

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO

GABRIELLA DIEGUES FUZESSY TEIXEIRA

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE SEGURO

CURITIBA

2012

GABRIELLA DIEGUES FUZESSY TEIXEIRA

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE SEGURO

Trabalho de monografia apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel no curso de graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

Professor Orientador: Doutor Paulo Roberto Ribeiro Nalin

Curitiba

2012

GABRIELLA DIEGUES FUZESSY TEIXEIRA

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE SEGURO

Trabalho de monografia apresentado para conclusão do curso de graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

Aprovado em: _____

Local da aprovação: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor Paulo Roberto Ribeiro Nalin

Universidade Federal do Paraná

Prof^ª. Doutora Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Kroetz

Universidade Federal do Paraná

Prof. Doutor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

Universidade Federal do Paraná

Resumo

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a funcionalização do instituto de direito privado: contrato. O objeto é especificamente a espécie contrato de seguro. A análise parte de uma visão micro, relação entre segurado e segurador, para estudo da função social do contrato e seus efeitos em relação aos direitos individuais fundamentais. Em um segundo momento, a análise é realizada de forma macro, em que procura-se demonstrar a abrangência dos efeitos deste negócio jurídico para a coletividade. Procura-se demonstrar a importância da observância da boa-fé e das normas vigentes para o cumprimento da função social deste contrato. Esta modalidade de contrato tem sido a cada dia mais demandada no Brasil em razão das transformações sociais e é importante que a função social do instituto seja observada em todas as fases do contrato.

Palavras chave: Contrato, seguro, função social, boa-fé, funcionalização e institutos

ABSTRACT

This study aims to analyze the functionalization of the institute of private law: the contract. The object is specifically the kind of insurance contract. The analysis part of a micro view, the relationship between insurer and insured, to study the function of the social contract and its effects in relation to fundamental individual rights. In a second step, the analysis is performed in a macro, it seeks to demonstrate the scope of the legal effects of this business for the community. It seeks to demonstrate the importance of the observance of good faith and of standards for the fulfillment of the social function of this contract. This type of contract has been increasingly demanded in Brazil because of social changes and it is important that the social function of the institute is observed at all stages of the contract.

Key-Words: Contract, insurance, social function, good faith, functionalization and institutes

"Se fosse ensinar a uma criança a beleza da música
não começaria com partituras, notas e pautas.
Ouviríamos juntos as melodias mais gostosas e lhe contaria
sobre os instrumentos que fazem a música.
Aí, encantada com a beleza da música, ela mesma me pediria
que lhe ensinasse o mistério daquelas bolinhas pretas escritas sobre cinco linhas.
Porque as bolinhas pretas e as cinco linhas são apenas ferramentas
para a produção da beleza musical. A experiência da beleza tem de vir antes".

Rubem Alves

SUMÁRIO

Introdução.....	8
1. Funcionalização Social dos institutos do Direito Civil	10
1.1. Função social da propriedade.....	13
1.2. A função social do contrato	18
1.2.1. Boa-fé das partes contratantes.....	20
2. Surgimento Histórico do contrato de seguro.....	25
3. O Contrato de Seguro.....	28
3.1. Conceito	28
3.2. Natureza Jurídica.....	31
3.3. Classificação do seguro.....	36
3.3.1. Quanto ao objeto:	36
3.3.2. Quanto ao sujeito:.....	37
4. Seguro e o CDC	38
5. Seguro e economia.....	40
6. Função social do contrato de seguro.....	43
Conclusão.....	48
Referências bibliográficas.....	50

INTRODUÇÃO

O Brasil tem passado por transformações econômicas significativas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. O crescimento econômico e a circulação de riquezas despertou no brasileiro a preocupação com a manutenção do seu patrimônio. São diversos os riscos a que estão expostos, seja pela violência cotidiana, seja por eventos naturais ou por fatalidades.

A economia neste cenário de crescimento econômico demanda estabilidade e previsibilidade. Com as crises econômicas ocorridas a partir de 2008 a partir do mercado imobiliário americano, as crises políticas nos países árabes, catástrofes naturais no Japão e nos EUA e, ainda, acidentes de proporções macroscópicas como o desastre ocorrido no Golfo do México, a relevância do contrato de seguro exaltou aos olhos do mundo. Prejuízos nestas proporções poderiam atingir o mercado financeiro de todo o mundo e desviar o desenvolvimento de países que lutam para direcionar a economia e as políticas públicas.

Em uma análise macroeconômica, pensamos nestes efeitos sobre os países, porém, no âmbito da microeconomia, a perda de propriedade particular ou ausência do ente que contribui para a renda familiar pode significar a perda de trabalho realizado por anos, prejudicando a estabilidade financeira do particular.

