhes couber até a respectiva importância máxima de sua participação."

Trata-se de exceção: nosso costume é somente o de apresentar ao segurado, no frontispício da apólice, a distribuição do co-seguro entre as várias companhias seguradoras, sem que haja, no contrato, nenhuma disposição sequer equivalente a uma regra. Muitas vezes o segurado não tem sequer ciência da existência do co-seguro!

Se os contratos nada contêm, se não existe sequer a regulamentação por meio das chamadas "condições gerais do negócio", por outro lado, do ponto de vista da regulamentação administrativa, o IRB Brasil Resseguros S.A, entidade à qual compete a regulamentação do co-seguro, ainda não formulou diretiva geral que pudesse incidir nos particulares contratos com eficácia supletiva. Vejamos o que o Direito legislado hoje apresenta em tão importante tema.

B) As normas incidentes

Ao tratar do seguro marítimo, o velho Código Comercial de 1850 dispõe no art. 668 que "*sendo diversos os seguradores cada um deve declarar a quantia por que se obriga*", determinando, outrossim, seja a declaração datada e assinada. A regra fundamental está na parte final do mesmo artigo, pelo qual "*na falta de declaração, a assinatura importa em responsabilidade solidária por todo o valor segurado*". O texto ainda determina que "*se um dos seguradores se obrigar por certa e determinada quantia os seguradores que depois dele assinarem sem declaração de quantia por que se obrigam, ficarão responsáveis cada um por outra igual soma*".

A essas disposições em breve retornarei, cabendo assinalar, por ora, tão só o óbvio: trata-se de norma dirigida à regulação de um específico setor, o do seguro marítimo. Em termos de normas gerais, aplicáveis a quaisquer casos de co-seguro, o que se tem, objetivamente, é bem menos substancial: o art. 4º do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, que preceitua integrar-se no "sistema do seguro" o co-seguro, o resseguro e a retrocessão, "*por forma a pulverizar os riscos e fortalecer as relações econômicas do mercado*"; o art. 32, inciso VIII, que atribui ao Conselho

Nacional de Seguros Privados (CNSP) a competência para disciplinar as operações de co-seguro, nas hipóteses que refere; os artigos 42 e 44, inciso I, que atribuem ao IRB (antigo Instituto de Resseguros do Brasil, hoje denominado IRB – Brasil Resseguros S.A.) a competência para regular o co-seguro segundo as diretrizes do CNSP e aplicar penalidades às sociedades seguradoras por infrações cometidas na qualidade de co-seguradoras; o art. 79, § 1º, que determina sejam as sociedades seguradoras obrigadas a ressegurar no IBR a quota que for fixada pelo CNSP; o art. 80, que estatui devam obedecer, as operações de co-seguro, aos critérios fixados pelo CNSP “quanto à obrigatoriedade e normas técnicas”; o art. 88, meramente reiterativo de regras anteriores, para determinar que as sociedades seguradoras obedçam às normas e instruções da SUSEP e do IRB também sobre operações de co-seguro; e o art. 113, que prevê a aplicação de penalidade às pessoas físicas ou jurídicas que realizarem operações de co-seguro ou resseguro sem a devida autorização.

Como se vê, a normativa da legislação securitária, salvo a do Código Comercial relativa aos seguros marítimos, não contém regras de fundo, tão só escassas regras de procedimento, em caso de infração, e normas atributivas do dever e da competência do CNSP, SUSEP e IRB para efetivamente regularem o co-seguro, as quais, todavia, ao longo do tempo não vinham sendo editadas de forma sistemática. De qualquer forma, as regras que edita, sendo emanadas por órgão vinculado ao Poder Executivo, têm caráter de atos administrativos, constituem, efetivamente, atos administrativos, devendo ser entendidos, e obrigar, no limite da competência regulatória daqueles órgãos.

No plano extra-estatal, a FENASEG (Federação Nacional de Seguradoras) editou “Convênio de Co-seguro”, com vigência desde 2 de março de 1995. Esse trata, fundamentalmente, das relações internas entre as seguradoras, até porque compete privativamente ao Governo Federal formular a política de seguros privados e legislar sobre as suas normas gerais, sendo do CNSP, do IRB e da SUSEP, como se viu, a competência para regular o co-seguro.

Este Convênio tem o mérito, contudo, de estabelecer normas para regulamentar o relacionamento técnico, administrativo e financeiro das seguradoras no tocante às operações de co-seguro que abrange (item 2), de determinar procedimentos para a aceitação, cessão e restituição do prêmio

(item 3), editando ainda determinações acerca da comunicação dos sinistros, do pagamento antecipado da respectiva cota-parte e cota mínima de indenização (item 4) e da liquidação de valores (item 5), construindo, entre as co-seguradoras, uma espécie de "pool" ou consórcio entre as empresas, sob a liderança de uma delas (item 3.3).

Não se trata nem de longe de norma legal, nem mesmo administrativa, embora sua importância para a relativa disciplina do setor deva ser perspectívada e considerada pelo juiz por força (e nos limites) do art. 130, *caput*, do Código Comercial, que reconhece a força normativa dos usos e costumes. Pode, assim, ser tida como uma "cristalização organizativa" dos usos, que no novo Código Civil foram recebidos como indiscutível fonte de normatividade jurídica. Contudo, na falta de normas legais que estruturarem diretamente o tipo conforme os modelos que nos são fornecidos pelo Direito Comparado, como proceder? Qual é exatamente o "tipo co-seguro" que, na experiência prática brasileira, hoje efetivamente existente, se oferece a nossa qualificação?

Salvo no que concerne aos seguros marítimos, não temos normas que assinalem, por exemplo, o âmbito de aplicação do co-seguro e a extensão das responsabilidades das co-seguradoras; nada indica como se há de fazer a cobrança do prêmio, quais as formas e os limites do mandato outorgado à empresa líder, bem como os seus poderes, direitos, faculdades e deveres; não sabemos quais são os deveres de todas as co-seguradoras em relação ao segurado ou ao beneficiário, nem a forma da representação em juízo, assim como não existem regras que detalhem o conteúdo da apólice.

Ora, nesse quadro, há que se concordar integralmente com Toledo Piza quando afirma que o modelo que a prática brasileira indica comumente sob a denominação de "co-seguro" constitui, mais propriamente, um co-seguro anômalo, também dito "co-seguro administrativo" ou "co-seguro interno", porque formado sem o conhecimento do segurado, configurando também instituto distinto da categoria do resseguro.

Isto ocorre, afirma o autor, porque no mais das vezes, o segurador com que vem a contratar o segurado, acaba posteriormente, sem o conhecimento deste, por "distribuir" o risco em quotas-partes entre outras seguradoras. Pedro Alvim já assinalara essa prática, ao indicar o co-seguro, na experiência brasileira, como "*um dos processos de pulverização de cobertura que os seguradores adotam segundo a sua conveniência, mas sem*

qualquer restrição”, sendo a escolha das demais co-seguradoras geralmente feita pela própria líder entre congêneres de sua confiança, sequer conhecendo o segurado quais sejam essas.

Omissa a legislação, desorganizado o setor e totalmente desprotegido o segurado, a jurisprudência colmatou a lacuna: neste caso, permite concluir decisão do STJ, a responsabilidade é integralmente da empresa que contratou diretamente com o segurado e assumiu, assim, o papel de “líder”.

Essa posição aponta, com radicalidade, as diferenças entre o modelo advindo da prática brasileira e aquele posto na experiência estrangeira. Porém, no nosso quadro legislativo de carências e anomalias apresenta-se agora ao intérprete o novo Código Civil, ora no aguardo de sanção presidencial e que, promovendo a unificação das obrigações civis e comerciais, cuidou, ainda que parcamente, de sinalizar o tema. Cabe, pois, examinar a sua relevância nesse campo.

II) AS CONSEQUÊNCIAS, PARA A PRÁTICA, DA INSERÇÃO NO NOVO CÓDIGO CIVIL DE REGRA ESPECÍFICA, E DA INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Em um único artigo específico, o novo Código Civil trata do co-seguro. A sua compreensão não pode dar-se desvinculadamente do que o Coordenador-Geral da Comissão Elaboradora do Anteprojeto, Professor Miguel Reale, chamou de “diretrizes fundamentais”, entre elas a sistematicidade, a eticidade e a socialidade (A). Refletindo-se a operação co-securitária em interesses de um pólo qualificado legalmente como “consumidor”, também incidem as normas da legislação protetiva (B).

A) O co-seguro frente às diretrizes fundamentais do novo Código Civil

Dispõe o *caput* do art. 760 do texto aprovado pelo Congresso Nacional: “*A apólice ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e do beneficiário*”. A regra é completada, para o que aqui concerne, pelo art. 761, segundo o qual “*quando o risco for assumi-*

do em co-seguro, a apólice indicará o segurador que administrará o contrato e representará as demais, para todos os efeitos".

Tem-se aí a consagração legislativa da figura do co-segurador líder, a indicação de seu verdadeiro poder de representação e da extensão desse poder, "*para todos os seus efeitos*". Em outras palavras, o líder poderá receber e emitir as declarações que, nos termos da legislação específica, devem ser feitas, tais como a declaração do risco, do seu agravamento, de suas condições peculiares, quando for o caso, da participação no sinistro, de casos de alteração e resolução contratual. Tem também a representação processual e deve cumprir, por si e por todas, os deveres anexos e instrumentais decorrentes da relação contratual em causa.

A importância dos deveres anexos ou instrumentais derivados da boa-fé é manifesta no novo Código Civil. Para avaliar a sua extensão e alcance, é preciso considerar, preliminarmente, que o novo Código se apresenta, como já tive oportunidade de sublinhar, como um "sistema aberto de princípios e regras", apto a acolher continuamente a experiência social, modelando-a segundo suas diretrizes fundamentais.

Em primeiro lugar está a diretriz sistemática, estruturada na interligação entre as normas da Parte Geral e as da Parte Especial, e implementada pela linguagem semanticamente "vaga" de numerosos dispositivos, verdadeiras cláusulas gerais, bem como no constante reenvio do intérprete/aplicador às "circunstâncias concretas", aos "usos" e aos "costumes" habitualmente seguidos em determinados setores da experiência civil.

Entre as cláusulas gerais de fundamental importância para o contrato de seguro em geral, e nomeadamente o co-seguro, estão as contidas nos artigos 421 e 422 do novo Texto, que consagram a adstrição da conduta segundo a boa-fé e a função social dos contratos, expressões das outras duas "diretrizes fundamentais" que o informam, quais seja, a eticidade e a socialidade.

Sabe-se que o contrato de seguro é tradicionalmente assentado na boa-fé, sendo considerado um dos contratos *uberrimae bona fidei*, pois o dever de agir segundo a boa-fé aí não é meramente anexo, encontrando-se, diversamente, no núcleo das obrigações principais de ambas as partes contratantes. A idéia hoje denotada, porém, é de maior alcance: no seguro e no co-seguro agregam à chamada boa-fé subjetiva, também a boa-fé objetiva.

É certo que tanto a boa-fé subjetiva quanto a objetiva constituem emanções do princípio geral da confiança, que domina o Direito como um todo, incidindo, porém, de modo particularizado, no Direito das Obrigações. Porém, enquanto a expressão “boa-fé subjetiva” designa um estado de confiança, uma crença subjetiva da parte de estar agindo de acordo ao Direito, a locução “boa-fé objetiva” indica a fonte produtora de normas de conduta que impõem a quantos entram em contato social relevante juridicamente deveres de colaboração, entre os quais os de informação e os de consideração e proteção aos legítimos interesses do *alter*, daí derivando a distinção semântica: *agir de boa-fé* (subjetiva), *agir segundo a boa-fé* (norma de comportamento).

Ora, a norma de comportamento imposta pelo dever de agir segundo a boa-fé gera várias conseqüências que não podem ser minimizadas no contrato de co-seguro, seja no que diz à relação interna, entre as várias co-seguradoras, seja no que concerne à relação com o segurado ou o beneficiário.

É preciso lembrar que em cada relação contratual complexa se alinham, a par dos deveres principais, que estruturam o tipo, deveres secundários, acessórios e também independentes do dever principal, deveres anexos ao dever principal e ainda os deveres instrumentais, nascidos ou de norma legal, ou cláusula contratual, ou ainda que não expressamente previstos incidem por força do princípio da boa-fé. Denomino esses deveres de “avoluntaristas” para justamente indicar a circunstância de não serem gerados necessariamente pela vontade das partes nem por pontual explicitação legislativa, antes constituindo, nas precisas palavras de Mota Pinto, “*deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé em vista do fim do contrato (...) dada a relação de confiança que o contrato fundamenta, comportando variáveis segundo as circunstâncias concretas da situação*”.

Ora, no que diz à relação interna, isto é, inter-seguradoras, a boa-fé objetiva provoca a maximização do dever geral de colaboração que estrutura o “tipo co-seguro”, nascido e desenvolvido como um contrato de colaboração empresarial. Porém, paralelamente, da cláusula geral prevista no art. 422 do novo Código podem surgir, por via da concretização judicial, outros deveres de conduta como especificações desse dever geral de colaboração: assim os que darão, por exemplo, a medida, *in concreto*, da

representação que foi conferida à empresa líder: os que permitirão especificar as formas de comunicação acerca das informações que se fizerem necessárias entre as empresas. Poderá daí nascer, eventualmente, o dever de não agravar a situação da co-segurada que esteja em situação de liquidação. Possibilita ainda o cânone da conduta segundo a boa-fé sopesar a extensão da responsabilidade da empresa líder na análise do risco, a sua diligência na cobrança dos prêmios e no cumprimento das demais funções que lhe forem cometidas etc.

A boa-fé objetiva não se apresenta, contudo, como uma norma aplasmadora, simplificante, sempre igual em suas manifestações, antes sendo vinculada à natureza da obrigação e às concretas circunstâncias do caso. Por isso, nas relações internas às co-seguradoras concretiza-se não apenas como mandamento de consideração (*mea res agitur*), como ocorre nos contratos em que os interesses são contrapostos, mas verdadeiramente como *nostra res agitur*, pois é nas relações obrigacionais marcadas pela comunhão de escopo que a cooperação se manifesta em sua plenitude, afirmando Clóvis do Couto e Silva que aqui se cuida "*de algo mais do que a mera consideração, pois existe dever de aplicação à tarefa supra-pessoal, e exige-se disposição ao trabalho conjunto e a sacrifícios relacionados com o fim comum*".

Também no que concerne à relação entre as co-seguradoras e o segurado, ou o beneficiário, encontraremos a maximização dos deveres impostos pelo princípio da boa-fé, expressão da diretriz da eticidade no novo Código, que aqui se encontra com o princípio estatuído no art. 421, qual seja, o da função social do contrato, reflexo, por sua vez, do que Miguel Reale denominou de "diretriz da socialidade". nota dominante do Projeto. Examinemos certas possibilidades de atuação de uma e de outra diretriz.

Da incidência da boa-fé decorrem para as seguradoras, na relação com o segurado ou o beneficiário, a par do dever geral de colaboração, os mandamentos de lealdade, veracidade, informação, diligência e sigilo, o dever de não frustrar as legítimas expectativas do contratante e o de exata adstrição à finalidade econômico-social do contrato, entre outros. De mais a mais, a boa-fé atua como cânone hermenêutico-integrativo do contrato. Sendo firmado por adesão, o que é a prática freqüente, incide ainda o art. 423, introdutório, no Código de direito comum, da antiga regra da interpretação mais favorável ao aderente.

O segurado contrata com determinada seguradora, no mais das vezes, porque confia naquela empresa. Para além de um fator subjetivo, trata-se de uma confiança objetivada, porque essa decorre, normalmente, da imagem, no mercado, de determinada seguradora, sua solvabilidade, as garantias que apresenta etc. Portanto, já aqui se apresenta, pela conjugação entre a regra do art. 761 e o princípio do art. 422 – e independentemente de qualquer outra norma a respeito – o dever de a seguradora líder informar ao segurado, com toda a clareza, que as partes estarão concluindo contrato de seguro na modalidade de co-seguro, indicando, na apólice, o nome das demais co-seguradoras e as condições e limites em que o risco foi assumido por cada uma.

Acresce a estas normas a do art. 187 do novo Código, que modifica e aperfeiçoa, entre nós, o regime da ilicitude dos atos jurídicos, ao estatuir: “*Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”. Como já tive oportunidade de observar, a importância dessa norma está em que retira do suporte fático do abuso de direito a intenção de prejudicar, ocorrendo a ilicitude objetivamente pela só ultrapassagem dos limites consignados no mencionado artigo.

Surge então a relevantíssima questão de saber se, não observado o dever de informar ao segurado acerca da ocorrência de co-seguro, e havendo dano, deve ser reconhecida a solidariedade entre as empresas, mesmo quando não se configura o seguro marítimo versado no art. 668 do Código Comercial, uma vez que a ilicitude, somada à causação de dano, gera a solidariedade na responsabilização dos autores do ato danoso (art. 1.518 do vigente Código Civil e art. 924 do novo Código).

Ainda não se deteve a doutrina a examinar a regra do art. 761 do novo Código, e no que concerne à situação hoje vigorante, os escassos trabalhos publicados apresentam posições antinômicas. Pedro Alvim, por exemplo, alvitra a possibilidade de o segurado ter tratado apenas com a líder, dela recebendo a apólice, por ela mesma emitida. Em caso de litígio, ajuizará o segurado a ação apenas contra essa, cobrando-lhe a integralidade da prestação. “*Alguns juízes*”, alerta Alvim, “*acolhem o pedido, mudando desta forma a natureza jurídica de sua posição, fazendo com que responda pela obrigação das demais*”, tornando então solidária, e não mais divisível, a obrigação, hipótese que aparentemente Alvim rejeita ao

aludir à doutrina estrangeira que, como vimos, não admite a hipótese de solidariedade.

Vera Helena de Mello Franco, por sua vez, é taxativa: "*no co-seguro, as várias seguradoras participam dos mesmos riscos, respondendo solidariamente perante o segurado*". E Pontes de Miranda tem a mesma taxatividade, só que em sentido inverso: "*No cosseguro não há solidariedade dos seguradores. Cada um só assume a sua quota de risco ou de riscos. Não se pode pensar, por conseguinte, em direito de regresso. Sejam os cosseguros separados, sejam em contrato único de cosseguro, as assunções de riscos são independentes*".

A jurisprudência segue ora uma, ora outra posição, mas penso que a tendência, com a entrada em vigor do novo Código, deverá ser a de entender-se para estes casos o manto operativo do princípio da boa-fé, mormente quando o segurado contrata diretamente com apenas uma empresa – que seria a líder – não tendo conhecimento da existência de co-seguro ou não sendo adequadamente informado acerca das condições em que foi assumido o risco. A tutela da confiança como princípio reitor no contemporâneo Direito Obrigacional, somada à legítima atitude, em tema de seguro, de proteção estatal à posição do segurado, não permite outra conclusão, muito embora, ao assim se estabelecer, se esteja afastando ainda mais nosso "co-seguro anômalo" de suas matrizes históricas e do perfil que tem na experiência comparatista.

A essas considerações deve ser acrescentada a referência, no mesmo art. 187 do novo Código, ao "fim econômico-social", o que conduz, por sua vez, à menção do art. 421: "*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*".

Assim como ocorre com a função social da propriedade, a atribuição de uma função social ao contrato insere-se no movimento da funcionalização dos direitos subjetivos. Atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função. Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, porque concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.

A cláusula geral da função social pode conduzir, por exemplo, à nulificação de cláusulas que se mostrem abusivas ou que contrariem a objetiva finalidade econômica do co-seguro, que é, repita-se, a assunção conjunta, mas integral, do risco, por várias seguradoras. Há no art. 421 um valor operativo, regulador da disciplina contratual, que deve ser utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas, por igual, na integração e na concretização das normas contratuais particularmente consideradas. Em outras palavras, a concreção especificativa da norma, em vez de já estar pré-constituída, preposta pelo legislador, há de ser construída pelo julgador, a cada novo julgamento, cabendo relevantíssimo papel aos casos precedentes, que auxiliam a fixação da hipótese, e à doutrina, no apontar de exemplos.

Conquanto essas diretrizes do novo Código possam auxiliar a disciplina do co-seguro, muito podendo fazer a jurisprudência mediante a sua adequada e prudente concreção, o certo é que, se quisermos considerar o co-seguro em sua verdadeira natureza, tal qual aponta a experiência de outros países, a matéria estará a requerer ainda regulamentação específica – aí sim se procedendo à regulamentação da lei, e não à autônoma “regulação” – talvez aos moldes da Diretiva 78/473/CEE, da Norma 11/94-R do Instituto de Seguros de Portugal ou da “Cláusula Concordada de Coaseguro” espanhola, em sua recente redação, ou pelo estabelecimento de diretrizes destinadas especificamente aos diferentes setores ou áreas do seguro, atendendo as peculiaridades de cada qual.

Independentemente dessa necessária regulação, porém, é preciso considerar que os contratos de seguro tipificam, em regra, contratos de consumo. E, neste setor, o ordenamento brasileiro dá resposta, ao meu ver firme, à natureza dos deveres contraídos com o segurado ou o beneficiário, tendo o CDC, portanto, exponencial importância nas relações entre o “pólo segurador” e o “pólo segurado”.

B) Co-seguro e relação jurídica de consumo

Contratos de consumo são os que vinculam um consumidor a um profissional, fornecedor de bens ou serviços. A designação engloba todos os contratos, civis e mercantis, nos quais, por estar presente em um dos pólos da relação o que a lei define como “consumidor”, supõe-se a existên-

cia de um provável desequilíbrio entre as partes. Para saber quando se tipificam tais contratos é necessário, antes de mais, qualificar o que se entende, legalmente, por "consumidor".

Nos termos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, "*consumidor é toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto como destinatário final*" (art. 2º). A lei promove a extensão conceitual no parágrafo único do mesmo art. 2º, entendendo "equiparado" ao consumidor "*a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo*" e ainda mais ampliando a definição estipulativa no art. 29, em capítulo que trata das práticas comerciais, aí definindo: "*para os fins deste capítulo, e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas*".

Passados dez anos da entrada em vigor do CDC e já acomodados certos excessos doutrinários que marcaram o seu *début*, hoje é amplamente majoritária a chamada "corrente finalista" ou "teleológica", para a qual a posição de "destinatário final" que qualifica certo contratante como "consumidor" é a posição de quem é o "*destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica*". Não basta, afirma Cláudia Lima Marques, ser o destinatário fático do bem, como aspira a "corrente maximalista"; é necessário também ser o destinatário econômico.

Subjaz a essa concepção a idéia de vulnerabilidade do consumidor, que não é só econômica, é também técnica, jurídica e fática: a vulnerabilidade técnica diz respeito diretamente à informação efetiva e ao poder-dever de informação sobre o produto ou serviço detido pelo fornecedor, podendo, assim, o consumidor ser mais facilmente enganado, intencionalmente ou não, quanto às suas reais características. Já a vulnerabilidade jurídica, presumida no CDC para o consumidor não-profissional (devendo ser provada pelo consumidor profissional), diz respeito à falta de conhecimentos jurídicos específicos acerca das condições subjacentes às bases da contratação, tais como dados econômicos ou contábeis.

Ora, independentemente da existência, ou não, de vulnerabilidade econômica ou jurídica, o certo é que o pólo segurado estará sempre em posição de vulnerabilidade técnica perante o pólo segurador, fornecedor dos serviços de seguro. A vulnerabilidade configura presunção *iuris et de*

iure, assim vindo disposta no inciso I do art. 4º do CDC, pois está ancorada a Política Nacional das Relações de Consumo no “*reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo*”.

Assim, creio não poder ser afastada a incidência do CDC, sendo certo que as seguradoras qualificam-se como “fornecedoras” para os fins do art. 3º da normativa tutelar. O beneficiário, embora não seja “contratante”, é também destinatário final e, portanto, está também protegido pela tutela do CDC.

A par da responsabilidade pela carência ou deficiência na prestação de informações adequadas (art. 12); pela consagração legal do dever de informar com correção, clareza, precisão, ostensividade e em língua portuguesa (art. 31); da expressa incidência do princípio da boa-fé (art. 4º, inciso III, *in fine*); da ilicitude de submeter o consumidor inadimplente, por ocasião da cobrança de débitos, a procedimentos que o exponham ao ridículo ou a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça (art. 42); o segurado é beneficiado, expressamente, com a “*facilitação da defesa dos seus direitos*” (art. 6º, inciso VIII), o que de *per si* afastaria eventual pretensão de co-seguradora líder para que, havendo litígio, devesse o segurado acionar separadamente cada uma das co-seguradoras.

No caso do “co-seguro anômalo”, praticado entre nós, em que a cooperação empresarial é ajustada sem que o segurado tenha ciência do fato, ou seja, inadequadamente informado sobre as condições da contratação, incidirá, ainda, a norma do art. 46, pela qual “*os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance*”, o que ocorre quando a apólice sequer consigna a indicação das demais co-seguradoras.

Aqui se apresenta, com toda a força, o antes mencionado “paradoxo”: apesar de o setor de seguros constituir, na experiência jurídica brasileira, um dos que mais fortemente têm recebido a intervenção estatal, constata-se que o que se pratica não é o co-seguro, ajustando-se, sob o seu *nomen juris*, certas formas de colaboração inter-empresarial que as seguradoras “*adotam segundo a sua conveniência, mas sem qualquer restrição*”, como já observara Alvim. Nessa hipótese, pode-se pensar que a prática desenha formas aproximativamente consorciais de colaboração

empresária. Isso ocorrendo, é lícito aventar a formação de uma espécie de "consórcio" entre as empresas, caso que levará à aplicação da regra de solidariedade prevista no art. 28, parágrafo 3º do CDC e, quando for o caso, à desconsideração da personalidade jurídica por abuso de direito.

Conclusão

Da conjugação entre a prática, de um lado, e as regras legais, principalmente, as do Código de Defesa do Consumidor, que afastam o "co-seguro à brasileira" de seus congêneres no Direito Comparado, exposto resulta com clareza a necessidade de ser qualificado adequadamente o instituto, tal como aparece na prática brasileira. Qualificar é compreender, para bem dimensionar não só a incidência dos princípios e regras como a sua extensão. Toda a imensa valia do Direito Comparado restará perigosamente desviada se a doutrina brasileira promover mera e acrítica transposição de conceitos que estão, por ora, distantes do nosso "direito vivente".

Será, contudo, o Direito Comparado instrumento de inestimável auxílio para promover a já apontada e urgente disciplina ao setor do co-seguro, possibilitando à experiência prática amoldar-se aos cânones jurídicos que desenham o perfil do instituto como um contrato único de colaboração empresária, voltado à finalidade econômico-social que lhe unanimemente é reconhecida. Esta é a inadiável tarefa a ser cometida aos órgãos do "Sistema do Seguro", que deverão considerar – implementando no espaço regulamentar que lhes concerne – a diretriz da solidariedade social, de tão fundas raízes no Direito dos Seguros.

Porém, para tanto, dever-se-á levar em conta – e assim também os juízes, ao decidirem os casos – não apenas os princípios e regras do novo Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, mas, fundamentalmente, a idéia de "comunidade de interesses, esforços e fins" que subjaz e comanda o inteiro instituto do seguro, polarizando-a no interesse comum dos segurados, inconfundível com cada interesse isoladamente considerado.

Só assim, penso eu, poder-se-á, nesse espaço, fazer ouvir a voz da diretriz constitucional da solidariedade social, de tão fundas raízes no Direito dos Seguros.

Tatiana Druck

A Professora Judith é incrível. Apesar de ser uma jurista de projeção nacional e internacional, como todos nós sabemos, insiste humildemente em se dizer debutante no assunto securitário, quando na verdade ela é, como sempre, uma mestra de todos nós.

Judith Martins-Costa

Preciso esclarecer esse elogio. A Tatiana é minha orientanda no mestrado, faz parte dos deveres do mestrando!

Tatiana Druck

Contra fatos não há argumentos. Ela demonstrou isso em suas preciosas lições. Eu devo lhe dar a notícia de que o direito securitário não dispensa a sua participação e contribuição intensa.

Infelizmente não poderemos abrir ao público as perguntas, embora tenha recebido duas por escrito e tentarei integrá-las numa só. Esta pergunta é do Dr. Maurício Silveira para o Professor Dr. Muñoz Paredes: “A caracterização ou não da solidariedade depende da anuência do tomador do co-seguro? Como se materializaria essa anuência?”

José Maria Muñoz Paredes

Começo pelo final. Como se manifesta a anuência do tomador. Há duas possibilidades. Esses contratos de co-seguro são, digamos, contratos de riscos diferenciados. Não são contratos que podem ser celebrados no mesmo dia em que se faz a solicitação ou a proposta. Expõe-se o risco a uma determinada seguradora, pelas mais diversas razões, seja porque a empresa proponente já está acostumada a trabalhar com essa seguradora, seja porque é de sua confiança, seja porque ninguém mais quer assumir o risco. A seguradora, após estudá-lo, decide co-segurar. Ao aceitar o risco, ao comunicar que vai subscrever esse seguro, já demonstra ao proponente que irá co-segurá-lo com outras companhias seguradoras. Na prática européia, o que se faz é enviar um fax para as demais companhias e, na prática bra-

sileira, pelo que vi no Convênio da Fenaseg, envia-se um fax no qual se descreve brevemente o risco e no qual se pergunta se quer participar e com que quantia participa. Então, o proponente, quando recebe a aceitação por parte da líder, já sabe que irá fazer seguro com diversas companhias. Normalmente, salvo em casos excepcionais, não põe nenhuma trava aos nomes sugeridos pela líder, que são escolhidos normalmente por razões de solvência ou de reciprocidade. E o proponente as aceita. A segunda possibilidade é de que o interessado se dirija a um corretor de seguros e seja este, diretamente, que, ao ver que não há nenhuma companhia que sozinho aceite o risco, decide dividir o seguro e elaborar o quadro de co-seguradoras, informando disto o interessado. Isso se dá, diria, em muitos casos. Há muitos co-seguros intermediados por corretores, pois, sendo contratos normalmente relacionados com riscos muito grandes, costuma-se fazer primeiro um plano de gerenciamento de riscos, no qual participa alguma corretora. Ou seja, o interessado está muito bem assessorado, às vezes, melhor assessorado que a própria seguradora. Por isso, no regime espanhol, é muito difícil qualificar o co-seguro como um contrato de consumo. Muitas vezes, o tomador é maior que a seguradora.

Quando o co-seguro é feito pelo corretor, ele irá apresentar a seu cliente a relação de seguradoras e, se há alguma divergência, modificações serão feitas e, enfim, será emitida a apólice.

Com relação à solidariedade, temos que fazer uma distinção. Por exemplo, se considerarmos o co-seguro como solidário, o contratante ou segurado consente esse pacto. Pois bem. Conheço na prática européia um único caso, na Suíça, ocorrido em 1903, em que se pactuou um co-seguro solidário. Foi para fazer frente a roubos durante o transporte de algumas mercadorias. O co-seguro viveu por dois anos. Esse é o único caso que conheço de solidariedade. Pode ocorrer que o desconhecimento do contratante ou segurado influa no contrato, não que haja solidariedade, não que possamos exigir de cada companhia o total da prestação, senão que possamos exigir da líder, e somente dela, o total da prestação. Em que casos? Por exemplo, se a líder houver inventado um quadro, dizendo que era um co-seguro, mas, na verdade, não contou com o consentimento das demais. Emitiu a apólice atuando sem representação, *ultra vires*. Nesse caso, quem atua sem poder, responderia não contratual, mas extra-contratualmente pela obrigação. Mas isso não é responsabilidade solidária. Também pode

ocorrer o caso de que a companhia líder não tenha feito constar em algum documento de que se trata de um co-seguro. Na Espanha, tem um caso muito recente, precisamente com um cartão bancário: foi dado a um segurado, usuário do cartão de crédito, um certificado em que não se especificou que era um co-seguro. Aparecia somente a apólice emitida por uma das companhias. Claro, aqui, se este é o único documento que tem o segurado e nele aparece apenas uma seguradora, temos que proteger essa aparência e não podemos exigir que o segurado reclame a indenização junto a desconhecidas. O segurado poderá agir contra a líder e ela deverá responder pelo todo, pois a seguradora faltou com o dever de informação frente ao segurado. Outro caso em que pode surgir solidariedade se dá quando não houver sido especificada qual a participação das distintas seguradoras no montante segurado. Ou seja, existe um quadro, mas não se especifica a participação de cada companhia.

No direito espanhol se diz que, seguindo a regra tradicional romana, as cotas são divididas de maneira igual. É sabido que nas obrigações mercantis está sendo imposta a solidariedade. A jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol tem aplicado essa regra em vários casos similares. É previsível que, se um desses casos chegar ao nosso alto Tribunal, as empresas serão condenadas solidariamente por não haverem especificado as cotas. Isso é tudo, se for necessário algum esclarecimento mais, estou à disposição.

Tatiana Druck

Gostaria, então, de saber se o Professor Donaldo Armelin ou o Professor Luiz Guilherme Marinoni têm alguma pergunta para fazer aos palestrantes.

Donaldo Armelin

Eu gostaria de saber se essa representação que está prevista no Artigo 761, do novo Código, implica em uma substituição processual, ou seja, se a decisão judicial que envolver empresa líder geraria coisa julgada material em relação às demais co-seguradoras.

Judith Martins Costa

Não sou processualista. embora o Ministro Athos Gusmão Carneiro tenha sido meu professor de processo... Quando o Código diz "para todos os efeitos", a opinião, que inclusive, se não me engano, é do Professor Comparato, está apontando para o sentido da representação processual. Essa regra, devo esclarecer, a regra do Artigo 761, nasceu de uma sugestão do Professor Fábio Comparato, apresentada no final dos anos 60, início dos anos 70, ao Professor Miguel Reale. Nesse aspecto ele fez uma longa sugestão, praticamente todo o capítulo de seguro – infelizmente não foi totalmente aproveitada a sugestão do Professor Comparato, mas, esta é a regra, estritamente *ipsis literis*, do que ele propôs. Ele chega, se eu não me engano, a alcançar esse efeito.

Donaldo Armelin

Minha pergunta tem um fundamento. A Lei nº 6.404/96 também está sendo modificada ao prever os consórcios societários para a representação do líder. Essa matéria continua sendo extremamente discutida. Gostaria de saber se envolve a responsabilidade de todos os componentes do consórcio, quem tem que figurar no feito e assim por diante.

Judith Martins-Costa

No trabalho escrito entregue ao IBDS reproduzi o comentário e lhe darei agora a interpretação autêntica da regra. "*Com representantes necessários aos demais, em juízo, ou fora dele*", diz o Professor Comparato, na interpretação autêntica do legislador. A representação em juízo se dá pela seguradora líder.

Donaldo Armelin

Essa interpretação tem um conceito um pouco vago, que pode implicar na necessidade ou no surgimento de um litisconsórcio unitário do pólo passivo, que é de certa forma anômalo no processo civil. Enfim, obrigado pelo esclarecimento.

José Maria Muñoz Paredes

Eu compartilho da interpretação desse preceito do novo Código Civil – para todos os efeitos – e creio que devemos entender que inclusive para efeito judicial. Não nos equivoquemos: o fato de haver representação não quer dizer, senão o contrário, que em juízo somente a seguradora líder, enquanto representante, estará presente, mas também estará presente, indiretamente, todo o quadro de participantes do co-seguro. Portanto, a demanda, se houver representação, não poderá ser dirigida somente à líder por toda a indenização. Não se poderá exigir tudo da líder, mas apenas sua própria cota e as cotas das demais, representadas por ela. Ela deve responder em nome próprio na demanda e em nome alheio pelas demais, porque senão nos encontraremos em uma situação em que o juiz, ao condenar, somente poderá condenar quem tiver sido parte. E a líder só poderá ser condenada pela parte que lhe cabe da indenização. O juiz não poderá condenar a líder pelo todo. A única consequência que tem a representação processual é que, em juízo, atuará somente uma companhia. Isto já deu muitos problemas na França. Há um artigo magnífico que diz que seria muito bom se, ao invés de se condenar o cliente, se condenasse o procurador.

Ernesto Tzirulnik

Em primeiro lugar, quero registrar o orgulho e a surpresa que tivemos com as duas brilhantes palestras proferidas pelo Prof. Muñoz Paredes e pela Professora Judith-Martins Costa. O Prof. Muñoz Paredes mostrou que além do seu domínio sobre o tema, aliás internacionalmente reconhecido, também estudou o direito brasileiro para preparar sua palestra. Já quanto a nossa surpreendente Professora Judith, agradeço e parablenizo por haver produzido o que sinceramente considero a mais lúcida e compreensiva abordagem do co-seguro já feita por um jurista brasileiro, revelando que estávamos certos ao pensar que o debate sobre o Direito do Seguro não pode ficar restrito aos ditos especialistas, requerendo a urgente convocação dos juristas “de outras áreas”. O IBDS e todos nós somos seus devedores.

A questão colocada pelo Prof. Donaldo é própria de sua perspicácia de exímio advogado que milita com a qualidade de quem tem domínio

crítico sobre o processo civil brasileiro. O problema por ele colocado me parece sério e desafiador. Na prática, o risco de se condenar a líder ao todo poderá ser positivo, isto é, para o co-seguro anômalo ou aparente – como prefiro chamá-lo –, mas também poderá ser negativo, quando estivermos diante de um legítimo co-seguro, aquele conhecido pelo segurado, essencial para a solidez do negócio. O que lamento é antever que muitos juízes, com certa razão técnico-processual, acabarão admitindo a denunciação dos co-seguradores à lide e, então, o segurado será soado com múltiplos opositores. Não sei qual é, exatamente, a interpretação autêntica, pois o esclarecimento do Prof. Fábio Comparato trazido pela Professora Judith não é claro e, ainda que fosse, a palavra tornada lei cai no domínio da exegese e molda-se pela experiência e formação dos que exercem a interpretação.

O ideal seria que o co-seguro fosse mais detalhadamente regulado, como propõe a Professora Judith e, se possível, com normas de ordem processual civil que garantam a correspondência entre o direito material e o que lhe compõe e assegura na vida judiciária. As palestras do Dr. Paredes e da Professora Judith apontam no mesmo sentido, pese haver uma aparente divergência que se explica pelo fato de o primeiro cuidar de uma experiência mais consolidada, a européia, e a segunda haver sido encarregada de tratar a respeito de uma certa falta de cuidado nos momentos da formação e da escrituração do contrato e de uma certa licenciosidade nas operações securitárias que prejudicam a idéia de co-seguro. Sabemos todos nós que há co-seguros que são co-seguros legítimos, em que o segurado sabe que existe desde o princípio, teve um corretor que o assistiu e, até mesmo, definiu quem seriam os co-seguradores. Sabemos também que há situações em que os segurados só tomam conhecimento de que existiria co-seguro quando recebem a apólice, pois quem atuou como intermediário foi o gerente do banco fazendo as vezes da corretora omissa, enfim, quando ele recebe a apólice com nomes de co-seguradores, claro nas hipóteses em que a apólice se presta a adverti-lo, o que é raro. Noutras vezes, descobre só quando ocorre o sinistro e uma das co-seguradoras, por exemplo, foi liquidada ou diverge das demais a respeito da cobertura.

A conclusão a que chegamos é que a confusão tem de terminar. Regras claras e práticas sadias se impõem, sob pena de nossos seguradores acabarem vendo o impasse até mesmo dos mais legítimos co-seguros. No meio jurídico e na prática judiciária, a tendência, a permanecer o atual

estado de coisas, é inexorável a afirmação de solidariedade ou a simples sublimação de existências distintas, quero dizer de co-seguro verdadeiro e co-seguro aparente.

Ninguém neste auditório ignora que há “mesas de co-seguro”, espécie de empresas de captação de negócios para terceiros, que há seguradoras líderes que, na realidade, não são nada mais nada menos que intermediárias entre os proponentes (segurados) e outras congêneres. Retêm um átomo e repassam moléculas de risco mediante o pagamento de comissões. Só o segurado não participa da festa.

Há uma certa licenciosidade no mercado com relação ao co-seguro. Até mesmo se criam, como pseudo-legislador, estatutos a respeito da matéria que, na realidade, só vingam enquanto reinar a ignorância. Refiro-me especialmente ao Convênio FENASEG. No entanto, a sociedade e, especialmente, os operadores do direito, vão se dando conta de como são as operações de seguro, penetrando nessa “caixa preta”, tornando isso a que nos dedicamos socialmente mais importante.

Vivemos um momento complicado e penso que aquilo que é anomalia ou aparência pode contaminar aquilo que é legítimo. É necessário, como reclamou a Professora Judith, no final da sua apresentação, haver uma ação urgente sob pena da omissão de trazer prejuízos ao sistema segurador. Mas uma ação disciplinadora e moralizadora das autoridades governamentais incumbidas de regular a matéria. Na realidade, embora estejamos às portas de um novo Código Civil, o Brasil precisa urgente de uma boa Lei de Seguro.

Marcos Sollero

Dêem-me dois minutos que “vou chutar o pau da barraca”. Não me chamo Francisco Fontana e nem me chamo Ernesto Tzirulnik, de modo que vou subir ao púlpito e pegar o microfone ao invés de ficar gritando. A questão é: Dr. Muñoz Paredes, o senhor está de parabéns, não existe co-seguro anômalo! Dra. Judith Martins-Costa, desculpe-me, e também me desculpe o Dr. Paulo Piza, mas falar sobre “co-seguro anômalo” é falar sobre algo que não existe.

Vamos ver diretamente: O que existe é resseguro disfarçado. Isso é resseguro como disse bem o Dr. Muñoz Paredes. É esse o ponto e não

adianta a Professora pedir às autoridades brasileiras que regulem uma matéria que já está mais do que regulada. O que nós temos que ver é um dado histórico: em um determinado momento, as seguradoras decidiram “vamos terminar com o monopólio do IRB” e inventaram o co-seguro como se tem hoje, sobre o qual a Professora está falando. É isso que objetivamente acontece.

Se é o que temos objetivamente – e que não se pode negar o “vamos terminar o monopólio” – o que existe é o resseguro. O Ernesto usou um eufemismo: “mesas de co-seguro”. Não. Isso é “mesa de resseguro” mesmo. O Superior Tribunal de Justiça está certo. Por que o Superior Tribunal de Justiça está certo, apesar de toda a doutrina sobre o co-seguro ser em linha diferente? É porque não é co-seguro, é resseguro. A seguradora que aparece como “líder” é, na verdade, a resseguradora. As outras seguradoras são resseguradoras. Então, o que se precisa é dar o nome real aos fatos que se resolve tudo e não precisamos ter discussões doutrinárias. Desculpem-me.

Judith Martins-Costa

Vou lhe responder. Não vou entrar na discussão se é resseguro ou não é, ou se também não seria um resseguro anômalo. Se “fosse”, não “seria”. Porque se fosse não seria! A sua intervenção me fez parecer mais fortificada a necessidade de ser regulamentado, porque se chamado co-seguro o que não é, que pode ter qualquer outro nome, mas que não é o verdadeiro co-seguro, como disse o Dr. Ernesto, é o co-seguro verdadeiro que será prejudicado. Serão a ele cometidas ou reenviadas regras como as do Código do Consumidor etc., que só provocam a confusão do setor.

Marcos Sollero

Assino embaixo do que a Professora falou. Prejudicados somos nós, consumidores. O mais importante é que são as próprias seguradoras que estão pactuando com isso. A SUSEP está pactuando com isso, a FUNENSEG e a FENASEG estão pactuando com isso. O IRB também está pactuando porque não tem coragem ou interesse em falar. Então, o que nós temos de verdade é uma ... Bom, nem vou falar a palavra que me veio à cabeça.

Ernesto Tzirulnik

Se te conheço bem, Marcos, a palavra não era “baderna”, mas seria mais própria do que “resseguro”.

Tatiana Druck

É duro termos que encerrar diante de tantas inquietações, mas precisamos fazer rapidamente a entrega das homenagens aos palestrantes e passar, ato contínuo, ao *coffee-break*. Em nome do IBDS, agradeço a todos.

A PROVA INDICIÁRIA DA FRAUDE

DONALDO ARMELIN¹

Athos Gusmão Carneiro

Estão presentes, entre nós, o Professor Luiz Guilherme Marinoni, autor de muitos e interessantíssimos estudos em temas de medida de urgência e antecipação de tutela, o Professor Donaldo Armelin, nosso colega de IBDS, mestre consagrado em processo civil, atuando nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, autor de notáveis estudos versando processo civil, principalmente sobre tutela cautelar, e o Professor Celso Azevedo, ilustre advogado com escritório em Londres, brasileiro para orgulho nosso.

Tenho a satisfação de passar a palavra ao eminente Professor Dr. Donaldo Armelin.

Donaldo Armelin

Conversando com o Professor Marinoni, verificamos que nossa participação a respeito desse tema atinente à “prova indiciária da fraude” deveria ser feito de modo diferenciado.

¹ Conselheiro do IBDS, advogado em São Paulo, Doutor em Direito Processual Civil e professor nos cursos de graduação e pós-graduação na PUC-SP.

A mim incumbiu um tratamento genérico da matéria, ao passo que aos Drs. Marinoni e Celso Azevedo coube o tratamento de aspectos particulares.

Dr. Ayrton Pimentel, ilustre presidente desta mesa, meu prezado amigo e ilustre processualista Ministro Athos Gusmão Carneiro, Dr. Ernesto Tzirulnik, fraterno amigo e Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Seguro, Professor José Maria Muñoz Paredes, brilhante conferencista, meus amigos, Luiz Guilherme Marinoni, com quem tive o prazer de conviver há dez anos na PUC, Dr. Celso Azevedo.

O tema de hoje é bastante restrito para quem trabalha com processo, embora possa parecer extraordinariamente vasto. Na verdade, o que se cogita aqui é verificar no ambiente, no mundo da prova, se a prova indiciária tem eficácia suficiente para permitir que decisões judiciais calcadas exclusivamente nesse tipo de prova possam gerar soluções absolutamente imutáveis, unguidas pela característica da imutabilidade pan-processual inerente à coisa julgada material.

A abordagem do tema exige a premissa indispensável de uma visita aos aspectos da prova e, inclusive, da fraude. O que se pensa aqui é a prova indiciária a respeito da fraude, especificamente, da fraude em relação ao seguro.

Evidentemente que sempre que a tutela jurisdicional repousar em fatos controvertidos, será indispensável que o juiz se convença da veracidade desses fatos.

Essa verdade é fundamental para que um dos valores máximos do direito, que é a justiça, seja atendido mediante uma prestação jurisdicional calcada em fatos, não apenas em digressões a respeito da incidência ou da abrangência de uma norma jurídica.

Evidentemente, as provas podem produzir graus diferenciados de convencimento do juiz a respeito desses fatos. Provas de mera plausibilidade, provas de verossimilhança, provas de certeza, estas sim são indispensáveis para a formação da coisa julgada material, que é um apanágio do processo de conhecimento.

O problema da prova indiciária surgiu, de certa forma, em razão de uma omissão do Código de Processo Civil, quando o legislador deixou de reproduzir, no seu contexto, norma que existia no art. 252 do Código de Processo Civil de 1939. Essa norma expressamente determinava e permitia, em matérias de fraude, dolo e má-fé, a utilização dos indícios e circunstâncias para

a formação do convencimento do juiz. Mais adiante, o art. 253 desse Código pretérito determinou a forma e a maneira pelas quais os indícios e circunstâncias deveriam ser auferidos pelo juiz para que se chegasse a uma posição de certeza dos fatos, especificamente em se tratando de fraude, má-fé e dolo.

Atualmente, o art. 332 do Código de Processo Civil em vigor autoriza a utilização de todos os meios de prova legalmente admissíveis e também aqueles moralmente legítimos. Assim, o posicionamento – a respeito da necessidade de se incluir também uma norma específica autorizadora de que a fraude, principalmente, viesse a ser comprovada através da prova indiciária – não tem mais razão de ser.

A amplitude da prova não está garantida apenas nesse dispositivo do art. 332, como também, e, principalmente, por uma norma, por uma garantia constante do art. 5º, LV, da nossa Constituição. Mesmo que o art. 332 encerrasse *numerus clausus*, teríamos, evidentemente, uma inconstitucionalidade, muito bem lembrada no plano do direito tedesco, porque não haveria como a lei ordinária restringir o tipo, o modo e a forma da prova, tampouco o número dos meios de prova.

Em se tratando de meios de prova, nós temos de trabalhar uma polissêmia. Ou seja, a prova tem significados diferentes.

João de Castro Mendes, um dos maiores monografistas a respeito da matéria, diz que a prova pode ser vista de três maneiras diferenciadas: prova como meio, prova como resultado e prova como conjunto de todas aquelas que constam no processo.

Abordando a temática da prova sobre o prisma do meio de prova, verificaremos que, segundo conhecida lição de Carnelutti, essas provas classificam-se em históricas e críticas. As históricas dizem respeito ao próprio *fato probando*, as críticas, por sua vez, reportam-se a fatos que, através de uma ilação, uma indução ou de uma dedução, levam ao *fato probando*. É a *suma divisio* em matéria de provas.

As denominadas provas críticas são aquelas que contemplam os indícios e presunções. Também é necessário escandir as duas categorias, pois autores especialistas em matéria de prova, como é o caso de Carlos Lessona, entendem que indícios e presunções são a mesma coisa. Teríamos, então, essa prova indiciária envolvendo situações praticamente idênticas, mas não há, efetivamente, uma sinonímia entre indícios e presunções. Essa parte eu deixo para o Professor Marinoni trabalhar, já que ele escre-

veu páginas extraordinárias a respeito da distinção, da conceituação e da função das presunções.

Ficaremos, portanto, com a abordagem dos indícios, já que eles estão vinculados à prova indiciária.

O que são indícios? Na linguagem comum, indício é sinal, é vestígio, significa, pelo menos, uma prova degradada. É comum verificarmos nos inquéritos policiais afirmativas do delegado de polícia de que existem indícios, mas não provas ainda. Na linguagem comum, portanto, pensa-se que o indício é uma prova de baixa categoria, mas tal fato não é exclusividade da linguagem comum. Santis Melendo diz que o indício é uma prova semi-plena, ou seja, uma prova insusceptível, inábil para gerar coisa julgada material, porque insuficiente para proporcionar a certeza indispensável a esse fenômeno jurídico.

Ainda há mais, posto encontrar-se no art. 239 do Código de Processo Penal uma definição de indícios. Os indícios seriam circunstâncias que, uma vez provadas, através da indução, levariam à conclusão da existência de outras circunstâncias.

Imaginem vocês, o indício virou circunstância! Então, nós temos que separar o que é indício do que é circunstância. Indício é fato, circunstâncias são peculiaridades desse mesmo fato. Sendo o indício um fato, cabe indagar: o indício será um meio de prova?

Meio de prova, segundo Jaime Guasp, é todo elemento hábil a gerar convencimento a respeito de fatos relevantes para o processo. O indício, sendo fato, não pode ser meio de prova, ao contrário, o indício é objeto da prova. Na doutrina tedesca nós encontramos a posição de Leo Rosenberg dizendo exatamente isso. O indício é objeto da prova, ou seja, o indício é um fato que merece e deve ser comprovado.

Da comprovação do indício se extrai mediante indução, ou, como quer parte da doutrina, mediante dedução, uma consequência importante para a prova dos autos. Consequência importante que vai corresponder exatamente à certeza ou verossimilhança, conforme o caso, da existência do fato principal em relação ao qual o indício é um fato secundário.

Trabalhamos sempre com essas duas características. Há necessidade de um fato provado e há necessidade de que se extraia, por meio de um argumento, de um raciocínio lógico jurídico, uma consequência que gere a ocorrência do fato que é importante para a prova. Fatos importan-

tes para a prova são aqueles que se encaixam na causa de pedir da ação, ou da exceção apresentada pelo réu. Daí a importância de se pensar em um indício e, ao lado do indício, em uma figura semelhante, que também é trabalhada na doutrina tedesca, a chamada prova *prima facie*.

Prova *prima facie* corresponde à certeza da existência de um fato como consequência normal e corrente da existência de um outro fato. Tipo clássico de prova de *prima facie* é a que resulta ou provoca, por exemplo, uma presunção conhecida de todos, qual seja, a responsabilidade do motorista que, guiando seu carro, se choca com a traseira do veículo da frente. Nesse caso não há nem necessidade de visualizar-se indícios ou circunstâncias, basta a ocorrência do fato para se inferir, à míngua de prova em contrário, que a responsabilidade deste motorista está concretizada e permite, portanto, que ele seja condenado por uma decisão que transite em julgado.

Existindo, pois, esse problema entre indícios e prova *prima facie*, deve-se distinguir que – enquanto da prova *prima facie* o resultado decorre de uma presunção *omnis* praticamente inquestionada –, no que toca aos indícios, estes serão tanto mais eficazes quanto mais as circunstâncias que os cercam gerarem, por indução, a presença do *fato probando*, este sim, relevante para a solução da causa.

Não ingressarei, repito, na matéria referente às presunções, mas posso afirmar desde logo que as presunções também têm conceito controvertido quanto a sua natureza de meio de prova ou não. Barbosa Moreira sustenta que as presunções não são meio de prova, mas sim raciocínios que permitem chegar a uma conclusão, ao convencimento do juiz.

As presunções não agregam nenhum elemento aos autos, delas se extrai um convencimento insuficiente, conforme o caso, para o julgamento da causa.

Essas presunções, obviamente, terão muito mais tónus de convencimento quanto mais estiverem de acordo com aquilo que normalmente ocorre. As presunções podem resultar, até no caso de certeza quase absoluta, de normas físicas, de regras técnicas e até do estado da arte. Tudo isso pode levar a uma conclusão favorável, ao reconhecimento dos fatos.

Qual o interesse, afinal de contas, da abordagem dos indícios, das presunções e de prova *prima facie* se não tivermos uma conotação com a prova da fraude? Aqui se impende a uma revisita: o que é tido como fraude? No Código Civil atual, não no que vai vigor, não há uma definição pre-

cisa a não ser em alguns aspectos pontuais. A fraude decorre da própria violação da lei, a fraude contra credores, a fraude à execução, entre outras. Na verdade, é uma distinção fundamental. Uma coisa é agir contra a lei, outra, diferentemente, é agir em fraude à lei.

Os romanos, no *Digesto*, já o previam. Ministro Orozimbo Nonato demonstrou exatamente a diferença que existe entre fraude à lei e lesão direta à lei. A fraude à lei caracteriza-se pela sua proteiformidade, pela sua multifaciedade, pela sua aptidão para se esconder nos descaminhos e nas desdobras da lei, gerando uma situação aparentemente jurídica, mas com uma finalidade manifestamente ilícita.

Uma das melhores definições que se pode encontrar a respeito da fraude, especificamente, da fraude à lei, é do professor francês J. Vidal ao afirmar que a fraude é a forma pela qual um sujeito de direito consegue furtar-se dos efeitos de uma regra cogente, mediante o emprego eficaz e adequado de meios que tornam esse resultado inatacável no terreno do direito positivo.

Realmente, enquanto estive na judicatura, presenciei episódios aos quais, caso não houvesse recurso aos princípios gerais de direito, não haveria como coibir uma fraude extremamente bem articulada.

Peço licença para reportar-me a um caso concreto, julgado na minha Câmara – Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo –, do qual fui relator e que corria entre dois únicos sócios de uma sociedade anônima, cada um com 50% do capital social. Sempre que eles convocavam uma assembléia, o faziam de comum acordo, não havia publicação de editais. Até que um deles, solertemente, publicou os editais e não comunicou a outra parte. A assembléia se realizou, o sócio presente subscreveu o aumento de capital e passou a controlar a sociedade anônima. Este sócio agiu extremamente dentro das normas da Lei nº 6.404 – publicou edital, conforme determina a lei, compareceu isoladamente, subscreveu à minguia de direito de preferência do outro sócio e se tornou majoritário. Como, só com base no texto legal, se poderia obviar um resultado desse tipo, manifestamente fraudulento?

É necessário, nessas hipóteses, recorrer aos princípios, tendo válido o princípio que proíbe o *venire contra factum proprium*, com o qual se pôde coibir essa fraude manifesta, mas perfeitamente engendrada segundo o direito positivo.

Este aspecto proteiforme da fraude exige que ela seja combatida em todos os quadrantes do direito, com todos os meios possíveis e imagi-

nários. Até porque um dos princípios fundamentais do direito é o combate à fraude e o prestígio à boa-fé. Não poderíamos, realmente, deixar de utilizar-nos de meios de prova ou de provas perfeitamente admissíveis pelo sistema para coibir esta mesma fraude.

É interessante notar que existem certos campos da atividade humana que propiciam uma *vis* atrativa em relação à fraude. Se analisarmos bem, a Fazenda Pública é vítima de inúmeras formas de fraude e, curiosamente, a atividade securitária também é.

Parece que não existe uma censura maior em lesar as companhias de seguro, como se elas fossem simplesmente entidades que haurissem seus proventos do espaço. A fraude contra o seguro, que é hoje uma atividade de relevante importância na economia e na sociedade, afeta diretamente uma atividade humana importante e decisiva para o progresso social. Exatamente por isso, desde o Código Comercial de 1850, nos arts. 677, 700 e 701, já se previa e se coibia a prática da fraude. Mais tarde, no Código Civil de 1917, sobrevieram os arts. 1443 e 1444, impondo uma boa-fé específica no contrato de seguro, vedando o recebimento do seguro e impondo a perda do prêmio àquele que contratar o seguro mediante falsas declarações.

Mais do que isso, entendendo insuficiente a tutela civil, o Código Penal também coibiu a fraude contra o seguro, no art. 171. V, perante o qual a fraude contra o seguro ocorre, interessantemente, só após a contratação.

Na verdade, as fraudes, embora não seja eu *expert* na matéria, devem acontecer, também, de forma intensa, na contratação do seguro. Reporto-me a um outro caso que acabou gerando jurisprudência, pelo menos no Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em que houve uma fraude realmente muito bem engendrada, ou seja, uma pessoa contratou seguro de vida sobre a vida de um indigente, nomeando-se beneficiário do mesmo seguro. Curiosamente, o indigente acabou falecendo quinze ou vinte dias após a contratação, uma morte um tanto nebulosa, que se dizia como sendo um homicídio. Evidentemente, houve a cobrança desse seguro. Descobriu-se que essa contratação estava tarjada de fraude, atinente à ilegitimidade do interesse garantido, não permitindo, assim, que houvesse proveito de uma conduta tão fraudulenta quanto esta que se apresentou ao Judiciário.

Portanto, o problema de utilização da prova indiciária, que neste caso concreto foi adotada para coibir este tipo de fraude, não pode ser ali-

jado da atividade do seguro, das ações que versem seguro. Na verdade, em relação a elas, como em relação a qualquer outro tipo de fraude – disse seguro porque estamos em um congresso de direito do seguro –, não há nenhum fundamento jurídico que justifique o impedimento, a diminuição ou a restrição da eficácia probante da chamada prova indiciária. A prova de um fato secundário pode e deve gerar o reconhecimento de um fato primário. Problemas poderiam surgir pelo fato de a prova reportar-se a fatos alegados. Os indícios nem sempre são alegados pelas partes, eles emergem do processo, mas, mesmo assim, essa emersão posterior à alegação das partes deve permitir ao juiz, que tem plena liberdade de valorar as provas, que ele atue e extraia dos indícios, das presunções e de outros meios e raciocínios que possam levar à certeza da pretensão veiculada no processo.

Prova indiciária e prova mediante presunções não são nem superiores e nem inferiores no seu tónus probante em relação a qualquer outro tipo de prova. Não temos, salvo exceções legais, no caso inexistentes, nenhuma norma que gradue a eficácia ou o poder probante das provas. Por isso mesmo, as provas indiciárias, no meu entendimento, têm pleno acesso em matéria de seguro ou qualquer outro tipo de ação que verse fraude.

Fraude, no caso, não é apenas um tipo específico de forma de lesar a lei sob o pálio da própria lei, mas todo tipo de lesão à lei que se faz sob a cobertura do seu texto e, às vezes, contra esse mesmo texto.

São essas as considerações que rapidamente eu tive o prazer de trazer aqui para os senhores. Lembraria agora, curiosamente, a expressão de um grande frasista, que faleceu há pouco tempo, Roberto Campos. Ele disse certa vez, com propriedade, que as palestras devem ser como os maiôs femininos, ou seja, suficientemente amplas para cobrir o necessário e adequadamente curtas para serem interessantes. Espero tê-los agradado.

Muito obrigado.

Ayrton Pimentel

Agradecemos ao Dr. Armelin pela brilhante exposição e imediatamente passamos a palavra ao Dr. Luiz Guilherme Marinoni, remetendo os debates para o final.

SIMULAÇÃO E PROVA

LUIZ GUILHERME MARINONI¹

Luiz Guilherme Marinoni

Introdução

É corrente, em nossos dias, a idéia de que o processo civil deve permitir a efetiva realização do direito material, ou deste último ser um instrumento.

Salienta-se, desse modo, a importância do resultado do processo e mede-se a sua utilidade a partir da verificação da sua correspondência com os desejos do direito material.

O processo, nesta linha, pode ser visto como uma tecnologia, ou como uma conjugação de técnicas que devem possibilitar a outorga das vantagens que são prometidas ao cidadão pelas regras de direito substancial.

Analisando-se o direito substancial e as tutelas que devem ser prestadas pelo processo para que este não seja desprestigiado, fica muito fácil constatar quais são as técnicas de tutela, ou as técnicas processuais que devem estar presentes na legislação processual.

1. Titular de Direito Processual Civil dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da UFPR. Mestre e Doutor em Direito. Pós-Doutorado na Universidade de Milão. Ex-Procurador da República. Advogado em Curitiba.

Tais técnicas são apenas os instrumentos processuais que necessariamente devem estar insculpidos nas normas para que o processo civil seja efetivo. Estes instrumentos visam possibilitar a construção de um processo realmente útil, por exemplo, os diferentes tipos de procedimento, as técnicas de antecipação, as espécies de sentença e os diversos meios de execução.

Em outras palavras, quando alude-se à tutela antecipada, presente no art. 273 do Código de Processo Civil, ou às sentenças mandamental e executiva, postas no art. 461 do mesmo Código, fala-se simplesmente das técnicas que servem para a prestação das tutelas do direito material.

O legislador processual, portanto, ao editar os novos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil, nada mais fez do que colocar à disposição dos operadores jurídicos instrumentos processuais atualmente indispensáveis para a adequada tutela das novas situações jurídicas².

E assim o fez em razão de que a Constituição da República, no seu art. 5º, XXXV, conferiu a todos o direito a uma resposta jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva³, obrigando o legislador do processo a instituir instrumentos processuais que permitam a todos obter uma tutela realmente de acordo com as promessas do direito substancial⁴.

Nesta perspectiva de análise, em que fica evidenciada a necessidade de técnicas processuais que tornem realmente possível a realização do direito

2. Luiz Guilherme Marinoni, *Novas linhas do processo civil*, São Paulo, Malheiros, 2000, 4ª ed., p. 37 e ss; Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, 2ª ed., p. 31 e ss.

3. "Os estudos modernos de direito processual focalizam com grande intensidade o tema da efetividade da tutela jurisdicional, num combate aberto ao conformismo judicial perante decisões não cumpridas ou mal cumpridas. Postulam-se reforçados poderes ao juiz e seu severo empenho, **para que aquilo que no processo se faz seja efetivamente traduzido em tutela ao litigante que tiver direito a ela.** Foi assim que, de mero técnico encarregado de explicar ou burlar formas, **o processualista moderno transformou-se num verdadeiro crítico da dinâmica dos direitos. A vida dos direitos no processo é o objeto de seus estudos e de suas propostas**" (Cândido Rangel Dinamarco, *Nasce um novo processo civil*, in *Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 304).

4. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Manual do processo de conhecimento*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 42 e ss.

material, não só merece análise a projeção de instrumentos que viabilizem uma tutela jurisdicional tempestiva (tutela antecipatória⁵) e preventiva (tutela inibitória⁶), como também a adequada análise do tema da prova⁷, sabido que, tratando-se de matéria de fato, de nada adianta alegar sem convencer o julgador.

Não obstante, costuma vigorar a regra de que o autor deve provar o fato constitutivo do seu direito e o réu os fatos impeditivo, modificativo ou extintivo, pouco importando a situação de direito substancial que é oferecida ao conhecimento do juiz, ou pouco importando a extrema dificuldade, ou até mesmo a impossibilidade prática que aquele, a quem a norma de direito substancial outorga um direito, possui para demonstrá-lo em juízo.

Neste sentido, se acaso realmente desejar-se um processo que seja efetivamente capaz de garantir o ordenamento jurídico, é de se considerar as situações em que praticamente não é possível demonstrar um direito, trabalhando-se, então, com técnicas processuais que permitam a inversão do ônus da prova ou a denominada prova indiciária⁸.

A efetividade do processo e a efetividade do ordenamento jurídico

O ordenamento jurídico, e por consequência o direito substancial, somente tem efetividade quando há um processo civil realmente efetivo.

Se não existem instrumentos processuais efetivos, o direito substancial, nos casos em que é lesado ou ameaçado de lesão, simplesmente é des-

5. Luiz Guilherme Marinoni, *A antecipação da tutela*, São Paulo, Malheiros, 2000, 6ª ed; Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, 4ª ed.

6. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, 2ª ed; Sérgio Cruz Arenhart, *A tutela inibitória da vida privada*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

7. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, v. 5, tomo 1; Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, v. 5, tomo 2.

8. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 5, tomo 1, p. 134 e ss.

considerado, não passando as normas que outorgam direitos de regras meramente proclamadoras de um direito completamente vazio de conteúdo, e que, assim, somente podem ter uma função meramente mistificadora.

O direito de afirmar a simulação

O Código Civil, a partir do seu art. 102, consagra o direito à alegação da simulação.

Para que o direito à alegação da simulação seja realidade, confere-se ao jurisdicionado o direito constitucional de bater às portas do Poder Judiciário, ou seja, o direito de acesso à justiça. Mas isto só não basta.

Sabe-se que a simulação somente adquire relevância quando demonstrada, vale dizer, quando provada. E a prova da simulação é uma das questões mais intrigantes do direito probatório. Contudo, a simulação não pode perder o seu significado e o Código Civil ser desconsiderado, apenas em razão de que a sua prova é muito difícil de ser feita.

Imaginar que a simulação não tem relevância jurídica apenas porque a sua prova é difícil, é o mesmo que afirmar que todos estão livres para praticá-la, quando a simulação não passaria de mera proclamação de direito do inocente lesado⁹.

Se o direito do prejudicado pela simulação não pode ser desconsiderado, e se o sistema jurídico não pode deixar de combatê-la, não há outra alternativa a não ser pensar em uma técnica processual, no campo da prova, que esteja adequada a proteger aqueles por ela prejudicados.

A dificuldade do lesado provar a simulação e a necessidade de o juiz poder trabalhar com a presunção

O art. 102 do Código Civil afirma que há simulação, nos atos jurídicos em geral, quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas a quem realmente se conferem, ou transmitem (inc. I); quando contiverem declaração, confissão, condição, ou cláusula não

9. Luiz Guilherme Marinoni, **Parecer** (Fraude – Configuração – Prova – Desconsideração da personalidade jurídica), Revista dos Tribunais, v. 783, p. 137 e ss.

verdadeira (inc. II); e quando os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados (inc. III).

Tendo ciência da dificuldade da prova da simulação, o art. 404, I, do Código de Processo Civil, afirma expressamente que "é lícito à parte inocente provar com testemunhas, nos contratos simulados, a divergência entre a vontade real e a vontade declarada".

Esta norma deseja deixar clara a possibilidade do uso da prova testemunhal em face de qualquer contrato simulado, pouco importando o valor do contrato, bem como o contido no art. 401 deste mesmo Código, no sentido de que não é de admitir-se a prova exclusivamente testemunhal nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados¹⁰.

Porém, não é suficiente proclamar que a simulação pode ser demonstrada por meio de testemunhas. Em regra, somente é possível demonstrar que alguém desejou algo, e declarou coisa diversa, por meio da prova de fatos indiciários, que são fatos que circundam ao redor da alegação da simulação.

Admitindo-se a alegação de tais fatos e por conseqüência a sua prova, isto é, a prova indiciária, o magistrado forma um juízo acerca da alegação da simulação partindo da constatação da prova do fato indiciário.

Para formar este juízo o magistrado raciocina por meio da presunção judicial. A presunção judicial, portanto, é uma maneira através da qual o juiz raciocina, formando o seu convencimento¹¹. A presunção¹² não é um

10. Ver Luiz Guilherme Marinoni, Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 270/443). Na internet: www.cartamaior.com.br – art. 404.

11. Carnelutti dizia que a presunção é o resultado do raciocínio do juiz (Francesco Carnelutti, *La prova civile*, Roma, Edizione Dell'Ateneo, 1947, p. 235). Contudo, parece mais adequado pensar que o resultado do raciocínio do juiz é o **juízo**, ao passo que a presunção indica apenas uma maneira de raciocinar: o dito **raciocínio presuntivo**.

12. Sobre o tema da presunção, ver, na doutrina estrangeira, Hernando Devis Echandía, *Teoria general de la prueba judicial*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavaglia Editor, 1981; Gerhard Walter, *Libre apreciación de la prueba*, Bogotá, Themis, 1985, p. 229 e ss; Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1994, p. 484 e ss; Luigi Montesano, *Le 'prove atipiche' nelle 'presunzioni' e negli argomenti del giudice civile*, *Rivista di diritto processuale*, 1980; Elena Maria Catalano,

fato, nem muito menos um meio de prova assim como a prova testemunhal ou a prova pericial.

Presunção, indício e prova indiciária: distinções

Com efeito, é preciso frisar a distinção entre presunção – que muitos pensam ser uma modalidade de prova –, indício e prova indiciária.

A presunção é um processo mental¹³, uma forma de raciocinar, por meio da qual o juiz parte da prova de um fato indiciário, isto é, da prova indiciária, para, por dedução, chegar a uma conclusão sobre o fato principal¹⁴.

A presunção, portanto, não pode ser confundida com o fato indiciário, que somente poderia ser comparado com o fato principal. É que o indício é, como o fato principal, um mero fato.

O indício não é prova; a prova indiciária, como qualquer tipo de prova, recai sobre uma afirmação de fato. A particularidade da prova indiciária está nela recair em um fato que é indiciário, isto é, em um indício.

Prova indiziaria, probabilistic, evidence e modelli matematici di valutazione, Rivista di diritto processuale, 1996; Michele Taruffo, Presunzioni, inversioni, prova del fatto, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1992; Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, Lezioni sul processo civile, Bologna, Il Mulino, 1985, 2ª ed., p. 652 e ss; Fleming James Jr., Geoffrey Hazard Jr. e John Leubsdorf, Civil procedure, Boston, Little, Brown and Company, 1992, 4ª ed., p. 346 e ss. No direito brasileiro, ver José Carlos Barbosa Moreira, As presunções e a prova, Temas de direito processual, 1ª série, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 55 e ss; Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, Comentários ao Código de Processo Civil, v. 5, tomo 1, cit., p. 134 e ss; João Batista Lopes, A prova no direito processual civil, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 59 e ss.

13. Ver José Carlos Barbosa Moreira, As presunções e a prova, Temas de direito processual, 1ª série, cit., p. 57.

14. “Verificando o legislador ou o magistrado que a prova de certo fato é muito difícil ou especialmente sacrificante, poderá servir-se da idéia de presunção para montar um raciocínio capaz de conduzi-lo à conclusão da ocorrência do fato, pela verificação do contexto em que normalmente incidiria aquele fato. Este poderoso instrumento, como se observa, é importante aliado do processo para a prova de fatos de difícil verificação ou de incerta ocorrência (como os fatos futuros, no caso de ações inibitórias)” (Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, Comentários ao Código de Processo Civil, cit., v. 5, tomo 1, p. 135).

A distinção entre prova e juízo

Outra questão importante, para o nosso discurso, é o da diferença entre prova e juízo¹⁵.

Embora esta distinção seja quase original, não é possível ignorar a sua importância, principalmente, quando o próprio Código de Processo Civil fala em prova e em juízo, aparentando estar fazendo referência a situações inconciliáveis (por exemplo, o art. 273 diz que para a concessão da tutela antecipatória deve estar presente "prova inequívoca" que seja capaz de formar um "juízo de verossimilhança").

Ora, o juízo é formado a partir do raciocínio do juiz, que recai sobre a afirmação do fato, a prova produzida, e as peculiaridades da situação do caso concreto (por exemplo, a dificuldade de se demonstrar a alegação e sua credibilidade, dentro das regras de experiência do magistrado [art. 335, CPC]).

Pode haver juízo suficiente para que seja proferida uma sentença de procedência, pouco importando se a prova na qual o julgador se baseia é direta ou indiciária. O que é preciso verificar é se o indício, a prova indiciária e a presunção permitem ou não um juízo de procedência. É apenas desta forma que é possível tutelar o direito do autor protegendo-se, igualmente, a posição de réu.

A admissão da presunção e os critérios para um adequado controle do juízo do julgador

Como o raciocínio judicial fundado na presunção deve ser admitido para que o direito substancial não seja negado pelo processo, e como

15. Referindo-se ao juízo do magistrado, assim ensinava o ilustre Devis Echandía: "El juez debe valorar o apreciar esas pruebas, de acuerdo com las reglas de la sana crítica, para saber cuál es la fuerza de convicción que contienen y si gracias a ella puede formar su convicción sobre los hechos que interesan al proceso; pero ese acto del juez no es probatorio, sino decisorio, puesto que se trata de adoptar la decisión que sea procedente." (Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, p. 416).

deve haver uma forma de controle sobre o juízo do julgador, evitando-se a arbitrariedade e garantindo-se o réu, não há, conforme dito, como não distinguir juízo e a prova em que o juiz se baseia para a sua formação.

É interessante perceber que o fato indiciário não precisa ser alegado, já que ele é um fato destinado a demonstrar o fato essencial. Esse, sim, necessariamente deve ser alegado pelo autor, já que representa a própria causa de pedir.

Para que a presunção possa ser utilizada, é necessário, em primeiro lugar, verificar se o fato que se pretende demonstrar por meio da prova indiciária é um fato pertinente e relevante para a definição do mérito.

O fato indiciário é pertinente quando tem relação direta com o fato essencial, ao passo que será ele relevante quando, uma vez demonstrado, for efetivamente capaz de evidenciar o fato essencial e assim influir no julgamento.

Caso verifique-se que o fato essencial não é uma consequência do fato indiciário, ou melhor, que de nada adianta provar o fato indiciário já que dele não decorre o fato essencial, o juiz deve indeferir a produção da prova indiciária.

Se o fato essencial pode decorrer do fato indiciário, mas também pode decorrer de um outro fato, a prova deve ser realizada, já que a demonstração do fato pode colaborar, quando somada a outras provas para formar o juízo do magistrado. Neste último caso, avulta a importância da motivação para a explicação do juízo; note-se que o juízo precisa ser explicado, e isto é feito por meio da fundamentação ou da motivação das decisões judiciais.

Além disso, quando o fato indiciário exigir o que se chama de “prova especial” para a sua validade, nenhuma outra prova pode ser admitida. Neste sentido, pode ser lembrada a regra do art. 366 do Código de Processo Civil, a qual afirma que “quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta”.

Por outro lado, verificando-se que a demonstração do fato indiciário não foi suficiente, não é possível estabelecer um raciocínio adequado, por meio de presunção, para concluir pela existência do fato essencial; o raciocínio judicial, neste caso, será falho por tomar como premissa um fato que não foi efetivamente demonstrado.

É necessário, ainda, que a prova do fato indiciário permita que o juiz conclua, por meio da presunção, sobre a totalidade do fato essencial, a menos que várias provas sejam somadas para que o magistrado forme o seu convencimento pela procedência do pedido.

Já foi lembrado que de nada adianta a prova do fato indiciário quando este não tem relação com o fato essencial. Quando o fato indiciário, uma vez demonstrado, pode auxiliar para demonstrar o fato essencial, mas também pode apontar para outro fato, a prova indiciária pode ser somada a outra prova para formar um juízo de procedência.

Verificando-se que o fato essencial apenas pode decorrer, mas não necessariamente, do indício que se pretende provar, não há que se indeferir a produção da prova indiciária. Mas ela não é suficiente, por si só, para formar um juízo de procedência, devendo, para tanto, ser somada a outra prova¹⁶.

É preciso que fique claro, entretanto, que não é absolutamente necessária a soma de várias provas indiciárias para a formação do juízo de procedência; uma única prova indiciária, dependendo do caso concreto, pode ser suficiente para formar a convicção do juiz a respeito da procedência do pedido.

Como está claro, é necessário que seja valorada a credibilidade das presunções e a racionalidade do juízo. Somente assim é possível a tutela efetiva dos direitos e a proteção da posição de réu.

16 "The first question can be rephrased in terms of the symbols we have already used. If from *A* there is a presumption of *B*, and *A* is shown, what must the opponent do to escape a compulsory finding of *B*? The answer is that the opponent must introduce evidence that will justify a finding of non-*B*. This requirement has, to use Maguire's terms, both an extensive and intensive aspect. To satisfy the extensive aspect, the evidence must cover the whole of *B*. Thus, a presumption of the negligence on the part of the charterers of a vessel turned over to them in good condition but sinking while in their control is not met by a showing of care during part of the time it was in their control. Such evidence is not enough to lift the burden of production. To satisfy the intensive aspect of the requirement, the evidence must satisfy the qualitative tests of sufficiency of the evidence to show non-*B*" (Fleming James Jr., Geoffrey Hazard Jr. e John Leubsdorf, *Civil procedure*, cit., p. 349).

Conclusão

Espera-se que este discurso tenha contribuído para o estudo da prova indiciária e ressaltado que ela é imprescindível para a efetiva tutela de uma série de situações de direito substancial.

Não admitir a prova indiciária é simplesmente negar o direito constitucional de acesso à justiça àqueles que não podem demonstrar os seus direitos pela prova direta.

Agradeço novamente o convite que recebi da coordenação deste evento, a oportunidade de encontrar velhos e bons amigos e a atenção que me foi dispensada.

Muito obrigado.

Athos Gusmão Carneiro

Muito obrigado, professor, pela excelente exposição. Com a palavra, agora, o Dr. Celso de Azevedo.

**A PROVA INDICIÁRIA DA FRAUDE
NO DIREITO DO SEGURO.
A FRAUDE NO SEGURO MARÍTIMO
E NO COMÉRCIO ELETRÔNICO.
*COMMON LAW***

“Uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim”.

(“Que eu não seja enganado e defraudado por você e pela minha confiança em você”)

[Cícero, 45-44 a.c., Livro III, Capítulo XVII, §70]

*CELSO DE AZEVEDO*¹

1. A PROVA INDICIÁRIA DA FRAUDE NO DIREITO CIVIL INGLÊS

A idéia de que a fraude deve ser sujeita à prova em todos os casos e a definição do significado da fraude foram salientados pelo Lorde Herchell (em *Derry v. Peek*, 1889, 14 App. Cas. 337), quando disse: “Primeiro, a fim de suportar uma ação baseada em engano (*deceit*) deve haver a

1. Graduado em Direito pela Universidade de Londres, habilitado como solicitor e barrister.

Além disso, em termos de ética profissional, o advogado inglês não pode redigir nenhuma peça processual ou outro documento que contenha uma alegação de fraude, a não ser que ele tenha instruções claras do seu cliente para que faça essa alegação, devendo o advogado estar de posse de provas razoavelmente dignas de credibilidade e que, à primeira vista, estabeleçam a prova de verossimilhança da existência de fraude (The Law Society's Code for Advocacy, par. 6.6 (c) e o Code of Conduct for the Bar of England and Wales par. 704 (c)).

2. PROVA DA FRAUDE NO SEGURO MARÍTIMO

2.1 Tipos de Fraudes Marítimas

A Câmara Internacional do Comércio (ICC) no seu "Guia de Prevenção contra a Fraude Marítima (1980)" enuncia: "Uma transação comercial internacional envolve várias partes – comprador, vendedor, armador, fretador, capitão e tripulação, segurador, banco, agente ou *broker*. A fraude marítima ocorre quando uma dessas partes tem sucesso, sem justificativa e ilicitamente, em obter vantagem financeira ou mercadorias de outra parte (...)".

Exemplos de fraudes marítimas são a emissão de documentos falsificados relativos a mercadorias ou ao navio que transporta as mercadorias, a ocorrência de ocultação ou declaração falsa de fatos importantes, a substituição de mercadorias de alta qualidade por outras de baixa qualidade (e vice-versa), o carregamento ou descarregamento em menor quantidade de mercadorias, o pedido fraudulento de concordata, o naufrágio fraudulento a fim de receber seguro exagerado sobre o casco ou o naufrágio inexistente, ou valor exagerado da carga substituída por mercadorias sem valor, o envio de mercadorias em navio que não existe, o roubo de carga pelos estivadores, o desvio de navios para a venda fraudulenta da carga, os pedidos ilegais de frete adicional, o pedido de suborno para armazenagem preferencial, a emissão de cartas promissórias de indenização para obtenção de conhecimentos de embarque "limpos", a assinatura de conhecimentos de embarque em branco ou a emissão de dois conhecimentos de embarque, o roubo de carga, a barataria, o uso fraudulento de telex ou máquina de fac-símile de uma empresa de boa reputação a fim de influen-

ciar a aceitação da assinatura de um contrato, a falsificação de recibos de armazenagem ou de trabalho de estiva do navio, a abertura de empresa fantasma a fim de influenciar a aceitação da assinatura de contratos fraudulentos, a divisão fraudulenta de pagamento de pilotagem (Peter Kapoor, 'Definition and classification of marine fraud', Feb LMCLQ, 1993).

Outros casos típicos de fraude no seguro marítimo: conhecimentos de embarque pré-datados ou pós-datados, mercadorias mal descritas, porto de carregamento incorretamente descrito, porto de transferência de carga ocultado.

Grandes esquemas de fraude incluem cargas ou navios inexistentes, comprovados por documentação de exportação forjada a fim de enganar bancos internacionais para que paguem elevados valores por cargas inexistentes.

Em geral, as categorias de fraude marítima estão relacionadas à fraude de documentos, cartas de afretamento, naufrágio fraudulento e roubo de cargas.

As estatísticas divulgadas não são confiáveis, para evitar a ocorrência de escândalos, bem como em razão da cultura do sigilo.

Naufrágios dolosos também são ocorrências relativamente usuais como um tipo de fraude marítima. O naufrágio doloso, ocorrido em 1980, do navio petroleiro de grande capacidade batizado "Salem", registrado na Libéria, é um dos maiores exemplos da operação de criminosos que fraudam o seguro em tentativa de desfalcar valor de mais de US\$120 milhões. A tripulação, da Tunísia, e o comandante grego carregaram, no Kwait, 220 mil toneladas de petróleo para entrega na Itália, porém, antes de passar pelo Cabo da Boa Esperança, a carga foi vendida e descarregada, fraudulentamente, em Durban, África do Sul. A tripulação aproveitou o boicote contra o regime do *apartheid* daquele país para vender fraudulentamente o petróleo aos sul-africanos. Além disso, para não deixar pistas, o comandante e a tripulação naufragaram dolosamente o navio perto da costa do Senegal, que tem profundidade de mais de 1000 metros. Toda a tripulação e o capitão do navio foram resgatados. O armador e o dono da carga fizeram pedidos de indenização de seguro do casco e da carga. Porém, após a investigação, a fraude foi descoberta.

Outros indícios da presença do dolo em naufrágios são (i) a cumplicidade entre os membros da tripulação e autoridades portuárias e/ou

cumplicidade com armadores a fim de garantir o resgate e (ii) o desvio do trajeto do navio para garantir que o naufrágio ocorra em águas de grande profundidade para não haver provas do crime.

Nesse sentido, é importante a total cooperação do profissional do seguro com as autoridades criminais, pois a ameaça de sentenças de encarceramento, juntamente com o poder de investigação amplo das autoridades criminais, constituem elementos imprescindíveis para a descoberta da fraude.

2.2 A fraude no Seguro Marítimo e a obrigação da mais estrita boa-fé

O ônus da prova da fraude incide sobre a parte que alega (e.g. *Davies v. National Fire and Marine*, 1891, A.C. 485).

O pedido fraudulento de indenização foi sujeito a uma definição abrangente de que consiste num pedido feito quando o segurado sabe não ter sofrido nenhuma perda ou cuja base é uma prova falsificada, claramente fraudulenta (*Piermay Shipping Co. S.A. and Brandt's Ltd. v. Chester*, (C.A.), 1979, 2 L.L.Rep. 22).

Não obstante, o pedido fraudulento de indenização de seguro deve ser feito com intenção de fraudar o segurador mediante recebimento de indenização que o segurado sabe não ser devida, ou é um pedido de indenização feito "imprudently, sem cuidado para que seja verdadeiro ou falso, mas apenas com intenção de que o pedido seja bem sucedido" (*Visconde Sumner, Lek v. Matthews*, 1927, 29 L.L. Rep. 141).

Com relação ao tipo de intenção necessária por parte do segurado, a Lei de Seguro Marítimo de 1906 (*Marine Insurance Act 1906*) estabelece no artigo 55 (2) que o segurador não será obrigado a pagar por qualquer prejuízo que seja atribuível à conduta dolosa intencional (*wilful misconduct*) do segurado. A conduta dolosa intencional foi definida como sendo mais do que mera negligência, mas seria suficiente demonstrar a negligência grave (*gross negligence*) ou a falta de cautela grave ou a indiferença imprudente (*reckless indifference*) por parte do segurado, com relação às conseqüências de suas ações, sendo que o segurado reconhecia que sua conduta era dolosa (*Lancaster v. Blackwell Colliery Co. Ltd.*, 1919, 89 L.J.K.B. 611). Por conseguinte, será mais fácil provar a conduta dolosa in-

tencional do que a fraude, embora as ocasiões em que conduta dolosa intencional pode ser alegada são mais restritas (por exemplo, quando o segurado pratica ou tem conviência com o ato de destruição deliberada do bem segurado).

Há necessidade do emprego de conceitos como “conduta dolosa intencional” e “obrigação de mais estrita boa-fé” porque o conceito da fraude no direito inglês é tratado de forma singular, devido à gravidade de tal alegação contra a reputação de uma pessoa ou entidade de negócios no mundo comercial, que se baseia em confiança. Assim, o direito inglês requer um maior grau de certeza e especificidade de prova, desde o momento inicial, daquele que alega a fraude.

O conceito da obrigação de mais estrita boa-fé no contrato de seguro serve como proteção, especialmente para o segurador, contra fraude do segurado ou do seu agente a respeito do contrato de seguro. Esse conceito permite que a vítima da fraude rescinda o contrato de seguro sempre que uma declaração falsa relevante ou omissão de notificação de circunstâncias relevantes possa ser atribuída ao autor da fraude (*Britton v. Royal Insurance Co.*, 1986, 4 F.&F. 905).

A Lei de Seguro Marítimo de 1906 (*The Marine Insurance Act 1906*) não possui definição de “fraude” ou “pedido fraudulento de indenização de seguro”, ou “intenção fraudulenta”. Ao invés, essa legislação estabelece, no artigo 17, que “o contrato de seguro marítimo é um contrato baseado na obrigação de estrita boa-fé, e caso a estrita boa-fé não seja observada por qualquer uma das partes, o contrato poderá se rescindido pela outra parte.” (*Carter v. Boehm*, 1766, 3 Burr. 1905).

O artigo 20 estabelece que as declarações feitas devem ser verdadeiras e, caso sejam falsas, o segurador pode rescindir o contrato. O artigo 18 estabelece a obrigação do segurado de notificar todos os fatos relevantes. Além disso, com relação ao agente ou corretor, o artigo 19 estabelece, que o agente tem a obrigação de notificar todas as circunstâncias que são de seu conhecimento ou que lhes foram comunicadas pelo segurado.

O artigo 20 (2), referindo-se às declarações relevantes, e o artigo 18 (2), às circunstâncias relevantes, estabelecem que uma declaração ou circunstância é relevante quando quer que ela “possa influir na decisão de um segurador prudente em sua determinação da taxa do prêmio, ou na aceitação do risco”.

A falta de notificação de um fato ou de circunstâncias comprovadamente relevantes, mesmo sem o reconhecimento dessa relevância por parte do segurado, ou mesmo a declaração falsa sendo inocente por parte do declarante, ainda assim constituirá uma quebra da obrigação estrita de boa-fé, dando ao segurador o direito à rescisão do contrato de seguro (Carter v. Boehm, 1766, 3 Burr. 1905). Não obstante, a relevância ainda deve ser provada, tendo em vista os provimentos dos artigos 18, 19 e 20 da Lei de Seguro Marítimo de 1906 (*The Marine Insurance Act 1906*).

O conceito de relevância não implica que a circunstância ou o fato necessariamente tiveram um efeito conclusivo sobre o processo de decisão do segurador prudente (*prudent insurer*), na aceitação ou rejeição do risco por uma certa taxa de prêmio. A relevância é provada quando o conhecimento do fato ou circunstância produz um efeito real na mente do segurador prudente, na sua avaliação do risco, mas somente se essa omissão de notificação foi suficiente para influenciar a aceitação do contrato (Casa dos Lordes, Pan Atlantic Insurance Co. Ltd v. Pine Top Insurance Co. Ltd., 1995, 1 A.C. 501). Com relação à condição de que a aceitação do contrato tenha sido influenciada pela falsa representação ou omissão, há uma presunção de um efeito causativo (*presumption of a causative effect*) devido à existência da fraude (Lorde Mustill, em Pan Atlantic).

Não obstante, essa presunção não produz a reversão da obrigação da prova sobre o segurador de que a omissão de notificação ou declaração falsa por parte do segurado tenha influenciado a aceitação do contrato (St. Paul Fire and Marine Co. (UK) Ltd v. McConnell Dowell Constructors Ltd, 1995, 2 Lloyd's Rep 116 (CA)). Essa presunção é apenas uma presunção qualificada (*qualified presumption*) de influência na aceitação do contrato de seguro, mediante a prova da sua relevância. Isso é verdade, especialmente, com relação a casos em que a relevância da declaração falsa ou omissão de notificação é feita de forma obviamente calculada para influenciar a aceitação do contrato dando razão a uma presunção de fato (*presumption of fact*), não de direito, cuja influência também está provada (Lorde Jessel MR, Redgrave v. Hurd, 1881, 20 Ch D 1 (CA), e também em Halsbury's Laws of England (4th ed). Vol 31, par. 1067").

Além disso, para uma declaração falsa ser fraudulenta, não é requerida a desonestidade como conceituada no direito criminal inglês. Caso a declaração falsa tenha sido feita com conhecimento e intenção de que

o destinatário confiasse nela, a fraude está provada mesmo que o autor da declaração falsa tivesse considerado que a declaração falsa era irrelevante ou sem importância (*Standard Chartered Bank v. Pakistan National Shipping Corp (No.2)*, 2000, 1 Lloyd's Rep 218).

Não obstante, houve muita crítica sobre a doutrina de “omissão de notificação” (*non-disclosure*) (*Law Commission's Report No. 104*, Cmnd. 8064, 1980), por ser indevidamente severa para o segurado e desnecessariamente favorável ao segurador. Mesmo uma omissão inocente de notificação de um fato ou circunstância relevante, sem nenhuma intenção dolosa de esconder ou enganar, e com falta de conhecimento da sua relevância, resulta na rescisão de contrato de seguro. Ao contrário, nos Estados Unidos, a maioria das competentes jurisdições dos diferentes estados rejeita, com relação a riscos não marítimos, essa severa regra do direito anglo-saxão inglês de notificação de todos os riscos, e somente o encobrimento doloso de fatos relevantes resulta na rescisão do contrato de seguro de riscos não marítimos. Mesmo no Reino Unido, um enfoque menos severo também foi proposto a respeito de riscos que não são marítimos pela “Declaração da Prática do Seguro” (*Statements of Insurance Practice*) publicada pela Associação de Seguradoras Britânicas.

3. A FRAUDE DO SEGURO E O COMÉRCIO ELETRÔNICO

3.1 A Fraude e o Comércio Eletrônico

Em 1999, o “Relatório da Corporação Internacional de Pesquisa sobre Dados” estimou que o rendimento global recebido através do comércio eletrônico por meio da *internet* excederia US\$1.1 trilhão ao final do ano 2002. Embora haja, durante os últimos 12 meses, uma contínua crise no setor de telecomunicações e uma resultante estagnação nos investimentos no comércio eletrônico, o comércio eletrônico, ante esperada recuperação econômica, uma vez mais voltará a ser a fronteira a ser explorada e desenvolvida no mundo de negócios. No final do ano 2000, o Serviço de Crime Comercial da Câmara Internacional de Comércio (*ICC's Commercial Crime Services*) relatou um crescimento muito grande em fraude baseada no comércio eletrônico, no momento tomando dois terços dos números de casos de fraude investigados anualmente pela Unidade de Crime

Cibernético da Câmara Internacional de Comércio (*ICC news*, 21 de dezembro de 2000).

A prova da aceitação e da assinatura de contratos por meios de comunicação de longa distância já tem sido reconhecida pelo direito inglês desde o século 19 (por exemplo, por meio de telégrafo em *Harvey v Facey*, 1893, AC 552). A assinatura de contratos (inclusive contratos de seguro) pela *internet* é agora reconhecida pela legislação da maioria dos países centrais (por exemplo, o *Electronic Communications Act 2000* implementando *Part II, Electronic Directive (99/93/EC)*).

Fraude realizada na *internet* é normalmente provada por declarações de testemunhas e análise de documentos. O conceito do que constitui um "documento" é definido genericamente pelas Regras do Código de Processo Civil Inglês (*CPR*), no artigo 31.4, como "qualquer coisa na qual informação de qualquer tipo é registrada". Além disso, o *Civil Evidence Act 1995*, arts. 8º e 9º, reconhece como prova judicial o arquivamento eletrônico e a reprodução de documentos.

Isso, contudo, não impede definitivamente o surgimento de dificuldades na autenticação dos documentos eletrônicos.

O "Código Britânico de Prática. DISC PD0008:1999, para o Reconhecimento Judicial da Informação Compilada em Sistemas de Gerenciamento Eletrônicos" embora não garanta com força de lei o reconhecimento judicial de documentos eletrônicos, ao menos, estabelece procedimentos a fim de aumentar a probabilidade de que documentos eletrônicos sejam judicialmente reconhecidos como documentos autênticos.

No Reino Unido, o artigo 7º da Lei de Comunicações Eletrônicas, *Electronic Communications Act*, estabelece que "(1) Em qualquer processo judicial – (a) a assinatura por meio eletrônico incorporada e logicamente associada a uma comunicação eletrônica específica ou a dados eletrônicos específicos, e (b) a certidão por qualquer indivíduo de tal assinatura, serão ambos reconhecidos judicialmente como prova de qualquer questão sobre a autenticidade dessa comunicação ou desses dados ou sobre a integridade dessa comunicação ou desses dados".

De modo semelhante, nos Estados Unidos, no segundo semestre de 2000, foi ratificado o *Electronic Signatures and Global and National Commerce Act, E-sign*, colocando em vigor o reconhecimento judicial de assinaturas por meios eletrônicos.

Ainda há muito a ser feito para garantir completamente o reconhecimento judicial de todos os documentos eletrônicos gerados na *internet*, dando a esses documentos o mesmo efeito judicial de qualquer outra documentação. Por exemplo, há sugestões para a modificação de regras da *UCP 500* e da *Carriage of Goods By Sea Act 1992*, (S. 1(5)), para que a emissão eletrônica de conhecimentos de embarque dentro da *internet* seja considerada como se fosse conhecimento de embarque comum. Isso também reconheceria esses documentos judicialmente como tendo as mesmas características de todos os instrumentos de negociação válidos, reconhecidos pelo artigo 5º (2) da *Carriage of Goods By Sea Act 1992*, na transferência de direitos e obrigações.

A *E-sing* dos Estados Unidos e a Diretiva sobre Assinaturas Eletrônicas da União Européia não estabelecem o reconhecimento judicial automático dos efeitos jurídicos de documentos eletrônicos como se esses fossem iguais aos seus equivalentes em formato de papel. Adicionalmente, a legislação que estabelece o reconhecimento judicial de documentos eletrônicos não se refere à prevenção da realização da fraude na *internet* (por exemplo, *UNCITRAL – Model Law on Electronic Commerce 1996*).

3.2 O Gerenciamento de Risco

Os “sistemas de terceiros de confiança” (*Trusted Third Party Systems*), por exemplo (www.eoriginal.com), foram criados a fim de garantir a segurança de transações na *internet*, como uma medida de prevenção contra a fraude. Os sistemas de terceiros de confiança têm como objetivo proteger o recibo e o registro de documentos eletrônicos, assim como a identificação das partes integrantes dentro de um meio de comunicação seguro com o uso de criptografia e de páginas da *internet* com um acesso restrito. Não obstante, essas medidas nem sempre impedem que *hackers* quebrem a segurança desses sistemas como já ocorreu diversas vezes no passado (por exemplo, os *hackers* entraram nas páginas de acesso restrito na *internet* pertencentes ao Departamento de Justiça dos Estados Unidos).

Sistemas eletrônicos de transferência e registro de documentos – por exemplo, de reconhecimento de embarque marítimo, utilizado no sistema “Bolero”, e também outro sistema chamado “Eseadoc” – são sistemas de registro eletrônicos na *internet* que ainda estão em processo de de-

envolvimento. Porém, esses sistemas, no futuro, contribuirão para a prevenção de fraudes e para a autenticação das contas e ações de indivíduos e empresas, por meio do uso de sistemas de comprovação implementada por terceiros.

Uma nova legislação-modelo, que modificará a Lei de criminalidade de uso ilícito de computadores, *computer hacking*, está sendo considerada atualmente pela Comissão Legislativa do Reino Unido. Não obstante, a invasão ilícita de computadores já é conduta criminosa de acordo com a Lei de Uso Ilícito de Computadores de 1990 (*Computer Misuse Act 1990*). Essas inovações modificarão o policiamento e a prova indiciária da fraude na *internet*.

Outros sistemas de base de tecnologia de ponta também afetarão o policiamento e o gerenciamento de riscos de fraude contra o seguro. Sistemas de satélites de navegação e localização de navios e cargas integrados à *internet*, inevitavelmente, fornecerão a transportadores e armadores uma capacidade de localização instantânea da movimentação da carga. Isso também estabelecerá um registro de fiscalização contínuo e de alta precisão e confiança, tornando mais simples para seguradores e transportadores de carga efetuarem a prova da fraude em casos de pedidos fraudulentos de indenização. Não obstante, sempre haverá uma análise de custo e benefício a ser realizada no futuro.

Apesar das incertezas decorrentes desse novo meio de comunicação, o uso de documentos de faturamento de contas por meio de documentos eletrônicos na *internet* está se tornando cada vez mais freqüente (por exemplo, www.originals.online.com, no comércio e exportação de grãos).

Nada obstante, a prevenção contra a fraude necessita da permanente vigilância e expectativa do inesperado. Nas palavras do Lorde Harwicke, expressas há mais de 200 anos:

"Com relação às medidas contra a fraude, regras inflexíveis não podem ser decretadas. A fraude é infinita, e caso as Cortes de Equidade decidissem delimitar regras, para se ir tão longe, e não mais adiante, na extensão dos seus remédios contra ela, ou definir estritamente a espécie de sua prova, a sua jurisdição seria restringida, e perpetuamente evadida por esquemas novos que a fertilidade da imaginação humana viria criar." (Lorde Hardwicke, sobre os Princípios da Equidade, em carta ao Lorde Kames, de 30 de junho de 1759).

Athos Gusmão Carneiro

Agradecemos ao Dr. Celso de Azevedo pelos proveitosos conhecimentos que ele nos deu. Apesar do adiantado da hora, abriremos para as perguntas, porque o tema é extremamente interessante e muito palpitante.

III

PROSPECTIVAS

ARBITRAGEM E SEGURO

JOÃO BOSCO LEE¹

João Bosco Lee

Senhoras e senhores, bom dia!

O tema que me foi atribuído pelo Instituto Brasileiro de Direito do Seguro foi “Arbitragem e Seguro”. Devo confessar que, quando o Dr. Ernesto me convidou para falar sobre esse tema, ele utilizou uma palavra que me sensibilizou, ele disse para considerar o convite como um desafio. Efetivamente um desafio porque não sou um especialista em direito securitário – me sinto como um peixe fora d’água. Com certeza os senhores conhecem muito mais sobre o tema do que eu. Todavia, minha intenção é efetivamente abordar o direito do seguro sob a perspectiva da arbitragem.

Existem alguns autores que consideram que a arbitragem é tão antiga quanto a própria humanidade. Com certeza, anterior à jurisdição estatal. Verificando os direitos grego e romano, nota-se que eles já dispunham, já regulamentavam a arbitragem. No Brasil colonial já se regulamentava o instituto da arbitragem. A Constituição do Império previa, inclusive, que a sentença proferida por um árbitro seria obrigatória caso não existisse a possibilidade de recurso.

1. Mestre e Doutor em Direito Internacional Privado pela Université Panthéon-Aspas (Paris II). Professor nos cursos de graduação na Faculdade de Direito de Curitiba e na PUC/PR. Professor nos cursos de graduação e pós-graduação na PUC-SP.

O Código Comercial de 1850 já previa a instituição da arbitragem obrigatória e, antes de 1996, também já existiam dois institutos, dois diplomas legais que regulamentavam a arbitragem no Brasil, o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1973.

Em 1996 o Brasil, em matéria de arbitragem, viveu uma verdadeira revolução. Os especialistas em arbitragem consideram o ano de 1996 um marco na história da arbitragem: foi o ano da promulgação da Lei 9.307, de 23 de Setembro de 1996, a Lei de Arbitragem. É uma lei efetivamente moderna, pois atualizou e modernizou o instituto no Brasil, conferindo eficácia ao instituto da arbitragem. Ela foi inspirada em diversas convenções internacionais, como, a Convenção de Nova York de 10 de junho de 1958 sobre reconhecimento e execução de sentença de arbitragem estrangeira. Ela é inspirada na Convenção Inter-americana Sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1975 e é inspirada, ainda, na lei modelo da Unicentral de 1985 e na lei espanhola de 1988.

Ela efetivamente confere à arbitragem algo que não havia. Confe-re eficácia ao instituto. Porém, a lei não define o que é arbitragem. O que seria, então, arbitragem?

Arbitragem é um modo de solução de controvérsias no âmbito privado, extrajudicial, onde as partes escolhem um terceiro árbitro ou terceiros árbitros e concedem a esse terceiro um poder jurisdicional para decidir o litígio. Ora, a arbitragem tem dois elementos essenciais. O primeiro é o princípio da autonomia da vontade das partes, porque a arbitragem só é instituída através de um acordo entre as partes. O segundo é sua não obrigatoriedade, ela não pode ser instituída por lei, ela é instituída por uma convenção.

A autonomia da vontade das partes é essencial na arbitragem porque são as partes que escolhem os árbitros, escolhem como o tribunal arbitral vai ser constituído – 01, 03 ou 05 árbitros – escolhem o local da arbitragem – São Paulo, Porto Alegre ou Paris, por exemplo.

As partes escolhem o procedimento a ser aplicado na arbitragem, escolhem o tempo de duração da arbitragem, o idioma da arbitragem em uma arbitragem internacional, escolhem o direito aplicável ao mérito do litígio. As partes podem até determinar que não existe recurso contra a sentença arbitral, como, no direito suíço, pelo qual caso as partes estejam domiciliadas fora do território suíço, podem excluir, inclusive, qualquer ação

de imunidade contra a sentença arbitral. Então, verifica-se que a autonomia da vontade das partes é essencial na arbitragem.

Outro elemento primordial na arbitragem é o poder jurisdicional do árbitro. Assim como o juiz, o árbitro exerce o poder de jurisdição, isto é, ele decide o litígio. Como? Por meio de uma sentença arbitral. A sentença arbitral, no direito brasileiro, está equiparada a uma sentença judicial, a um título executivo judicial, isto é, não é necessária homologação da sentença arbitral para execução pelo Poder Judiciário.

Nosso legislador foi além: a sentença arbitral é irrecorrível, isto é, não se pode recorrer contra a decisão de mérito do árbitro.

Esses dois elementos são essenciais para se entender o instituto arbitral. Muita gente confunde arbitragem com outras “*adrs*” (*alternative dispute resolutions*), como, por exemplo, quando há cerca de dois meses, dei uma palestra em uma dessas confederações, associações comerciais nacionais, e o presidente disse “a arbitragem é excelente, vamos utilizar a arbitragem”. Por quê? “O árbitro vai mediar o litígio”. Ora, o árbitro não media litígio. Arbitragem e mediação são institutos completamente diferentes e as pessoas, principalmente, as leigas, confundem arbitragem e mediação.

Quais são as diferenças e as semelhanças entre os dois institutos? Tanto a arbitragem quanto a mediação são institutos extrajudiciais, todavia, na mediação o mediador não decide o litígio como o árbitro, o mediador não tem o poder jurisdicional do qual está revestido o árbitro.

Quais seriam as vantagens da arbitragem em matéria securitária?

• Bom, primeiro as vantagens clássicas. Arbitragem é muito mais célere do que a solução através do Poder Judiciário. Ora, os senhores que atuam em procedimento judicial sabem quanto tempo demora ou pode demorar o procedimento judicial. A arbitragem é efetivamente mais célere porque são as partes quem determinam qual será a duração do procedimento arbitral. As partes vão determinar, por exemplo, que o procedimento arbitral vai demorar três meses; então, no prazo de três meses, o árbitro terá que proferir a sua sentença. Se as partes não determinarem a duração do procedimento arbitral, teremos o prazo legal, previsto na Lei 9.307, que é de seis meses. Essa sentença arbitral é irrecorrível – não se pode recorrer contra a decisão do árbitro. Nesse sentido, a arbitragem é, efetivamente, muito mais célere do que um procedimento judicial. Ora, se ela é mais célere do que um procedimento judicial, ela é mais econômica. É uma relação de cus-

to/benefício. Quanto tempo demora um procedimento judicial? Quanto mais tempo demorar um procedimento judicial, mais dinheiro será gasto. A arbitragem, portanto, por mais demorada que seja, será teoricamente mais econômica.

Outra grande vantagem da arbitragem é a confidencialidade, contrariamente ao procedimento judicial, que tem como princípio a publicidade dos atos. A arbitragem é completamente confidencial. Imagine, em matéria societária, por exemplo, que a IBM esteja tendo um problema societário. Se esse litígio for levado aos tribunais estatais, o que vai acontecer? No dia seguinte as ações da IBM certamente cairão. Um outro exemplo: a celebração de um contrato de fornecimento com uma empresa em que a outra parte negociadora está sabendo que existe um conflito enorme com uma outra parte; o que pode acontecer com esse contrato? Ele não será fechado. A arbitragem, portanto, guarda a confidencialidade do litígio.

Uma outra vantagem que acredito ser essencial em matéria securitária é a especialidade do árbitro. Essa é uma grande diferença em relação ao Poder Judiciário. Não se pode, no âmbito do Poder Judiciário, escolher o julgador. Ora, pode-se efetivamente colocar uma cláusula de indicação do foro, mas não se escolhe a pessoa do julgador. Sabemos que no Brasil, especialmente, não existem varas especializadas em matéria de seguro, por exemplo. Não existindo varas especializadas corre-se o risco de ser a ação julgada por um juiz – e não é culpa do juiz – que não é especialista em matéria securitária, por exemplo. O juiz hoje é um generalista, ele conhece um pouco de tudo. Todavia, existem algumas matérias que exigem um especialista. Em matéria securitária, principalmente, tem-se verificado que, no dia-a-dia, com frequência, não se nomeiam especialistas. O problema não seria de direito e sim técnico. Na arbitragem também há essa grande vantagem. Quem será nomeado árbitro? Um especialista naquela matéria.

Nossa lei de arbitragem não limita a função de árbitro ao jurista, isto é, para quem tenha formação em direito. Existem duas exigências na lei para ser árbitro. A primeira exigência é objetiva: o árbitro tem que ser capaz; a segunda exigência é que ele tenha a confiança das partes. Isso significa que se pode nomear um especialista e não um jurista. O litígio vai ser, com certeza, julgado o mais rápido possível por um especialista na matéria. Não há necessidade de perícia, pois ele, sendo especialista, decidirá

o problema de plano. Provavelmente o caso será muito melhor julgado. Essa particularidade, especificamente, da especialidade do árbitro, na minha opinião, em matéria securitária, mais do que em outras matérias, seria uma vantagem enorme.

Considerando-se que existem vantagens na aplicação da arbitragem em matéria securitária, então, a questão é verificar a aplicabilidade da arbitragem. Será que a arbitragem pode ser aplicada em matéria securitária? Essa talvez seja a grande questão. A questão seria verificar primeiro a possibilidade de inserir uma convenção de arbitragem estabelecendo que o litígio será resolvido por meio arbitral. Como fazer isso? Como falei no início, a arbitragem é consensual, ou seja, ela é instituída por um acordo de vontade das partes. Sendo consensual, ela é instituída por meio do que chamam de convenção de arbitragem, que é aquele acordo pelo qual as partes estipulam que o litígio ou o futuro litígio será resolvido por via arbitral. Essa convenção de arbitragem tem duas modalidades. A primeira é a cláusula compromissória, ou cláusula arbitral, que é aquela cláusula inserida em um contrato ou em um anexo, um documento que faça referência, que estipule que todos os eventuais e futuros litígios serão resolvidos por via arbitral.

O compromisso arbitral é outra subdivisão, subespécie de arbitragem, é a convenção que diz que o litígio será resolvido por via arbitral.

Qual a diferença entre cláusula arbitral e compromisso arbitral? É o momento do litígio. A cláusula arbitral é estipulada antes do nascimento do litígio; e o compromisso arbitral, depois do nascimento do litígio.

Ora, então, para analisar essa questão, saber se a convenção de arbitragem pode ser inserida, efetivamente, em um contrato de seguro, por exemplo, teríamos que verificar, principalmente, a inserção da cláusula compromissória. Não vejo muita dificuldade em relação ao compromisso, ou seja, uma vez surgido o litígio entre uma seguradora e um segurado, ele poderia ser resolvido por meio de um compromisso arbitral. Primeiro devemos verificar se o litígio é arbitrável, isto é, se é possível submetê-lo à arbitragem.

Quando o litígio pode ser arbitrável, no Brasil? Quando for relacionado a uma matéria de direito patrimonial disponível. Ora, seguro é matéria de direito patrimonial disponível. Existem alguns países, como a Argentina, que proíbem expressamente a possibilidade de utilização de

- arbitragem em matéria securitária. Não é o caso do Brasil. Então, por meio de compromisso, não vejo nenhum problema, pois estará em litígio um direito patrimonial disponível. O grande problema está em verificar a possibilidade de se inserir uma cláusula arbitral em contrato de seguro, isto é, antes do nascimento do litígio.

Se analisarmos pelo direito comparado o compromisso arbitral – ou seja, depois do nascimento do litígio se convencionou que ele será resolvido por via arbitral –, veremos uma frase de um magistrado francês que diz que “o compromisso é um instituto em vias de extinção”. É muito difícil, depois do nascimento do litígio, que as partes submetam-no à arbitragem.

É muito importante, aí sim, a utilização da cláusula compromissória, porque ela vincula as partes a submeterem o eventual e futuro litígio à arbitragem. Hoje, em matéria de arbitragem internacional, consideramos que mais de 98% dos litígios resolvidos por via arbitral são oriundos de cláusula compromissória. Então, a utilização da cláusula arbitral cumpre uma função essencial na arbitragem. A grande questão é verificar se é possível utilizar a cláusula compromissória em um contrato de seguro. A grande questão seria, efetivamente, uma questão de forma, isto é, a possibilidade de utilizar a cláusula compromissória em um contrato de seguro, em relação ao aspecto formal da cláusula compromissória.

Primeiro, a lei estipula uma exigência formal em relação à cláusula compromissória. A cláusula compromissória tem que estar inserida em um documento escrito.

Pouquíssimos países no mundo não exigem um documento escrito em relação à cláusula compromissória. É o caso da Dinamarca, por exemplo. É o caso do direito francês aplicado à arbitragem internacional. Outros países, no meu conhecimento, exigem um documento escrito. Praticamente todas as convenções internacionais também o exigem. A Convenção de Nova York, no artigo 2º, exige; a Convenção do Panamá, no artigo 1º, exige. O documento escrito, efetivamente, é uma exigência onipresente. Até aí, não tem problema nenhum, teríamos a cláusula compromissória compulsória no direito do seguro.

O problema é que na Lei de Arbitragem existe um artigo específico, o artigo 4º, parágrafo 2º, que trata de contratos de adesão. O grande problema dos contratos de adesão é que – e o contrato de seguro, segundo o Dr. Ernesto Tzirulnik e o Professor Fábio Ulhoa Coelho, é efetivamente

um contrato de adesão – a cláusula compromissória só será válida se o aderente tomar a iniciativa da arbitragem – nesse caso, o segurado –, ou se o aderente concordar expressamente com a instituição da arbitragem em uma cláusula compromissória inserida no contrato de adesão, quando essa cláusula compromissória estiver em negrito no contrato e vistada pelo aderente, ou inserida em um anexo ao contrato principal com a concordância expressa do aderente.

Ora, se partirmos do princípio de que o contrato de seguro é um contrato de adesão e de que o artigo 4º, parágrafo 2º, prevê expressamente a possibilidade da utilização de uma cláusula arbitral em um contrato de adesão quando preenchidos os requisitos, partiríamos do princípio de que, efetivamente, pode-se utilizar a cláusula compromissória em um contrato de seguro. Isto é certo ou errado? Depende da natureza do contrato de seguro. Quando o contrato de seguro tem como objeto um insumo em relação à operação, como um seguro de crédito à exportação, a cláusula se abrigaria no artigo 4º, parágrafo 2º, sem problema nenhum. O problema é quando o contrato de seguro tem como objeto final o consumidor, como seguros de dano em geral, de veículo, seguro de vida etc. Existe, não sei se felizmente ou infelizmente, um dispositivo no Código de Defesa do Consumidor que é o artigo 51, inciso VI, que dispõe: "são nulas e abusivas os seguintes casos...", inciso VII: "que preveja a utilização compulsória da arbitragem".

Qual a grande discussão em relação a esse artigo e à Lei da Arbitragem? Como a Lei de Arbitragem tem o artigo 4º, parágrafo 2º, que trata da adesão, e o contrato de consumo é um contrato de adesão, hoje existe uma discussão para saber se o artigo 4º, parágrafo 2º, teria revogado ou não o artigo 51, inciso VII. Se partirmos do princípio que se lê no artigo 44 a disposição de que ficam revogadas as disposições do Código Civil em relação à arbitragem, as disposições do Código de Processo Civil em relação à arbitragem e todas as demais disposições em contrário, se aplicarmos a regra *lex posterior*, a Lei de Arbitragem, pelo artigo 4º, parágrafo 2º, teria revogado o artigo 51, inciso VII. E se partirmos do princípio de que a norma mais especial revoga a geral, a Lei de Arbitragem também teria revogado o artigo 51, inciso VII. Todavia, o Código de Defesa do Consumidor tem um dispositivo que diz que as normas dos códigos são normas de ordem pública.

A doutrina considera que só se pode revogar uma norma de ordem pública por meio de revogação expressa e não por meio de revogação tácita como fez a Lei de Arbitragem. Tem um pequeno detalhe que é o seguinte: os dois únicos artigos que foram modificados pelo Congresso, quando a Lei foi aprovada, foram exatamente o artigo 4º, parágrafo 2º, e o artigo 44, sobre as disposições gerais.

O artigo 44 dispunha expressamente a revogação do artigo 51, inciso VII, mas o legislador preferiu retirar essa revogação expressa. Qual é o ânimo do legislador? Teria o legislador proibido a revogação desse instituto, ou não, ao retirar essa revogação expressa?

O artigo 4º, parágrafo 2º, dispunha da seguinte maneira: “nos contratos de adesão a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição”. Este era o texto inicial, na minha opinião, o texto perfeito. Aí veio o legislador e inseriu a segunda parte: “desde que por escrito em documento anexo, em negrito, com assinatura ou visto especialmente para esta cláusula”.

Se tivesse ficado só a primeira parte, a cláusula compromissória seria válida no contrato de adesão quando o aderente tomasse a iniciativa da arbitragem ou concordasse expressamente com a instituição; estaria resolvido o problema da arbitragem em matéria de adesão, e inclusive não feriria o artigo 51, inciso VII, porque a arbitragem nunca seria instalada se o segurado, o aderente, não concordasse expressamente com a sua instituição.

Com a nova redação, é muito fácil o fornecedor colocar uma cláusula arbitral em um contrato de adesão, em negrito – é tão fácil apertar, lá no Word, o negrito –, e fazer o aderente visar. Não se está protegendo, efetivamente, o aderente ou o consumidor. Pode ainda existir um abuso em relação à utilização da arbitragem.

A grande questão seria pensar se a arbitragem seria abusiva ou não em relação ao consumidor. Partindo-se do princípio de que a arbitragem é mais econômica, é mais rápida e será julgada por um especialista, ela será abusiva para o consumidor? A princípio não, porque o segurado será beneficiado tanto quanto a seguradora porque o litígio será resolvido mais rápido, por um especialista, confidencialmente.

O grande problema é que existe uma desconfiança em relação a tudo – hoje conversei com uma pessoa do público que, infelizmente, teve

experiências negativas em relação à arbitragem: ela procurou uma instituição e essa instituição se mostrou parcial, enquanto que um dos princípios da arbitragem é a imparcialidade.

Quando se cria uma instituição especializada em matéria securitária, onde se tem árbitros especializados na matéria e custas relativamente baixas, não vejo porque ela seria abusiva ao aderente.

Estou colocando uma questão mais de reflexão. Do ponto de vista legal, em relação ao conflito entre o artigo 4º, parágrafo 2º, da Lei de Arbitragem, e o artigo 51, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor, do ponto de vista estritamente jurídico, acredito que ele não tenha sido revogado efetivamente. Verificando-se o intuito do legislador ao retirar a disposição expressa do artigo 44, e verificando que o Código de Defesa do Consumidor é uma norma de ordem pública, efetivamente não poderia o legislador, com o artigo 4º, parágrafo 2º, ter revogado tacitamente o artigo 51, inciso VII.

Existe ainda uma discussão, no âmbito do texto do artigo 51, inciso VII, sobre a utilização compulsória da arbitragem. Na verdade não há utilização compulsória, porque, tal como exposto, a arbitragem é facultativa. Melhor teria sido o legislador ter revogado expressamente esse dispositivo.

Se verificarmos de forma comparada, por exemplo, poucos são os países que autorizam a utilização de arbitragem em relação ao consumo. O direito francês, por exemplo, adotando uma diretiva européia de 1993, que considera como abusiva a utilização de cláusula arbitral no consumo, proíbe a utilização desse tipo de cláusula em contrato de consumo. Então, há uma necessidade de reflexão maior sobre a questão. A utilização de cláusula arbitral em matéria de seguro é possível. O grande problema é a utilização de cláusula arbitral relacionada à matéria de consumo, quando o segurado é efetivamente consumidor.

Existe uma possibilidade que seria a inserção de uma cláusula arbitral, como sugestão experimental, no contrato de seguro, em que existe uma relação de consumo, e colocar nessa cláusula arbitral uma opção, isto é, ao surgir o litígio, colocar que o segurado pode optar pela eleição de foro e já colocar na cláusula qual seria o foro competente, que normalmente é o foro do segurado. O segurado teria a opção de ir para a arbitragem, uma vez surgido o litígio, assinando, nesse momento, o compromisso ar-

bitral.

É uma sugestão não muito bem aceita, mas poderia efetivamente suprir esse problema do artigo 4º em relação ao Código de Defesa do Consumidor. A arbitragem efetivamente apresenta vantagens em matéria securitária. O que tem que existir é exatamente essa precaução de não se inserir uma cláusula arbitral sem respeitar a disposição do artigo 4º, parágrafo 2º.

Fico à disposição para perguntas e agradeço a atenção.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS E SEGURO

MARCO AURÉLIO GRECO¹

Alessandro Octaviani

Convidamos para compor a mesa, nosso palestrante de hoje, Dr. Marco Aurélio Greco, nosso colega, vice-presidente do Centro Acadêmico “André da Rocha”, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rafael Barreto Garcia e, por fim, o eminente Desembargador Francisco Moesche.

Passo a palavra, então, ao presidente da mesa, Dr. João Bosco Lee.

João Bosco Lee

Bom dia! Tenho a honra de presidir esta mesa e apresentar nosso ilustre palestrante, o professor Marco Aurélio Greco, um dos grandes especialistas em direito e comércio eletrônico no Brasil. O professor é Doutor pela PUC de São Paulo e ex-professor dos cursos de pós-graduação e mestrado da mesma Universidade. O eminente professor abordará o tema “Documentos Eletrônicos e Seguro” e, sem mais delongas, passo-lhe a palavra.

1. Doutor em Direito PUC-SP. Ex-professor do Curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito da PUC-SP.

Marco Aurélio Greco

Dr. João Bosco Lee, na pessoa de quem saúdo os insígnies integrantes desta mesa, senhores participantes deste II Fórum de Direito do Seguro, quero, inicialmente, agradecer a oportunidade de comparecer a este evento, pois é uma grande honra poder colaborar nos estudos que estão sendo desenvolvidos em uma área tão relevante para o futuro de todos nós. Quero dizer da minha grande alegria e, em certa medida, grande responsabilidade de vir falar perante especialistas em matéria de seguros sobre um tema que não é propriamente de direito do seguro.

Qual a importância do nosso tema, contratos eletrônicos e seguro? Dizia para o Dr. Ernesto, antes de iniciar esta atividade, que vou falar muito pouco sobre contratos e muito pouco sobre seguros, que não são minha especialidade. Gostaria, isto sim, de trazer algumas preocupações da variável eletrônica nos contratos e no seguro. Ou seja, a minha exposição será fundamentalmente no que a variável eletrônica repercute na contratação e quais são as dimensões em que ela se torna uma preocupação jurídica e não apenas uma questão técnica.

Temos três grandes grupos de aspectos a considerar. Primeiro, quais os aspectos que o elemento eletrônico trouxe para o campo dos contratos em geral ou para o campo do mercado em geral. O segundo grupo de temas que pretendo mencionar engloba os problemas que a variável eletrônica fez surgir e que, ou passavam despercebidos, ou já tinham sido devidamente solucionados no passado físico, vamos chamar assim. E terceiro, algumas questões contratuais específicas que a variável eletrônica coloca em pauta, particularmente, em função, algumas delas, da nova disciplina, que se espera ver instaurada com a vigência do novo Código Civil.

Primeiro grupo: reflexos que a eletrônica trouxe na nossa vida e no mercado em geral. Seleccionei, embora minha análise não seja abrangente, sete pontos de preocupação.

Primeiro ponto. A variável eletrônica, e aqui estou falando do uso dos meios eletrônicos em todos os níveis, seja *internet*, seja *business to business*, seja *business to consumer*, enfim, o uso do meio eletrônico em todos os níveis, mas principalmente do uso da *internet*, que trouxe uma pulverização do consumo. Ou seja, atualmente, qualquer pessoa, em qualquer local, pode conectar-se à rede e, em função disso, pode realizar negócios,

realizar operações, consultar, celebrar contratos, em qualquer local do mundo onde haja um terminal, uma ponta telefônica ou, muitas vezes, independentemente do telefone, basta ter um equipamento que conecte direto com o satélite e estarei ligado à rede mundial.

O que isto traz de relevante para o aspecto contratual? No passado, poderíamos circunscrever uma determinada área do território físico, indicando até mesmo o espaço físico – não estou falando de seguros – reservado para um determinado representante, e o contrato de representação comercial tinha uma dimensão física. Em um certo período, o contrato de concessão de veículos tinha uma área territorial delimitada até que houve uma alteração em 1991, se não me engano. Mas, enquanto em um determinado tipo de realidade passada era possível circunscrever um pedaço do mercado, considerando a variável física, hoje é possível a existência de determinado mercado em qualquer lugar do mundo. Ou seja, pode-se ter um contratante situado em qualquer local do globo. Vejam bem, não estou falando em seguro, estou falando do mercado em geral. O que isso traz como consequência? Isso traz uma consequência jurídica delicadíssima, todo um debate sobre legislação aplicável: se estou negociando ou estou com meu *site* sendo acessado por uma pessoa que está na Indonésia, na Sumatra, na Irlanda, ou por uma pessoa que está aqui em Viamão ou em Caxias do Sul. Essa pulverização é uma novidade trazida pela tecnologia, pelos meios eletrônicos.

Segunda novidade é a inversão do fluxo econômico, do fluxo de produção e distribuição dos bens e serviços. O que quero dizer com isso? Vamos imaginar o setor de produção de veículos. O que tínhamos tradicionalmente? Unidades fabris, industrializadoras, montadoras, que levavam para o seu consumidor um determinado produto por meio de uma rede de distribuição. A relação entre montadoras e redes de distribuição sempre foi uma relação complexa, às vezes de muitos amores, às vezes de muitos atritos, mas, independentemente, havia subjacente um sentido do fluxo de produção e distribuição dessa mercadoria que ia do industrial para o consumidor, passando por uma rede de distribuição. O que o meio eletrônico fez? Ele está permitindo inverter o fluxo da distribuição de bens e serviços. Por quê? Porque o consumidor final não mais recebe o que o industrial produziu. O consumidor final é quem vai procurar onde está o bem ou serviço que atenda melhor sua necessidade ou seu interesse.

Ainda é uma experiência nova, ainda não há como fazer uma avaliação muito precisa de suas qualidades ou eventuais defeitos ou insuficiências, mas já se encontra na *internet* a possibilidade de comprar diretamente da montadora veículo automotor. Não vou discutir também o problema dos veículos. Quero sublinhar que esta possibilidade que o consumidor final passou a ter, de buscar qual o produto ou o serviço que melhor lhe satisfaz, traz uma conseqüência imediata nos intermediários da cadeia de circulação e distribuição dos bens e serviços. Ou seja, começa a haver uma pressão contra o intermediário. Se posso comprar diretamente da montadora, porque preciso da concessionária? Vou apenas retirar o veículo da concessionária e levar para manutenção, mas não preciso, necessariamente, ter contato físico ou vínculo contratual/pessoal com aquele comerciante de veículo. Começo a me perguntar: será que isso não pode ter também um reflexo no setor de seguros? Como ficam os corretores? Como ficam os corretores na medida em que o segurado pode ter acesso direto?

Não conheço a legislação específica, mas até que ponto isso não pode ser um elemento de pressão ao relacionamento que, tradicionalmente, vinha em um fluxo do prestador por seu corretor para o usuário e, hoje, pode o usuário final ter contato direto com o prestador, prescindindo, portanto, da figura de um intermediário, que obviamente pode oferecer uma assessoria etc.? Isso é algo sobre o que temos que pensar.

Qual é, então, o segundo ponto? É a inversão do fluxo e a pressão que os intermediários passam a sofrer.

Terceiro ponto, que também é uma novidade, é a questão da distância. No meio eletrônico a distância vira tempo. O que isso significa? A distância sempre foi medida em espaço, quilômetro, metro etc., mas, atualmente, no meio eletrônico, a distância não é mais medida em espaço, ela é medida em tempo. O que significa? Se precisar comprar um determinado bem, um livro – esse é um exemplo concreto, real – eu tenho uma livraria, uma das melhores livrarias de São Paulo, a 800 metros da minha casa. Frequentemente consulto o catálogo da livraria e quando encontro um livro, telefone e pergunto: fulano você tem o livro tal? “Ah, não tenho em estoque.” Ah, não tem em estoque? Quanto tempo você demora para me entregar? “Ah, Dr., o Sr. sabe que é livro importado, vai demorar mais ou menos uns 45 dias.” Digo “tudo bem e muito obrigado”. Desligo, clico

em um dos favoritos do meu computador, vou para uma livraria que está a dez mil quilômetros de distância da minha casa, consulto, tem o livro, pergunto qual o tempo de entrega: entrega expressa 5 dias. Qual está mais perto de mim? A distância se transforma em tempo. Está mais perto de mim aquela que coloca a mercadoria na minha casa em 5 dias úteis do que aquela que está a 800 metros da minha residência.

Esse fenômeno traz conseqüências no mercado em geral muito relevantes, porque o contato físico não é mais tão importante. é claro que em alguns setores continuará sendo indispensável, mas em outros já não é tão importante para a operação comercial, para determinado negócio, como há algum tempo.

Essa característica nova, trazida pelo meio eletrônico, também deve ser objeto de meditação.

Quarto elemento – terceiro e quarto elemento – a questão dos intermediários. Como ficam os intermediários neste contexto? No tema dos intermediários, há dois aspectos a serem considerados. Primeiro, a pressão que está sendo feita sobre os intermediários tradicionais. Até que ponto preciso de um intermediário, até que ponto preciso de agenciador, até que ponto preciso de um corretor, se posso contratar diretamente com quem quero contratar? Esse é um aspecto. O segundo aspecto é o surgimento de novos intermediários, de novas figuras que viabilizam a intermediação, que são os portais. Temos portais que são especializados: tem portal para automóvel, portal para livraria etc. Tem para seguros também? Tem! Então, está aí o ponto. Se já apareceu em outros setores, também está aparecendo em seguros. Desse modo, começo a me perguntar: o que é aquele portal para seguros? Ou seja, esse portal é um outro intermediário? O portal precisa estar revestido de todas as qualidades pessoais, cadastrais, de inscrição, profissionais etc. que os corretores precisam ter? Ou o portal é meramente um ambiente (palavra mágica) onde os *sites* e os *links* estão reunidos?

Temos, então, uma realidade nova: mudança no perfil dos intermediários, pressão nos antigos e surgimento de novos tipos de intermediários.

Quinto elemento, também muito importante – todos esses pontos que estou mencionando têm reflexos na contratação – é a questão do *clock*, do tempo. Essas benditas maquininhas só funcionam mensurando o tempo. Só funcionam atribuindo a qualquer ato praticado eletronicamente uma referência de tempo. Tudo que nós fazemos está lá, data tal, hora tal. Mas ho-

ra é hora, minuto, segundo e, às vezes, até décimo ou centésimo de segundo registrado. Aquele arquivo foi criado em tal data, lido em tal data etc.

Na praxe do nosso dia-a-dia, algo muito freqüente é o preenchimento parcial de documento e a entrega em confiança para posterior preenchimento. Quem não entra em um hotel e recebe uma ficha para preencher, eventualmente semi-preenchida, com o funcionário dizendo: “Dr., assina aqui que depois a gente preenche”. Muitas fichas cadastrais, muitos contratos são assinados, dizendo: “tenho a ficha e depois transporto para o contrato definitivo”. Isso falando em termos do relacionamento normal. Quando entra a variável eletrônica, isto é detectável com absoluta exatidão: a hora e o minuto em que foi assinado, em que condições estava aquele documento na data da assinatura, a hora ou minuto em que eventualmente ele foi preenchido nos campos faltantes.

Não sou advogado militante, não sou da linha de frente da advocacia judicial, mas acho que isso pode ser objeto de preocupação, porque não se poderá excluir a idéia de que pessoas que não queiram honrar seus compromissos venham dizer: “não estava preenchido”. No mundo físico, o que aparece é um documento preenchido; no mundo eletrônico, vão aparecer dois, um documento que foi assinado no dia 03 às 18:25 e outro que foi completado no dia 05 às 19:32. Então, as máquinas ajudam muito, mas também trazem à lume determinadas praxes, determinadas condutas, evidentemente realizadas sob confiança, que podem ter repercussão contratual relevante.

Sexto e sétimo pontos. O sexto ponto é uma novidade também trazida pelo meio eletrônico. Muito se diz que o meio eletrônico é meramente um instrumento como era a passagem da máquina de escrever para o computador, da caneta tinteiro para a caneta esferográfica, e teremos que nos adaptar – em certa medida isso é verdade. Mas há certas peculiaridades do meio eletrônico. Uma peculiaridade é a dimensão do dano econômico que pode ser causado pelo uso do meio eletrônico. Se alguém entrar, se estiver em um ônibus em São Paulo e alguém bater a minha carteira, qual é o dano que ele irá me causar? Ele vai levar três cartões de crédito, vai levar talvez R\$ 150,00, uma carteira de identidade, um xerox do CIC; mas quem tem acesso ao meio eletrônico e quem penetra nessas grandes redes eletrônicas, pode ter acesso não a três cartões de crédito, mas a milhares de cartões de crédito. Há um caso famoso de um *hacker* preso nos

Estados Unidos que, ao abrirem o computador dele, foram encontrados 20.000 números de cartões de crédito com as respectivas senhas. Ele dizia que foi só para mostrar a vocês como são vulneráveis, mas tinha!

A potencialidade do dano que pode ser gerado pelo uso do meio eletrônico é efetivamente muito grande. Então, quem entra em uma rede, quem entra em uma grande empresa, e altera aquela cláusula e manda *reply*, manda copiar aquela alteração em todas, pode contaminar sabe-se lá quantos mil contratos. O segundo aspecto relativo é a velocidade com que isto ocorre. Não falamos mais em dias ou meses, falamos em minutos. Quantas horas foram necessárias para um vírus ser disseminado no mundo inteiro? O último demorou 16 horas, se não me engano; começou lá na Ásia e foi parar no Estados Unidos, até fazerem a defesa e assim por diante.

Último aspecto importante no meio eletrônico é o elemento privacidade. Este não é o momento de fazer uma longa exposição sobre o tema da privacidade no meio eletrônico, mas diria que, quando se está, por exemplo, discutindo questões que envolvem seguros de saúde ou planos de previdência, temos que fazer uma avaliação das condições físicas e da saúde das pessoas; uma série de informações confidenciais é fornecida (quais foram as doenças, se há problemas genéticos ou problemas de nascença, quais foram as incidências anteriores etc.) e essas informações são levadas em conta para diversos fins, inclusive para a avaliação da celebração do contrato. Essas informações confidenciais precisam estar resguardadas em seu acesso e em sua eventual comunicação no meio físico; essas informações ficam na memória das pessoas ou em uma pasta guardada sob chaves. No meio eletrônico, elas ficam no *hard disk*, portanto, em tese são vulneráveis.

Assim, o elemento privacidade é um outro elemento que tem que ser levado em conta, pois será um dos grandes temas dos debates dos próximos anos.

Estas são, em linhas gerais, as novidades que a eletrônica nos trouxe. Há outras, mas não me parecem pertinentes a nossa conversa.

O segundo grupo é constituído por problemas jurídicos trazidos pela variável eletrônica. O primeiro grupo foi formado por problemas em geral: econômicos, de mercados etc., mas agora veremos problemas jurídicos trazidos propriamente pelo meio eletrônico.

O primeiro grande problema, ou melhor, antes de começar pelo problema, é preciso fazer uma observação técnica: o grande ponto da nos-

sa preocupação no que diz respeito ao meio eletrônico é a figura da *interface*. O que quer dizer isso? Discute-se muito, mas não se vai ao ponto, e o problema é a *interface*. Qual é o problema da *interface*? Nosso mundo físico é analógico, é entendido por aproximação, é tido “mais ou menos”. O mundo digital é sim ou não, é exato. É um fluxo de eletricidade que existe ou não existe. Como é que eu transformo um mundo analógico em um *input* digital? Com uma *interface*, que é o teclado, que é a tela do computador, que é uma maquininha para ler impressão digital e outros equipamentos que transformam o mundo real em uma informação digital.

Desculpem-me ser muito enfático, mas, a partir do instante em que a realidade física for transformada em uma informação digitalizada, ela não mais estará, em si, revestida de condições de veracidade. Ou seja, não existe impulso elétrico verdadeiro ou falso, não existe *bit* falso. Pode-se ter contrato falso, documento falso, mas impulso elétrico falso não existe. O impulso é impulso ou é impulso, é eletricidade, não dá para submeter a eletricidade a um juízo de validade ou de falsidade. O que isso significa? Tudo que for transformado em impulso digitalizado, me desculpem, mas não teremos a mesma segurança quanto à sua autenticidade que nós temos no mundo físico, por melhores que sejam os equipamentos dentro da tecnologia conhecida. Por quê? Alguém diz: não, imagina, põe no computador um aparelhinho, que já existe, que é o leitor de impressão digital, no qual ponho o meu polegar e ele identifica se o meu polegar é mesmo meu polegar. Perfeito. Maravilha. Só que ele vai traduzir também no impulso digital e o impulso digital depois poderá ser copiado, adulterado, modificado e assim por diante.

Posta essa referência, então, quais são as questões jurídicas primordiais?

Primeira questão jurídica relevante é o tema da autenticidade. Autenticidade que se desdobra em três planos: do agente, da mensagem e do objeto (do documento).

Vou me fixar mais no problema do agente, porque quando se fala em contratos, um dos elementos do contrato é agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei. Quem é agente capaz? Para saber quem é, preciso identificar a outra parte, para saber quem é contratante, pois se ele tem 18 anos é uma coisa, se ele tem 14 é outra coisa, se tem 21 é outra, se está submetido a um processo de interdição, ou

não. Enfim, todo aquele conjunto de vicissitudes que a identidade do agente pode suscitar.

Ora, no meio eletrônico, quem é que está na outra ponta? Gosto de citar um fato que me impressionou, por isso repito sempre que posso, que aconteceu quando estava, há cerca de cinco anos, em Nova Iorque e vi em um painel o seguinte *outdoor*: era um computador ligado, com tela, teclado, dois cachorros na frente do computador, um dos cachorros estava com a pata no teclado e dizia pro outro "é... e eles pensam que nós somos gente". Ou seja, quem está na outra ponta? Como garantir que aquele que está se apresentado como contratante para o fim de celebração daquele determinado negócio jurídico é, efetivamente: primeiro, alguém que pode celebrar o contrato; segundo, que é a pessoa que diz ser. Lembro de um amigo, para tornar mais *light* a exposição, que tem dois filhos, um de 13 e outro de 9 anos. O de 13 estava em um *chat* onde aparecia uma moça querendo conversar e virou o de 9 – é sempre o menorzinho cutucando – e manda o outro falar que tinha 25, era loiro, surfista etc. Um caso triste, verídico, de um rapaz que entrou no *chat*, começou a conversar com uma moça, muita sintonia entre os dois, até que eles marcaram um encontro, ele foi ao encontro e foi assaltado, porque não tinha moça nenhuma do lado de lá.

É um problema jurídico, tirando o caricato da história, esse é um problema jurídico, porque no mundo físico os senhores sabem que eu sou eu, os senhores confiaram que a organização trouxe o Dr. Marco Aurélio Greco para falar, mas se algum de vocês tiver uma dúvida, pode se levantar e pedir para me identificar. E eu posso, pois tiro uma carteira de identidade onde está minha impressão digital e me identifico perante os senhores. Posso comprovar de uma maneira confiável que eu sou eu. Como fazer essa comprovação confiável se o meio é eletrônico? Como ter mecanismos que assegurem que a pessoa que está lá do outro lado é efetivamente a parte contratante? Já antecipo aos senhores que o que se está trabalhando, para fins de comprovação, é o uso da tecnologia de criptografia. Antecipo que os mecanismos de criptografia têm tantos problemas quanto o cartão magnético. Juridicamente ajuda, é um grande instrumento, melhora o ambiente de contratação, mas se apertarmos a análise jurídica veremos que ainda é insuficiente. No plano da identidade do agente, não temos apenas o problema de capacidade jurídica, mas também o problema de responsabilidade pela celebração do contrato e responsabilidade pela prática de atos que

possam gerar danos civis, bem como de atos que possam gerar reflexos penais, tais como falsidades e assim por diante. É muito difícil confiarmos neste aspecto no campo eletrônico. Muito bem, esse é um ponto.

Autenticidade; autenticidade não apenas em relação ao agente, mas também em relação ao documento para saber se aquele é efetivamente o documento que foi encaminhado, e também em relação à mensagem, se é aquilo que foi dito ou se não houve corrompimento no meio do caminho; este ponto põe em pauta as invasões, *hackers*, *crackers* e assim por diante, mas não vou detalhar isto. Assim, o segundo problema jurídico é o problema da integridade da mensagem, ou seja, que a mensagem transmitida eletronicamente não sofra alteração.

O terceiro problema jurídico diz respeito ao objeto. Até que ponto o objeto eletrônico equivale ao objeto real? É a pergunta que trago aos senhores e não me peçam respostas porque não sou da área, mas eu pergunto se a apólice eletronicamente gravada é a apólice prevista no Código Civil? Proposta eletronicamente encaminhada por *e-mail* é proposta nos termos do dispositivo legal? Assinatura eletrônica é a assinatura a que se refere o Código Civil? Em que medida os objetos físicos são equivalentes aos objetos eletrônicos ou os objetos eletrônicos são equivalentes aos objetos físicos? É um tema que está aberto. A meu ver, estamos apenas no começo da discussão sobre a equivalência ou não dos objetos, e assim por diante – apólice, proposta, títulos executivos.

As leis dos últimos quatro mil anos foram feitas com base em um mundo físico. Os conceitos utilizados pelas leis são conceitos que pressupõem um referencial físico – esse é um outro tema com relação entre objeto real e o objeto virtual.

Outro aspecto é o local. Esse é um outro tema com reflexo jurídico: o local de realização dos atos pelo meio eletrônico. Outro dia conversava com um amigo sobre o problema de cassino na *internet*. Fica aquela dúvida, será que jogar em um cassino virtual é contravenção penal? Vem um penalista e diz que isso é irrelevante, pois qualquer conduta dentro do território brasileiro está sujeita às leis brasileiras. Tirando essa peculiaridade, há uma questão jurídica complexa que é a seguinte: quando estou em um *site* na *internet*, o que está acontecendo? Há duas interpretações possíveis. Primeira interpretação: entro no *site* e, ao entrar no *site*, a conduta que eu realizar será realizada onde estiver o *site*; portanto, eventualmente

estarei praticando o ato em um país que admite aquele tipo de contratação, em um país que admite o jogo, que admite a realização de um negócio jurídico com um certo feito e assim por diante. Segunda interpretação: não entro no *site*, mas sim trago o próprio *site* para minha máquina; se eu trouxer o *site* para minha máquina, tudo que fizer estará sendo feito no território brasileiro, sujeito às leis brasileiras, portanto sujeito a limites, controles etc., que a lei brasileira impuser. Aí, começo a me perguntar: se compro um determinado CD em um *site* que está no estado de Washington, nos EUA, qual a lei do consumidor que se aplica, a brasileira ou a do estado de Washington? Aí vem o local da celebração; está lá a proposta, é o local do proponente – esse é um problema jurídico delicado. Onde está sendo celebrado o contrato? O contrato está sendo celebrado no Brasil, porque a tela aparece no Brasil, ou o contrato está sendo celebrado nos Estados Unidos, porque o *site* é americano e, portanto, é de lá a legislação que deve ser aplicada? Esse fator coloca uma série de questões jurídicas, porque quando somos usuários a nossa tendência é sustentar que trazemos o *site* para nós e, portanto, aplica-se o código do consumidor brasileiro, mas quando somos empresas e colocamos um *site* na *internet*, não queremos a aplicação do código do consumidor da Indonésia, ou do código do consumidor da França ou dos Estados Unidos; diremos que estamos no Brasil e estamos oferecendo um serviço, a contratação de um determinado objeto, no Brasil e, portanto, queremos que se aplique a lei brasileira.

Temos um problema jurídico delicado. Como resolver? Não há dúvida que apenas por tratados internacionais. Quando virão esses tratados? Ninguém sabe! A grande pergunta é como solucionar o tema enquanto não houver um conjunto de tratados internacionais suficientemente explícitos para resolver a questão, que produz reflexo em todos os campos do direito: contratos, consumidor, tributário, pois onde será tributada essa operação, será tributada no Brasil, ou no outro país? Vocês querem um exemplo? No ano passado o BNDES estava cuidando das famosas vendas de ações da Petrobrás, isso foi, se não me engano, em agosto do ano passado. Entrei no *site* do BNDES, banco brasileiro, e lá tinha uma opção para ações da Petrobrás: utilize seu fundo de garantia, e cliquei. Apareceu uma outra tela com a seguinte pergunta: português ou inglês? Se você estiver nos EUA clique sim, se você não estiver nos EUA clique não. Achei esquisito, muito esquisito, pois eu não estava nos EUA e cliquei não, aí

apareceram todas aquelas condições de uso do fundo de garantia, enfim, todo aquele material. Aí voltei para a tela anterior e cliquei sim. O que aconteceu? Voltava para a mesma tela. O que tem haver os EUA? Vejam: BNDES, banco brasileiro; Petrobrás, empresa brasileira; *site* no Brasil; fundo de garantia no Brasil. O que consegui descobrir, não sei se é verdade, é que se aquele *site* fosse acessível a investidores nos EUA, poderia ser interpretado como uma proposta de venda de ações ao mercado americano e, portanto, estaria sujeito às normas americanas, a *liabilities* etc. E um portal de seguros aqui, aplica que lei?

Vamos começar a fazer os paralelos. Por que isso ocorre? Ocorre justamente pela circunstância de que não há fronteiras definidas dentro da *internet*. Isso põe em pauta as cláusulas de *disclaimer*. Ou seja, as cláusulas de não-responsabilidade, as cláusulas de exclusão, do tipo “se você estiver em um país em que as imagens que vão abrir são ofensivas, não abra”. Como é que se pode saber se as imagens são ou não ofensivas, se ainda não se abriu? Enfim, isto é outra conversa, mas com um reflexo jurídico importante: qual a validade e eficácia das cláusulas de *disclaimer* quando se tratar das páginas disponíveis na *internet*? Precisamos conhecer inglês e português para entender o que está escrito na cláusula, porém, e se acesarmos dizendo que só conhecemos espanhol e alemão e, portanto, entramos no seu *site*, realizamos condutas, celebramos contratos e aceitamos propostas que estavam lá, sem que tivéssemos sido devidamente alertados das consequências que nossa navegação dentro do *site* pudesse acarretar?

Por último, temos a questão jurídica relativa ao problema da recusa. Como conviver com a recusa do contratante? Porque é muito fácil celebrar um contrato pela *internet*; o difícil é cobrar o que foi vendido, por isso muitos *sites* colocam o pagamento antecipado como condição para a entrega do bem ou para a prestação do serviço. Essa questão da recusa aparece em todos os campos, não apenas no campo dos contratos. Há casos até no campo da tributação.

Muito bem. Esses são os grandes problemas, mas quais são os instrumentos para enfrentar esses problemas? Instrumentos que têm sido muito desenvolvidos é a criptografia e a criação das chamadas assinaturas, mecanismos pelos quais se procura resguardar o documento eletrônico; em primeiro lugar impedindo o conhecimento por terceiros – confidencialidade; em segundo lugar assegurando que ele não seja alterado ou, se houver

alteração, que ela possa ser facilmente detectável – integridade do documento; e, de algum modo, assegurando a própria identidade do agente que participou da celebração daquele documento.

Não vou fazer uma exposição sobre criptografia, porém, depois, nos debates, se os senhores tiverem interesse, estarei aberto para conversarmos a respeito. O que gostaria de dizer é que existe uma medida provisória – nº 2200 – que foi publicada primeiro em junho, reeditada em julho, depois em agosto etc., e que entrou no pacote das medidas provisórias que eu chamaria de medidas provisórias congeladas, porque os senhores sabem que foi promulgada uma emenda constitucional que alterou o regime da edição das medidas provisórias e que diz que todas as que foram editadas antes da promulgação da emenda permaneceriam como estavam, ou seriam convertidas em lei, ou seriam rejeitadas enquanto que as novas entrariam no novo regime. Essa medida provisória entrou no pacote das congeladas, vamos dizer assim. Portanto, independentemente de ser convertida, ou não, ela tem eficácia e é como se lei fosse. Não é lei, mas, na prática, tem eficácia de lei. O que diz essa medida provisória nº 2200? Vou trabalhar com o texto que foi reeditado em agosto, se houve alguma alteração não creio que tenha sido tão relevante.

Destaquei três dispositivos dessa medida provisória. O art. 1º, que cria a chamada infra-estrutura de chaves públicas brasileiras, o ICP Brasil, para garantir autenticidade, integridade e validade jurídica dos documentos em forma eletrônica, aplicações de suporte, aplicações habilitadas, bem como a realização de transações eletrônicas seguras. Então, a intenção declarada dessa medida provisória é dispor sobre a validade jurídica dos documentos em forma eletrônica, além de outras matérias. O segundo dispositivo que destaco é o art. 6º, que trata das entidades credenciadas certificadoras.

Como é que funciona a criptografia? Criptografar é embaralhar. Como embaralho o texto? Embaralho através de determinada chave, de determinado critério. Exemplo banal de criptografia é a "língua do p". Ponho em cada sílaba a letra p. Enfim, estou criptografando a minha mensagem. Uso uma chave para embaralhar. A criptografia mais avançada usa duas chaves: uma chave que embaralha, e uma chave diferente que desembaralha. A chave que embaralha é minha chave privada, que guardo comigo, e a chave para desembaralhar é a chave pública que forneço para quem eu quiser, não tem sigilo nenhum. Nenhuma das duas funciona sozinha, inte-

gralmente. Esse sistema de dupla chave funciona tecnicamente, mas o problema é como saber se esse par de chaves é o par do Marco Aurélio, do Dr. Ernesto, Dr. Paulo, Dr. Lee, de quem é esse par de chaves? Alguém precisa dizer que esse par de chaves X é do Marco Aurélio. Quem diz isso? No jargão, é a chamada entidade certificadora. Alguém vai certificar que esse par de chaves é o par de chaves do Marco Aurélio. Essa questão está suscitando um debate jurídico, porque há uma dúvida relevante se essa função de certificação é privativa de cartórios submetidos a controle do Poder Judiciário ou essa função de certificação pode ser realizada por outras entidades. Mas não vamos discutir isso agora. O importante é que alguém precisa se certificar que aquele é o par de chaves que cabe ao Marco Aurélio. O que ele tem que certificar na verdade, não é o par inteiro, ele tem que certificar a chave pública, porque a chave privada eu não forneço nem para a autoridade certificadora. Na medida em que ele certifica que aquela chave é do Marco Aurélio, sempre que ocorrer um documento que foi criptografado com aquele par, posso afirmar que ele foi criptografado pelo Marco Aurélio, essa é a lógica da criptografia.

Detalhe: a criptografia e a certificação do par de chaves aumentam o grau de segurança das operações? Sim, aumentam, porque nem todo mundo terá um par de chaves; é algo um pouco mais complexo, mas não traz segurança absoluta. Por quê? Porque o máximo que a criptografia e o par de chaves oferecem é a segurança de que aquela mensagem saiu daquele computador, ou que foi criptografada com a chave do Marco Aurélio, mas não que foi criptografada pelo próprio Marco Aurélio. Esse é um detalhe muito importante. Ou seja, o máximo de garantia é de que saiu da máquina ou de que foi usada a chave, mas não há segurança de que a pessoa do Marco Aurélio é que fez a criptografia e que assinou aquele documento. Por quê? Porque somente se pode ter segurança de que foi determinada pessoa se existir vínculo físico com a aquela pessoa, enquanto que, no meio eletrônico, o contato termina na *interface*, termina no computador, não há como fotografar o Marco Aurélio digitando no computador.

Desse modo, a condição de investigação vai até a máquina, não vai da máquina até a pessoa. Não temos, então, mesmo com a criptografia, mesmo com a tecnologia de assimetria, segurança de que a pessoa que assinou o documento é aquela pessoa que se indicou como signatária daquele determinado negócio. Isso traz uma consequência importante – con-

fesso em público onde carrego todas as minhas senhas de banco: na minha cabeça; às vezes esqueço, mas carrego na minha cabeça; não estão gravadas no computador nem em disquete. Por que estou dizendo isso? Porque uma chave de criptografia é impossível guardar no cérebro de uma pessoa. É simplesmente impossível. Ela precisa estar registrada em algum suporte físico e quem pegar o disquete ou sentar no terminal será a própria pessoa – não agirá em nome, ou como se fosse, será a própria pessoa, será o Marco Aurélio no ambiente virtual.

Não sei se os senhores assistiram, há alguns anos, um filme muito interessante, “A Rede”, com a Sandra Bullock: ela simplesmente desaparece, deixa de existir no mundo físico, porque foi substituída virtualmente por uma outra pessoa. Quem tiver acesso às chaves de criptografia no meio eletrônico será a própria pessoa e não dá para gravar na memória do cérebro uma chave de criptografia. O art. 6º define justamente as funções das entidades certificadoras e diz que uma das funções é vincular pares de chaves criptográficas ao seu titular, ou seja, a autoridade certificadora é quem vai dizer se este par de chaves é do Marco Aurélio.

O terceiro dispositivo a que chamo a atenção é o art. 10 – esse é delicado. O que diz o art. 10? O *caput* diz que instrumentos públicos e particulares são todos os previstos na medida provisória, mas vamos ao parágrafo primeiro: as declarações constantes dos documentos em forma eletrônica, produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP Brasil, presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, nos termos do art. 131 do Código Civil. Ou seja, primeiro tem uma perplexidade redacional, porque o dispositivo começa dizendo que “as declarações constantes dos documentos” e, depois, “presumem-se verdadeiros”. O que se presume verdadeiro, as declarações? Então, deveriam ser “verdadeiras”. “Presumem-se verdadeiros” são os documentos. Então, o sujeito está errado, ou presume-se verdadeiro ambos, porque o masculino pode ser o neutro latino, podendo se referir a ambos. Tanto as declarações quanto os documentos presumem-se verdadeiros. Esse é um belo campo para um civilista abundar-se na declaração de vontade versus a validade do documento. O que interpreto aqui – vou falar de eletrônica, não vou falar nem de contratos nem de seguros –, o que extraio do dispositivo? É uma intenção clara do legislador de procurar assegurar o maior grau de veracidade possível, de valor jurídico, a tudo que acontecer no âmbito eletrôni-

co. O que podemos esperar para o futuro? A que outros temas deveremos estar atentos para o futuro? Especialmente, é uma mera resenha de dispositivos que encontrei no novo Código Civil, grande parte deles mera repetição do atual Código Civil, mas no qual a variável eletrônica vai ter uma certa repercussão – e farei uma listagem muito singela, falando da edição que eu tenho, não sei se a numeração mudou: primeiro, o art. 111 quando fala do silêncio, que importa anuência quando as circunstâncias ou os usos autorizem e não for necessária a manifestação de vontade expressa. Ora, quando navego na *internet*, vou recebendo uma série de avisos que dizem “cuidado, não faça isso, se você prosseguir, você estará aceitando determinada cláusula, se você for adiante nesse *site*, você estará aceitando ou recusando determinado pedido etc.” Como é interpretar essa não manifestação expressa de vontade contrária? Posso interpretar que houve silêncio e, portanto, aceitação? E se no final daquela navegação sai um boleto bancário para pagamento, posso afirmar que houve aceitação daquela determinada cláusula que foi apresentada com tanta clareza no *site*?

Outro dispositivo, o art. 113, segundo o qual os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do local da celebração. Esse também, como o art. 111, é um dispositivo sem paralelo no Código Civil atual. Quais são os usos do lugar da celebração? Onde é o local da celebração? Ele foi celebrado em São Paulo ou em Itacoatiara, no Amazonas? Será que posso exigir, de um consumidor final que está em Itacoatiara e que digitou alguma coisa em um terminal de computador, o mesmo grau de ciência e de assunção de responsabilidade contratual de um contratante que está em Porto Alegre, Curitiba ou em São Paulo? Então, um contrato de seguro celebrado entre uma seguradora de São Paulo e um cliente em Itacoatiara deverá ser interpretado de acordo com quais usos? Os usos de Itacoatiara ou os usos de São Paulo? É claro que em cidades como São Paulo e Porto Alegre o convívio social gerou uma certa experiência coletiva que não pode ser ignorada, mas pelo convívio social em Itacoatiara, aquilo pode ser apenas uma máquina colorida e não um computador que celebrou o contrato de seguro.

Outro dispositivo é o art. 141, que tem correspondência com o atual art. 89, que trata da transmissão errônea da vontade por meios interpostos. Essa transmissão errônea é anulável nos mesmos casos em que for feita por declaração direta. Ora, meio eletrônico é meio interposto, mani-

festação de vontade por meio eletrônico é meio interposto, portanto, ela pode ser anulada da mesma forma que a manifestação expressa. Poder-se-ia dizer que no meio eletrônico você está vinculado, e ele é irreversível; mas não, ele estará sujeito às mesmas vicissitudes da manifestação de vontade no campo físico.

O art. 180 fala da invalidade do negócio jurídico. O menor, entre 16 e 18 anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se no ato de obrigar-se declarou-se maior. Muito bem: quais são os grandes usuários da internet? Maiores de 16 anos? Não, são pessoas de 14, 13, 12 anos e como que ficam, então, os contratos, os negócios, as operações ou as declarações feitas pelos menores de 16 no âmbito da internet? Qual o tipo de aviso, de *disclaimer* ou de ressalva que o titular do *site* tem que usar para cercar todas essas possibilidades? Você tem que declarar a idade? Você tem que declarar que é maior? Será que é necessário colocar todas essas cláusulas para garantir que aquele que clicar o OK final estará celebrando um contrato válido e eficaz?

Outro dispositivo, e aqui somente enumerando, pois acho que pode ter interesse para os senhores da área de seguro, é o art. 428, I, que trata da formação dos contratos e o art. 427, que trata da proposta. O art. 427 diz: deixa de ser obrigatória a proposta, número I, se feita sem prazo a uma pessoa presente, número II, se feita sem prazo a uma pessoa ausente, III, se feita à ausente etc., mas que é presente e quem é ausente na internet? Estou negociando entre presentes ou entre ausentes? Aí, tem outro dispositivo interessante, o art. 428, I, que diz que se considera presente quem contrata por telefone ou meio de telecomunicação semelhante. Ótimo, então quem contrata pela internet é presente e, portanto, se ele estiver no exterior ele estará presente também e, se eu aceitar que alguém do exterior acesse o meu *site*, estarei aceitando a celebração de um contrato com alguém presente ainda que a pessoa esteja no exterior. Então poderei vender seguro para alguém que esteja no exterior? Posso? Pergunto para os senhores, pois eu não sei – como disse, de seguros não entendo.

Outro dispositivo interessante é o art. 429, que trata da oferta ao público e que também não encontra paralelo no Código Civil atual. A oferta ao público equivale à proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrato resultar das circunstâncias ou dos usos. Se

puser na *internet* e disponibilizar, também pela *internet*, condições para celebração do contrato, isso valerá como proposta? Isso é uma oferta pública? Ao menos que tenha um *disclaimer* ou uma cláusula de ressalva, poderei estar realmente apresentando uma proposta quando abrir um *site* na *internet*, com as responsabilidades que a proposta encerra, valores, termos, condições, cláusulas e assim por diante. Terei que disponibilizar a apólice inteira na página da *internet*.

Outro dispositivo, o art. 485, que corresponde ao atual art. 1087: reputar-se-á celebrado o contrato no lugar onde ele for proposto. Onde ele foi proposto, no *site*? Aqui há um problema técnico delicado, que era uma preocupação que teve a OAB de São Paulo, quando apresentou aquele anteprojeto de lei sobre comércio eletrônico que está tramitando no Congresso, que era obrigar o titular do *site* a indicar, no *site*, onde se encontra fisicamente, pois *site* não tem lugar, *site* não é coisa que possa ser captada, *site* é um *software* que pode ter um pedaço em cada lugar do mundo. Aí vamos enfrentar um dos mitos da *internet*: o “ponto br” (“.br”) não significa que o *site* esteja no Brasil, “ponto br” significa que o titular daquele domínio está cadastrado no Brasil, mas o *site* pode estar espalhado por máquinas do mundo inteiro. Assim, onde é o local da proposta? Se a oferta ao público equivale à proposta, se a oferta ao público é feita pela *internet*, diria, então, que o local da proposta é o local do *site*. Mas onde é que está o *site*? Não sei onde está o *site*. Daí dizer: nossos *sites* têm que ser feitos com muita cautela, especificação de local, pois o local vai determinar as regras da contratação, a lei aplicável, vai determinar o foro para discussão daquele determinado contrato e assim por diante.

Outro dispositivo – fui um pouco ousado, me desculpem, de entrar na área dos senhores, mas vamos ver o que o Código diz sobre seguros, quais dispositivos do novo Código, que em grande parte são os atuais, têm algum reflexo em termos do seguro. Primeiro, temos o art. 758, que não tem paralelo no Código atual. O contrato de seguro prova-se com a exibição da apólice ou do bilhete do seguro e, na sua falta, por documento comprobatório do pagamento do respectivo prêmio. Documento comprobatório, tudo bem, posso até ir à *internet* e pedir um *print* do pagamento que fiz, mas como é que exibo a apólice de seguro se ela for digitalizada, se ela for eletrônica? Aí um detalhe: o verdadeiro documento eletrônico é o registro informático; aquilo que imprimimos é a expressão material do

documento eletrônico, mas o documento eletrônico mesmo é o registro informático, fato que gera problemas curiosíssimos.

Estou chegando ao final da exposição. Permitam-me contar uma experiência que tive ainda quando era advogado da linha de frente. Eu tinha que impetrar um mandado de segurança na área tributária para liberar uma determinada mercadoria na alfândega: isso foi mais ou menos em 1993; o cliente me ligou e eu disse que tudo bem, disse para mandar a guia de importação e ouvi aquele silêncio do outro lado do telefone. então perguntei qual era o problema; o cliente disse que não tinha guia de importação; foi logo na implantação do SISCOMEX; perguntei como não tinha guia de importação, como é que estava fazendo a importação se não tinha guia de importação; o cliente disse que tinha a tela; mas qual tela?; ele tinha a tela do computador e eu disse que precisava daquele documento, pois o mandato de segurança requer prova pré-constituída e tinha que ter o documento na mão. Eu parei e perguntei se dava para imprimir (solução de advogado); e dava: *print screen* e vai sair impresso. Fiz o mandado de segurança e juntei aquele *print*, esperando para ver se haveria alguma objeção, pois caso viesse um incidente de falsidade, dizendo que não era verdadeiro aquele *print*, eu estaria absolutamente a pé, porque não tinha como provar. Como provar que aquele *print* correspondia à tela que apareceu na máquina do meu cliente quando estava *on-line* com o SISCOMEX. Não conseguiria provar. Santo Ivo, que é nosso patrono, fez com que a autoridade coatora não objetasse a validade daquele *print*. Fomos adiante e valeu o *print*. Mas e se o juiz levantasse a objeção? O verdadeiro documento eletrônico é o registro que está na máquina, não aquele papel. Aquele papel é a representação material do documento eletrônico. Aí pode haver um problema de dúvida quanto à validade daquele objeto, então, me pergunto, à luz do art. 758, como posso exibir a apólice eletrônica? A apólice de papel nós exibimos, mas e a apólice eletrônica? Exibimos apenas a expressão material da apólice eletrônica e, então, aparecem todos os problemas: se aquela expressão material corresponde ao registro informático efetivo e se o registro informático que tem a empresa equivale ao registro informático que o cliente usuário tem, ou não. É o problema de exibição da apólice. Exibo o disquete, coloco na tela do computador do juiz e digo que ali está a apólice? Anexo aos autos do processo o disquete?

Outros três dispositivos – e com isso vou encerrando a exposição. O art. 759, também sem paralelo: a emissão da apólice deverá ser precedida de proposta; proposta escrita com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco. Proposta escrita! A memória do computador é escrita? Há uma dúvida técnica muito séria sobre isso, porque a memória de computador não se altera fisicamente, simplesmente se reorganiza a memória, por isso é que pode apagar e escrever de novo – você estará simplesmente organizando e desorganizando. O que é a proposta escrita que vai ser indispensável para a emissão da apólice?

Depois, o art. 775: agentes autorizados do segurador presumem ser seus representantes para todos os atos relativos aos contratos que agenciarem. Pergunta: portais são agentes autorizados pelo segurador? Portais são meramente jornais que dizem onde estão os seguradores para serem contatados da forma devida?

E, por último, o art. 785, no caso de seguro de dano, que trata da transferência do contrato e os parágrafos primeiro e segundo, que dizem que a transferência só produz efeito mediante aviso escrito, assinado pelo cessionário e que a apólice só se transfere por endosso em preto, datado e assinado pelo endossante e pelo endossatário. Eu pergunto: onde é que se coloca o endosso na apólice?

Vejam os senhores que a legislação é feita para uso em meio físico e a introdução da variável eletrônica põe em dúvida e gera perplexidades para um sem número de aspectos não cogitados no momento em que se cria um determinado instrumento como o *site*, uma determinada facilidade como a contratação eletrônica e não se tem, por vezes, a noção do efetivo alcance destas alterações. Alguém dirá: mas nós sempre convivemos com isto. É verdade! Mas também nós sabemos pela experiência de advogados, e aí um velho advogado, com quem convivi há muitos anos, disse: se as partes estão de boa-fé e de confiança, não precisa escrever nada, mas se não estão, não adianta escrever muita coisa.

Muito Obrigado!

João Bosco Lee

Gostaria de parabenizar o professor Marco Aurélio Greco pela excelente palestra e abrir a palavra ao público para os debates.

Alessandro Octaviani

Professor, tivemos aqui, nos dias anteriores, a exposição do professor Ronaldo Porto Macedo sobre os contratos relacionais que me pareceram ser aqueles contratos nos quais o compartilhamento da informação era a marca registrada, ou seja, estaríamos diante de uma relação negocial na qual ambas as partes teriam praticamente idêntico conhecimento, idêntica capacidade técnica para discutir e, assim, teríamos o longo prazo de uma relação negocial. Por outro lado, o professor Waldo Sobrino, quando fez sua exposição, mencionou alguns contratos eletrônicos como aqueles nos quais teríamos uma grande assimetria de conhecimento entre as duas partes; ele chegou a mencionar os *shrink-rap*, que seriam aqueles blocos contratuais que recebemos ao mero clicar de um OK, e estaríamos então obrigados a uma série de comportamentos jurídicos dos quais não teríamos, muitas vezes, adequado conhecimento. Me parece que essa assimetria, então, dos contratos, caracteriza o contrato feito por meios eletrônicos como aquele em que o exercício do poder, do poder técnico de uma das partes, é mais acentuado ainda. Quando falamos de alguma atividade econômica, como, por exemplo, a atividade de seguros, já temos uma clara assimetria entre as duas partes na maioria dos contratos, os contratos de massa, e muitas vezes não, como foi colocado pelo professor espanhol: no fechamento do contrato da Telefônica quem deveria tomar cuidado eram as seguradoras, porque a Telefônica saberia muito mais do que algumas dessas seguradoras. Minha pergunta é a seguinte: haveria nos contratos realizados por via eletrônica uma dupla hipossuficiência? Como é que ficaria o consumidor de uma determinada atividade econômica? Na aceção dos senhores, como é que ficaria? Teríamos uma dupla hipossuficiência, uma decorrente da atividade econômica e outra da atividade digital?

Marco Aurélio

Acho que devemos fazer uma distinção. Temos contratos tradicionais que são celebrados por meio eletrônico. Comprar discos pela *internet* ou em uma loja é a mesma compra e venda e fim de conversa. Aí, se houver hipossuficiência será a clássica. O meio eletrônico não altera esse as-

pecto, porque o perfil do contrato já é conhecido, mas contratos que envolvem outros aspectos, por exemplo, a transferência de um banco de dados, a transferência de um *mailing*. O *shrink-rap* não é uma novidade e nem é diferente da compra de uma caixinha de um *software* e lá está dito que, se romper este lacre, terá aceito todas as cláusulas não lidas; abre-se a caixa e usa-se o programa. Não há diferença entre o *shrink-rap* físico ou o *click* do aceite, que vem até com uma listinha para poder ler, que li uma vez, entendi, achei razoável, mas não são em todas as atualizações daquele *software* que vou ler todas as EULA (*end user license agreement*). Confesso que se estiver assumindo um risco indevido teremos, sim, situações em que haverá dupla hipossuficiência, tal como se estivermos com um tipo de contrato que demanda um conhecimento mais refinado, não se estivermos simplesmente comprando um CD na *internet*. Mas se estivermos comprando um *software* por *download* na *internet*, aí já acho que é diferente de comprar o CD do mesmo *software*, pois isso já envolve uma tecnologia de atualização, pode envolver uma alteração na minha máquina para ela aceitar aquele programa novo, pode mexer em registros da minha máquina para ele poder se instalar, enfim, pode ter uma série de outros dados que não são, a princípio, transparentes, porque depois que comprei, abri, coloquei o CD e olhei, posso retirá-lo e não acontecer nada, mas depois que der o *click* do aceite, ele já começará a mexer na minha máquina e pode ser irreversível.

Então, se o objeto for o mesmo e o tipo de contrato for idêntico, o instrumento diferente não alterará a dupla suficiência, mas há uma série de contratos em que há uma hipossuficiência sim, em que vou alegar boa-fé, confiança, erro, enfim, todas aquelas vicissitudes contratuais.

Frederico da Silveira Barbosa

Primeiro gostaria de agradecê-lo, pois, em junho do ano passado, eu e mais três colegas fomos convidados para ministrar umas aulas na FIPE sobre comércio eletrônico e seu livro foi essencial para entender qualquer uma dessas coisas.

Marco Aurélio Greco

Muito obrigado!

Frederico da Silveira Barbosa

Naquela oportunidade tinham pessoas de seguradoras, de bancos, não tinha nenhum advogado e algumas questões surgiram e o senhor as repassou aqui agora. Queria colocar, não é minha a questão, mas de quem pensou com a cabeça de não advogado: o lugar do contrato não seria a *internet*?

Marco Aurélio Greco

A *internet* não existe de verdade. Ela é uma mera lógica. Não é um local físico.

Frederico da Silveira Barbosa

Os usos e costumes da *internet* talvez?

Marco Aurélio Greco

Podem ser, os usos e costumes da *internet*. Inclusive, o português, como língua, está se alterando. Você é "vc" e outras coisas desse tipo. Claro, há usos e costumes no âmbito da *internet*.

Frederico da Silveira Barbosa

Outra questão era natureza da *internet*: se é meio de comunicação, ou não. Uma questão que o Senhor colocou, a do leilão da apólice de seguro, do corretor de seguro, hoje em dia existem os leilões invertidos e dependendo, talvez, se você tem no meio de comunicação o anúncio – quero comprar seguro – talvez não seja atividade de corretagem? Depende talvez da natureza da *internet*, ela é um meio de comunicação?

Outra questão é o armazenamento das informações. A responsabilidade do plano de saúde, o que acontece a uma empresa seguradora que é invadida por um *hacker* que se apodera de todas as informações de seus clientes? Aconselhamos a algumas clientes a não ter o armazenamento de dados interno, achamos que não vale à pena. Talvez apenas para quem é especialista em informática, para quem é de outro ramo.

Marco Aurélio Greco

Veja, acho que temos que ter soluções e que elas vão aparecendo passo a passo. O que é indispensável é termos consciência do problema e da seriedade do problema. Diga-me o seguinte: se vou fazer uma análise clínica, quero saber qual é o meu Rh e pego a resposta pela *internet*; dou a data que fiz o exame, um código e vem o resultado pela *internet*. Existe algo mais íntimo que o meu exame de sangue? Qual é o grau de segurança que o laboratório de análises clínicas está dando ao seu banco de dados? Porque se ele me fornece, o *hacker* pode entrar; para ele me fornecer, estão disponíveis todos os exames, e o computador dele, com a informação que eu der, vai procurar qual é o meu exame, mas para trazer o meu, ele vai procurar em todos e isso significa que um *hacker* que entrar naquela tela e souber manejar aquela tela, poderá ter condições de acessar o banco de dados do laboratório de análises clínicas.

Frederico da Silveira Barbosa

E o Senhor acha que o laboratório tem responsabilidade?

Marco Aurélio Greco

A responsabilidade nesse caso é a mesma responsabilidade no caso de um processo em segredo de justiça ser deixado sobre a mesa. Qual é a responsabilidade? Tem responsabilidade? Tem. Aí teremos que indagar se houve culpa, negligência etc. O risco não é algo novo após o exercício da atividade. O simples exercício da atividade já traz embutido o risco. Ou seja, o risco não é uma vicissitude superveniente à atividade, ele está inerente à atividade. É por exercer a atividade, seja qual for a condição em que seja exercida, é que terei responsabilidade, porque já assumi alguns riscos.

Viviane do Amaral Curi

Primeiro, agradeço a brilhante exposição. O Senhor me deixou muito preocupada e nem meus *downloads* de *MacFee* não vou mais fazer. Enfim, minha preocupação é outra. Tenho relacionamento de amizade com

vários tabelionatos de notas no Brasil e não sei se é do seu conhecimento, mas um grupo de tabelionatos de notas está lançando no país um projeto onde certas atividades do tabelionato serão colocadas à disposição via *internet*: reconhecimento de firmas, autenticação de documentos etc. Pela sua exposição, não teríamos ainda uma tecnologia de segurança suficiente para lançar no mercado esse tipo de projeto. Entretanto, ao discutir o assunto com esses tabeliões, até por uma relação de amizade, me foi informado, aí queria dirigir minha pergunta não só ao senhor, mas estendê-la ao professor José Maria Paredes e ao nosso também palestrante do México que se encontra no fundo, dizendo que em outros países, como exemplo, Espanha e México, especialmente no México, já existe um sistema similar que atua com toda a segurança necessária. Sua exposição me deixou preocupada e com questionamentos a respeito disso porque, afinal de contas, a intimidade de um exame de sangue colocada à disposição do público pode fazer um estrago, o Senhor imagina a intimidade de sua assinatura eletrônica ou de seu reconhecimento de firma ou da autenticação de um documento privado? Isso, na esfera dos advogados, é uma catástrofe.

Marco Aurélio Greco

Da minha parte, tive notícias de que estava sendo estudado isso. Não sei como vai ser implantado e como vai funcionar. Eu lhe diria que é bem complicado fazer essas coisas pela *internet*. Sou um fã da tecnologia, embora imensamente desconfiado, porque ela faz maravilhas e havia um programa, que hoje está embutido em outros programas, que chamava *Morph* – algum dos senhores talvez lembre. O que era isso? Você pegava uma fotografia, digitalizava e, a partir dessa fotografia, começava a mexer, puxava os lábios, distorcia o rosto etc., você fazia uma caricatura a partir daquilo. Por que não poderia fazer uma assinatura? Na autenticação de documentos, por sua vez, pode-se afirmar que aquele documento é realmente autêntico. Se o documento for eletrônico ainda se consegue, mas se o documento for físico não. Existe um programinha chamado OCR que transforma o texto de uma folha “escaneada” em arquivo *Word* e que acerta por volta de 90% – o resto pode ser acertado com um corretor ortográfico. Em um documento *Word* posso trocar as letras que estão lá dentro, e aquilo que era um contrato pode virar um distrato. No que diz respeito à

segurança jurídica, no sentido de documentos jurídicos, sou muito cauteloso. Diria que, nesse ponto, o projeto da OAB é muito sábio, pois abre a possibilidade de existirem várias entidades certificadoras, de existirem várias prestadoras de serviços, mas desde que o controle tecnológico seja muito restrito. O segredo é a tecnologia que está sendo utilizada.

A chamada chave de criptografia tem um tamanho. Até pouco tempo atrás – já houve modificações – havia uma proibição, nos Estados Unidos, de uso e exportação de *softwares* que utilizassem uma criptografia maior do que 128 *bits*. Para se ter uma idéia, era considerado questão de segurança nacional o tamanho da chave. Pelo tamanho da chave é que se tem o tempo para descobrir a própria chave. Enquanto os Estados Unidos consideravam questão de segurança nacional *softwares* com mais de 128 *bits*, circulava pela *internet* um *software* gratuito chamado PGP – criado por um cientista que estava nos Estados Unidos e que teve que sair daquele país justamente por causa disso – que fazia, que produzia chaves de 2.048 *bits*, sendo que cada *bit* a mais não aumenta em um, mas dobra a complexidade da chave. O que me pergunto é: por que é questão de segurança nacional ter uma chave de determinado tamanho? A tecnologia obviamente avançou, então estão sendo comercializados de 140, de 256 etc. Mas por quê? Porque aí é que está o grau de segurança daquela determinada comunicação, daquela determinada mensagem.

Está em pauta um problema que o Brasil precisa decidir: que tipo de autoridade certificadora será aceito e qual tipo de tecnologia será implantado no Brasil? Uma tecnologia de 128 *bits* – que para os Estados Unidos é boa – ou uma tecnologia de 2.048 *bits* que, portanto, até os Estados Unidos terão certa dificuldade para decifrar? O que pode parecer algo banal vai esbarrando em dois valores fundamentais, de um lado a privacidade – já mencionada – e de outro lado a segurança nacional. Esse é eu não sei. O que estes cartórios estão imaginando? Que grau de segurança estão pensando? Qual a tecnologia que está sendo aplicada? Com base em que padrões? Padrões internacionais, americanos? Nosso Presidente da República defendeu na França, há três dias, a necessidade de repensar o relacionamento global e não mais termos hegemonias de políticas. O nosso Presidente defendeu essa posição há três dias na França, com a qual concordo.

Então, temos que nos perguntar: precisamos de uma tecnologia? Sim, de uma que nos dê o maior grau de segurança possível. Temos que

fugir da tecnologia? Não. Esse período de insegurança vai passar? Não vou confessar minha idade, mas, na primeira conta bancária que abri, o gerente, quando me deu o talão de cheques, me disse "olha rapaz, não use aquela coisa que anda por aí que é muito bonitinha, pois cheque aqui só com caneta tinteiro". Não era nem caneta vermelha, era só caneta tinteiro; esferográfica era proibida de utilizar em preenchimento de cheques, porque era inseguro, porque borrava, apagavam, ia ser adulterado etc. Ou seja, aquelas dúvidas daquela época se superaram e se chegou a um sistema de segurança muito aceitável. Talvez estejamos vivendo a mesma dúvida da caneta esferográfica de... não vou dizer a quantos anos atrás!

José María Muñoz Paredes

Obrigado. Entendo que a instituição equivalente no meu país é a dos "notários", também chamados "escrivãos".

Os escrivãos espanhóis fizeram um grande investimento, digamos, não no comércio, mas na tramitação de documentos eletrônicos: têm sua própria instituição certificadora e contratam um sistema criptográfico próprio. Realizam, agora, o que chamamos de anotações preventivas nos registros de propriedade: quando se constitui uma hipoteca, por exemplo, não se espera que chegue a escritura original, o conteúdo é enviado eletronicamente com a assinatura digital para que a anotação seja imediata.

Mas esses atos a que se referia, de reconhecimento de firmas, de autenticação de documentos, em princípio, na Espanha, até onde sei, não é possível praticá-los senão na presença física do escrivão, pois é uma outorga de fé pública. O escrivão somente poderá dá-la se estiver presente e poder reconhecer a firma ou documento.

Desconheço a existência de trabalhos nesse sentido, o que exigiria uma importante mudança na legislação. Não creio que isso possa acontecer na Espanha, porque, de todo o sistema cartorário que existe na Europa, o espanhol é um dos mais rentáveis. O escrivão é uma espécie de terceiro gênero entre funcionários públicos e profissionais liberais. Tem altíssimo prestígio e sua intervenção é sempre absolutamente inquestionável. Essa modificação produziria um grau de incerteza que acabaria com a segurança outorgada pela intervenção do escrivão.

Pablo Medina Magallanes

Este não é um tema que conheço com profundidade. Sei que, no México, há uma série de projetos oficiais sendo desenvolvidos em relação à certificação eletrônica; isso tem incomodado, pelo pouco que sei, as associações de escrivãos. Como na Espanha, hoje, toda função de certificação é feita pelos escrivãos.

No México, o comércio eletrônico é muito novo, pois houve uma reforma na legislação de comércio em março do ano passado, pela qual se incluiu o comércio eletrônico. É muito curioso notar que, nessa reforma, o que se pretende é tornar o comércio eletrônico uma hipótese, no sentido apenas de incluí-lo na legislação.

Mas todo problema passa, como expôs o Dr. Greco, pela comprovação da origem do documento, especialmente da assinatura.

Pelo pouco que li, a melhor forma de certificação é plasmar uma pessoa digitalmente e, a partir daí, iniciam-se as operações em comércio eletrônico.

Creio que a verdade é que ainda não se chegou a nenhuma conclusão. Se primeiro tiver que assinar para somente depois fazer as coisas, convenhamos...

Joao Bosco Lee

Talvez o Dr. Francisco Artigas queira colocar a questão do comércio eletrônico no Chile.

Francisco Artigas

Obrigado. Bom dia. No Chile existe um projeto de lei para autorizar e regular a certificação eletrônica da assinatura. Penso que isso é inevitável no mundo. Vai acontecer em todos os países, inclusive na Espanha – penso modestamente, com humildade. É um avanço que não se pode deter.

É necessário estabelecermos meios de segurança suficientes para poder dar credibilidade ao sistema. Mas isso pode ser obtido por meio do sistema eletrônico e a segurança devida por parte do Estado.

Penso que é inevitável que isso ocorra em algumas partes, agora ou mais tarde.

José María Muñoz Paredes

Queria fazer um esclarecimento. Referi-me unicamente à autenticação da firma que, no direito espanhol, está referida como autenticação da assinatura autógrafa.

Vejam bem. Temos, há dois anos, uma lei de assinatura digital segundo a qual a assinatura pode ser certificada e autenticada eletronicamente – seria absurdo o contrário.

Temos, também, uma regulamentação bastante ampla de comércio eletrônico, em que são abordados todos os problemas comentados, com bastante propriedade, pelo Dr. Greco, sobre a territorialidade, a localização das operações. Creio que o panorama legislativo é bastante complexo.

Era esse o esclarecimento.

Francisco José Moesch

Gostaria de fazer um registro em cima da qualidade, da precisão da palestra do Dr. Marco Aurélio Grecco. Dizia a ele, pouco antes do início, que costumava examinar sempre as suas obras em matéria tributária e, ainda esta semana, sobre um tema tratado de forma um pouco episódica, encontrei os seus comentários que, na parte mais densa, mais forte, resolveu minha preocupação.

Digo isso ao Rafael, que comentava aqui com o Ayrton, que é advogado desde 1963, e o Rafael é estudante do sétimo semestre de direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Vejam que beleza esses desafios especialmente para a área jurídica. O que o Marco Aurélio colocou tão bem, de forma tão precisa, tão detalhada, e sobre as dúvidas em relação a isso, fazendo a correlação inclusive com o Código Civil, se coloca para nós em termos de desafio.

Fiz aqui dez laudas de anotações e amanhã vou procurar conversar com o nosso desembargador da área de informática sobre os cuidados e vocês vão dizer: mas o senhor não estava preocupado com isso? Sim, é que nós participamos disso para exatamente fazer o nosso fio

terra sobre preocupações, inclusive sobre assinaturas. Às quintas-feiras costumo assinar trezentos documentos, que são as tiras e os ofícios das decisões de quarta-feira. Então, vamos para alguma coisa que seja moderna e ágil, mas, talvez, não tão segura. É exatamente o que diz a doutora em relação ao aspecto dos tabelionatos. Então, cumprimento a organização do evento e cumprimento de forma demorada o professor tributarista com quem nós lidamos semanalmente, o Professor Marco Aurélio Grecco.

Rafael Barreto Garcia

Gostaria de aproveitar, em nome dos alunos da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, e destacar a importância deste convite para nós, enquanto entidade representante de alunos que estão ainda em formação. Uma formação deficitária em um certo sentido, pois temos um currículo restrito. A maioria das universidades sequer aborda essa temática que é muito importante, não só a arbitragem, também o comércio eletrônico e uma série de questões, inclusive o direito do seguro. Então, é uma importância enorme estar presente, inclusive em parceria com o IBDS nos próximos eventos e nos próximos anos, porque temos a preocupação sempre presente da qualidade do ensino jurídico no Brasil.

Comentava há pouco com a Professora Guiomar Faria e ela fez uma colocação que é deveras verdadeira no tocante à sorte que nós alunos tivemos, por exemplo, de ter uma professora como a Judith Martins-Costa em Teoria Geral dos Contratos e Obrigações, que formou um temário extremamente rico para que pudéssemos trabalhar com questões novas como esta e, assim, saber lidar enquanto futuros profissionais, futuros operadores do direito.

Gostaria de gentilmente pedir aos senhores uma grande salva de palmas para essa iniciativa do IBDS, agradecer formalmente e registrar esse convite muito meritório.

João Bosco Lee

Alguém teria mais alguma pergunta? Na verdade, eu mesmo teria diversas, mas sei que já está próximo do horário do almoço e gostaria de

colocar uma questão muito importante em relação à eletrônica. O problema da *interface*.

Existe uma pequena anedota em relação à arbitragem. Há alguns anos foi criado um *site* chamado *Virtual Juri* onde se propunha a realização de arbitragem *on-line*. Depois de alguns anos, verificando que não existia nenhuma arbitragem, colocaram uma propaganda dizendo que haviam feito duas arbitragens. Verificando a origem dessas arbitragens, concluiu-se que essas arbitragens foram simuladas pelos proprietários do *site*. Então, existem algumas operações em que se faz necessária a presença física. A arbitragem seria uma delas. Agradeço mais uma vez a brilhante palestra do Dr. Marco Aurélio Grecco e passo a palavra ao presidente do IBDS.

IV

APÊNDICE

BREVES REFLEXÕES SOBRE O CONTRATO DE SEGURO NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO¹

VERA HELENA DE MELLO FRANCO²

A norma do artigo 757, do Código Civil de 2002, torna claro o caráter comutativo do contrato de seguro quando substitui a expressão “indenização” por aquela de “garantia”.

Dessarte, afasta o entendimento daqueles que viam o contrato de seguro como um contrato aleatório, já que a indenização, a par de secundária, é eventual.

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

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

1. Texto apresentado no *I Módulo preparatório do II Fórum de Direito do Seguro do IBDS* (São Paulo – junho/2002)

2. Professora Doutora de Direito Comercial da USP – Universidade de São Paulo e Membro do Conselho Diretor do IBDS

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

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

A par disto, sob outro ângulo, a expressão indenização, tal como acatada no Código Civil de 1916, era incorreta, posto não ter na técnica securitária a mesma abrangência que a expressão garantia. A prestação do segurador existe desde o momento da realização do contrato, embora somente comece a vigorar, na prática, após o pagamento do prêmio, enquanto a obrigação de indenizar somente surge com o sinistro, sendo ademais eventual.

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

Louvável, ainda, o ter-se acatado a expressão interesse, assim entendido como uma relação de valor entre uma pessoa e uma coisa ou entre uma pessoa e outra pessoa. Firma-se, dessarte, a posição do interesse como elemento essencial do contrato de seguro, elemento cuja ausência pode levar à nulidade do contrato. Com esta redação fica claro que o objeto do contrato não é o bem ou a pessoa, mas o interesse em relação à coisa ou à pessoa, o que permite justificar a existência de diferentes seguros incidentes sobre um mesmo bem.

Outrossim, a redação afasta as discussões para determinar se o interesse estaria presente também nos seguros de pessoas, posto que a par de afirmar "... relativo à pessoa ou à coisa ...", repete a exigência, em seguida, na norma do seu artigo 789, com relação ao seguro de pessoas.

Firma-se, com isso, o interesse como objeto do contrato de seguro e elemento essencial que deve estar presente, tanto no seguro de danos quanto naquele de pessoas, levando, aparentemente, à crença de que o Código agasalhou a concepção unitária do contrato de seguro, conforme preconizado pela nova teoria indenitária. Todavia, reservo-me o direito de repensar, com mais tempo, este primeiro entendimento.

Algum esclarecimento, contudo, deve ser feito quanto à inclusão da expressão "legítimo", posto que, à primeira vista, pode levar à crença

de que se tenha em vista a licitude – e não é esta, exatamente, a idéia da lei. É certo que o interesse que se quer segurar deve ser lícito, mas, com a idéia de legítimo interesse, o que se quer frisar é que o segurado deve estar interessado em que o sinistro não ocorra e não outra coisa (interesse esse que deve ser próprio e não alheio).

Em seqüência, o parágrafo único torna bem claro que se trata de atividade submetida à autorização prévia administrativa para funcionar. Como tal submete-se ao controle do Estado, controle esse que não se manifesta somente no momento da autorização, mas igualmente durante a sua existência e, inclusive, perante o seu declínio, posto que as seguradoras, já que equiparadas às instituições financeiras, submetem-se igualmente à intervenção e liquidação extrajudicial sob a égide do BACEN.

Outrossim, bem faz o Código Civil de 2002 no artigo 758, ao esclarecer que o seguro não é um contrato formal e que a apólice é tão somente comprobatória da existência do contrato.

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

Essa é, aliás, a orientação do direito anterior, quando mencionava que o contrato se perfazia com o lançamento, pelo segurador, da operação em seus livros.

Lembramos que a emissão do bilhete do seguro tinha a mesma função instrumental.

Por tal razão, é salutar a menção ao bilhete de seguro e a qualquer outro documento comprobatório do pagamento do prêmio como hábeis a comprovar a contratação.

Esta orientação repete-se na redação da norma do artigo 760 quando inclui o bilhete de seguro ao lado da apólice.

Novidade, outrossim, é tornar expresso na letra da lei a exigência de que tanto a apólice quanto o bilhete de seguros reproduzam no seu bojo os elementos essenciais do contrato, tornando claro, por outro lado, que não só a apólice como o bilhete de seguro, em todos os seguros de pessoas, não podem ser ao portador – e não somente no seguro de vida.

A norma do artigo 761 ressalta a necessidade da indicação da seguradora líder na apólice, quando se tratar de co-seguro, suprimindo a omissão do Código Civil de 1916. Essa representará as demais na hipóte-

se de pendência judicial, o que não quer dizer que as outras estejam impedidas de ingressar na lide.

Com relação ao disposto no artigo 762, a substituição da noção de ilícito pela de doloso, querendo significar aqui ato voluntário, é mais técnica e se coaduna com o princípio indenitário, posto que o que se quer é evitar que o segurado dê causa ao sinistro e não sancionar a prática de qualquer ato ilícito.

De qualquer forma, exclui-se a voluntariedade quando o ato for praticado nas circunstâncias descritas no artigo 188, do Código Civil de 2002.

A redação do artigo 763, do Código Civil de 2002, é expressivamente melhor que a anterior, apta a criar problemas na sua interpretação em grande escala. Firma-se, com ela, o entendimento correto de que a condição para o recebimento da indenização é o pagamento **tempestivo** do prêmio, quer ocorra antes, quer depois do sinistro.

Com isso, afasta-se a possibilidade de algumas decisões, lastreadas no artigo 12 do Dec. Lei 73/66, que confundiam pagamento após o sinistro, como pagamento em atraso. Com a nova redação isso não mais se coloca.

E a orientação está correta, pois o seguro é um contrato consensual que se aperfeiçoa com o consentimento das partes. A assim ser, o pagamento do prêmio é ato de execução do contrato e não de aperfeiçoamento. Razoável, portanto, que, se o segurado não está em mora, seja a indenização devida, ainda que o sinistro ocorra antes do seu pagamento.

Já a norma do artigo 765 torna claro que o dever de atuar com boa-fé estende-se por todo o tempo do contrato e não se restringe somente ao momento da contratação, justificando o dever que tem o segurado de não agravar os riscos cobertos.

E por falar em boa-fé, a norma do artigo 1.444, do Código Civil de 1916, não distinguia entre inexactidão culposa ou dolosa, quando das declarações prestadas pelo segurado, impondo-lhe, de qualquer maneira, o dever de pagar os prêmios vencidos, a par da perda da garantia.

A nova redação, expressa na norma do artigo 766, suprime essa deficiência, deferindo à seguradora a opção entre resolver o contrato ou cobrar a diferença dos prêmios vencidos, quando a inexactidão não for dolosa; isso, inclusive, após o sinistro. Vale dizer, permite a preservação do contrato.

Simultaneamente, estende o dever de prestar declarações exatas ao representante do segurado.

Já a norma do artigo 768, em princípio, representaria um abrandamento a partir do momento que somente considera o agravamento de risco intencional. Essa postura, todavia, logo perde este tom na redação da norma que lhe segue (artigo 769), posto que, agora, torna explícita a obrigação que tem o segurado de comunicar, imediatamente, todo acontecimento suscetível de agravar o risco e, inclusive, faculta ao segurador a possibilidade de resolver o contrato perante a notícia, ainda que o agravamento não seja intencional.

Isso, porém, desde que o faça nos 15 dias imediatos à ciência. Vale dizer que, se não o faz nesse prazo, perde o direito de resolver o contrato. Considera-se tal prazo como de decadência. Sob este aspecto, a sanção é inadequada quando estabelece a possibilidade da perda da garantia, potestativamente, conforme a decisão do segurador. Salva-se somente a obrigação de devolver a diferença do prêmio, o que fica complicado, tendo em vista o princípio da indivisibilidade do prêmio, uma vez que o risco já começou a correr e, principalmente, tendo em vista a qualificação da prestação da seguradora como de garantia, começando a correr desde o momento do pagamento tempestivo do prêmio.

Indago-me: como calcular "meia garantia", "um terço de garantia" etc.?

Desse ponto de vista, pergunto: qual a grande diferença em agravar intencionalmente ou não o risco, objeto do contrato?

Mas a aspereza da norma, em princípio, seria aparente, posto que o segurado somente perderia a garantia se provado que obrou de má-fé. E, cuidando-se de elemento subjetivo (o ânimo), a prova é sempre diabólica. Mas, como de qualquer modo o segurador tem a faculdade de resolver o contrato, devolvendo, quando muito, uma "diferença" de prêmio, cuja quantificação será mais fosfórica do que real, parece que a diferença será nenhuma. Por outro lado, é necessário indagar o que se deve entender sob a locução "logo que saiba".

Outra novidade é a possibilidade de redução do prêmio (art. 770) caso o risco previsto sofra considerável redução. O que se interroga é como isso se colocará perante a mutualidade e, novamente, perante o princípio da indivisibilidade do prêmio, segundo a qual, o prêmio é devido por inteiro se o risco começou a correr.

A norma do artigo 771 torna mais explícito o dever de comunicar imediatamente ao segurador o sinistro, facultando-lhe tomar as providências

necessárias para minorar suas conseqüências. Todavia, vai mais longe e traz para o bojo da lei a obrigação que tem o segurado de atuar no sentido de minimizar as conseqüências danosas. Assim fazendo, transmuda o que antes era um dever, dessarte, impedido de compelir o segurado ao seu cumprimento, em uma obrigação exigível, sob pena de que este perca o direito à indenização.

Ademais, dispensa a prova, pela seguradora, de que teria atenuado ou, inclusive, evitado as conseqüências do sinistro, se avisada em tempo.

Na mesma linha de tornar mais precisas as obrigações de um e de outro, lança por conta da seguradora as despesas para com o salvamento, dentro, é claro, dos limites fixados no contrato. Vale a orientação como incentivo para que o segurado diligencie para minorar as conseqüências do sinistro e se coaduna com a supressão, na nova redação (art. 779), da expressão “salvo expressa restrição na apólice”, anteriormente acolhida na norma do artigo 1.461, do Código Civil de 1916.

Já quanto à obrigação de pagar a indenização devidamente corrigida, não se fazem necessários maiores comentários. A lei, aqui, nada mais fez do que sancionar o que já era entendimento da prática e da jurisprudência.

A proibição do sobresseguro merece agora lugar à parte na norma do artigo 778, fixando-se o momento da conclusão do contrato como aquele da estimativa do valor do interesse segurado (adequando-se a linguagem do Código pela substituição da expressão coisa, por aquela – interesse).

A par disso, acena-se com a possibilidade da ação penal cabível. Estelionato?

Irmã gêmea dessa, a regra que proíbe seguros múltiplos, igualmente, obteve destaque, como se vislumbra no disposto na norma do artigo 782, tornando obrigatória a comunicação ao segurador original da sua intenção de segurar o valor eventualmente descoberto perante outro segurador, de molde a respeitar o limite do valor segurado.

Esta norma deve ser completada por aquela do artigo 781, quando limita o montante da indenização ao valor do interesse segurado no momento do sinistro. Tem-se, com isto, a plena aplicação do princípio indenitário, evitando, por qualquer forma, que o seguro possa ser uma fonte de renda para o segurado.

Quanto ao subseguro, a regra do rateio proporcional, merece agora a acolhida da lei na norma do artigo 783, sancionando dessarte o comportamento de longa data acatado pela prática, sem o que se teria um enriqueci-

mento indevido por parte do segurado tendo em vista a insuficiência do prêmio pago perante a indenização. Todavia, não fixou o momento em que se deve considerar presente o subseguro, se é no momento da contratação ou se no momento do sinistro. Vale, portanto, a regra do artigo 778, mencionada acima. O valor de referência será aquele do momento da contratação.

A norma do artigo 784, que se segue, é visivelmente mais branda do que a disposta no artigo 1.459, do Código Civil de 1916, posto que, quando menciona vício intrínseco não declarado, faz supor que esse, quando declarado, autoriza o ressarcimento.

Complicada, todavia, é a definição de defeito próprio da coisa, como o que não se encontra normalmente em outras da mesma espécie, posto que, a originalidade, eventualmente, pode ser considerada como qualidade e não, exatamente, um defeito.

A norma do artigo 785 reafirma o entendimento do contrato de seguro como "intuito rei". Exclui, todavia, a sua transmissão automática, como ocorria perante a hipoteca ou o penhor.

No mais, ordena, nos seguros nominativos, a comunicação da cessão do contrato ao segurador, isso, mediante documento assinado pelo cedente e pelo cessionário. Complementarmente, dispõe que, quando a apólice ou o bilhete de seguros seja à ordem, somente será transferido por endosso em preto.

Assinala-se que, embora o modo de circulação seja aquele dos títulos de créditos, nenhuma identidade existe entre estes instrumentos e aqueles, posto que, quer a apólice, quer o bilhete, incorporam o direito ao crédito advindo da indenização. A transferência da garantia exige sempre aquela do interesse segurado.

O artigo 786 resolve um grande, enorme, vasto problema.

Lembramos que, até a Súmula 188, a jurisprudência não aceitava a extensão analógica da sub-rogação prevista na norma do artigo 728, para os seguros marítimos, aos seguros terrestres. (É certo que a questão não se colocava para o DPVAT, tal como estabelecido na norma do artigo 8º da Lei nº 6.194/74 e, tampouco, em relação aos seguros facultativos de responsabilidade civil, dado o disposto na norma do artigo 9º da Lei nº 6.194/74).

Igualmente, por outro lado, não aceitava a aplicação do artigo 985, III, do Código Civil, posto que a seguradora não podia ser qualificada como terceira interessada no contrato de seguro.

O segurador é parte do contrato, portanto, quando paga, paga dívida própria e não de terceiro.

Menos ainda auxiliava o recurso à norma do artigo 987, já que esta norma se reportava àquelas dos artigos 1.065/1.078 que regulamentavam a cessão de crédito, exigindo, dentre outras coisas, a transcrição da cessão no Registro Público, sob pena de invalidade do ato.

Com isso, negava-se validade à cláusula expressa nesse sentido.

O resultado finalmente foi a Súmula 188 que, por um lado, admitiu a sub-rogação legal por analogia àquela dos seguros marítimos. Por outro, ampliou a interpretação da norma do artigo 985, III, Código Civil, de molde a acolher a sub-rogação da seguradora no seu bojo.

A nova redação encerra essa canseira e, é claro, exclui da sub-rogação, como preconizava a doutrina, as ações pelos danos causados por dependentes do segurado. E, ainda conforme a lição da doutrina, também foi afastada dos seguros de pessoas (art. 800), posto que esses, pela impossibilidade de delimitar o valor do que é pessoal, não estão submetidos ao princípio indenitário.

Note-se, particularmente, o disposto na norma do parágrafo 2º desse artigo, que impede a seguradora de abrir mão deste direito, por qualquer forma.

Outra contribuição trazida pelo Código Civil de 2002 é a regulação do seguro de responsabilidade civil, tanto facultativo quanto obrigatório.

Aqui, salutarmente, a par de ordenar a denúncia da lide à seguradora, acolhe-se orientação jurisprudencial que faculta seja a indenização paga diretamente ao terceiro prejudicado na hipótese de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

Na face oposta e em seguida, a norma do artigo 788, parágrafo único, ordena à seguradora que promova a citação do segurado para integrar a lide, quando se trate de inadimplemento contratual.

Louvável, ademais, a permissibilidade, agora expressa, da instituição do companheiro ou companheira como beneficiário, inclusive, perante a separação de fato (art. 793). Isso, sem mencionar a necessidade de qualquer espaço de tempo. Com este teor, afasta-se o ranço, consubstanciado na antiga redação do artigo 1.474, do Código Civil de 1916.

A par disso, é necessário aplaudir, igualmente, a orientação acatada na norma do artigo 792, que antecede a esse, quando afasta o seguro

da ordem de vocação hereditária de molde a que, na falta de beneficiários, em primeiro lugar, venha o cônjuge sobrevivente.

Aliás, nesse terreno, bem faz a norma do artigo 794 ao extremar o seguro da herança e tornar bem claro que o capital devido não responde pelas dívidas do segurado. Com isso, um sem número de discussões inúteis deixa de ter significado.

A obrigação da devolução das reservas técnicas é agora objeto de dois artigos (art. 796, parágrafo único, e art. 797, parágrafo único), impedindo que o não pagamento do prêmio num determinado momento torne sem significado a função de previdência da modalidade.

Paralelamente, rompendo com a anterior concepção que excluía a indenização quando a morte resultasse de ato voluntário do segurado e suprimindo a redação esdrúxula do antigo artigo 1.440, parágrafo único (suicídio premeditado por pessoa em seu juízo), a norma do artigo 798 admite a indenização no caso de suicídio se este advém após dois anos de vigência do contrato. Isso, quer esse espaço de tempo decorra do termo inicial do contrato, quer da sua recondução.

Completa esse entendimento a possibilidade da fixação de um período de carência na modalidade e a declaração de nulidade de qualquer cláusula contratual destinada a excluir tal possibilidade.

Vedado está, igualmente, exclusão contratual dos riscos decorrentes da prática de esportes, transporte mais arriscado, prestação de serviço militar ou de atos de humanidade em auxílio de outrem, o que era utilizado, muitas vezes, para burlar a função de previdência da modalidade.

Por final, e graças a Deus, melhora a redação do artigo 1.466, que agora se torna inteligível, deixando claro que o estipulante nos seguros em grupo não representa a seguradora perante o grupo, a par de firmar sua responsabilidade perante a seguradora.

Na mesma linha de esclarecimento, firma o quorum de 3/4 (três quartos) para a modificação da apólice em vigor, o que, todavia, conforme o número de segurados e sua localização, poderá tornar-se tarefa inglória.

Encerrando, a nova redação torna expresso que o reembolso das despesas hospitalares, tratamento médico, custeio do luto e do funeral do segurado, como danos materiais, não se incluem no âmbito do seguro de pessoas, o que simplifica e apazigua as discussões inúteis em torno do tema.