O acúmulo de danos particulares atinge o Estado na medida em que os prejudicados recorrem aos serviços públicos para socorrer as necessidades que antes conseguiam suprimir em âmbito particular. O aumento de usuários de serviços públicos demanda incremento e investimento do Estado no setor em detrimento das demais responsabilidades.

É neste cenário que reconhecemos a função social do contrato de seguro em nosso ordenamento jurídico, sobretudo em relação aos seus efeitos econômicos. Contudo, em uma análise detida, podemos observar que seus efeitos relacionam-se à dignidade humana do particular com a possibilidade de manutenção do seu padrão de vida e subsistência mesmo após sofrer um evento inesperado que lhe causou prejuízos.

O objetivo deste trabalho é analisar a função social deste contrato que vem ganhando espaço no mercado brasileiro e possui disciplina própria no Código Civil de 2002, além de configurar relação de consumo que requer interpretação à luz do Código de Defesa do Consumidor. É importante que as exigências legais sejam observadas e bem conhecidas dos aplicadores e intérpretes do Direito para que o produto seja acessível aos consumidores de todas as classes, bem como para que o segurador tenha capacidade de indenizar todos os riscos que assumiu.

Fundamentado em cálculos de probabilidade, importante que seja mantido o mais absoluto equilíbrio nesta relação para que o seu fim seja atingido e a sociedade não sofra com os efeitos de eventos súbitos e inesperados com resultados danosos.

1. FUNCIONALIZAÇÃO SOCIAL DOS INSTITUTOS DO DIREITO CIVIL

A partir do século XX, em ruptura com o modelo das Codificações do século XIX, o Direito absorve das Ciências Sociais os conceitos de estrutura e função. O Direito Civil do século XIX era pautado na codificação, sob a lógica da propriedade como direito absoluto e sede de liberdade individual, dinamizado pelo contrato: instrumento utilizado para exercício da autonomia da vontade¹. Este modelo entra em crise já no final do século, o que acaba por demandar as transformações que este ramo do Direito sofreu durante todo o século XX, inclusive no tocante à funcionalização dos seus institutos.

A sociedade pós-revoluções burguesas foi marcada pela individualidade, autonomia da vontade e igualdade formal. Em citação transcrita por Comparato, Tocqueville já antevia em 1847 o futuro da modernidade:

“dentro em pouco, a luta política irá estabelecer-se entre homens de posses e homens desprovidos de posses: o grande campo de batalha será a propriedade”.²

Para Locke, o indivíduo deve privar-se de apenas uma das suas liberdades fundamentais: à de fazer justiça com as próprias mãos. E preservar a liberdade sobre a vida, sobre a liberdade e sobre os bens. Voltaire chega a vincular a propriedade diretamente com o ideal de homem livre e o Estado possui papel de garante da proteção e livre acumulação de capitais exercida pelos particulares. O Code de 1804 pretende assegurar esta liberdade para o proprietário, e reconhece a igualdade formal entre os homens.

“A conclusão que daí pode emergir é a de que o cidadão, segundo esse modo de enxergar o fenômeno político, se reduziria a um guardião da finalidade primordial do Estado: a segurança para o livre exercício dos

¹ RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011. P.165.

² COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P.65.

direitos no âmbito privado e, em última instância, a tutela da propriedade individual.”³

O século XIX é o século da consolidação das revoluções liberais, com determinação dos espaços público e privado, criação de Estado não intervencionista e dicotomia entre Direito Público e Direito Privado.

“Situa-se, aí, o gérmen do pensamento fundante do Estado liberal, ao identificar duas esferas bem delineadas: a do indivíduo, como um amplo e intangível espaço de liberdade, e a do Estado, restrito à necessidade assecuratória daquelas mesmas liberdades. Daí a origem da racionalidade que informa a dicotomia entre público e privado, que se coloca na Modernidade”.⁴

O movimento socialista do final do século XIX traz ao cenário jurídico o princípio da solidariedade, exigindo o reconhecimento da fraternidade como dever jurídico. Neste contexto, o direito fundamental da propriedade deixa de ter caráter absoluto e passa a sofrer exigência de determinação a fins sociais. A função social da propriedade nasce da releitura deste direito fundamental por meio do princípio da solidariedade. Atrelado ao direito fundamental à propriedade privada surge o dever fundamental de observância à sua função social.

Os direitos humanos são dotados de dois princípios fundamentais: a irrevocabilidade e a complementariedade solidária. Assim, o direito fundamental à propriedade privada, enquanto direito humano positivado, deve ser interpretado sob a ótica destes princípios, ou seja, a propriedade deve atender à observância à solidariedade, o que implica, em última análise, na busca ao atendimento do interesse público.

Ao longo do século XX ocorre o fenômeno da publicização do direito privado, com maior intervenção do poder público sobre as relações particulares. Há a passagem do Estado Liberal para o Estado de Bem Estar Social. Conseqüentemente, há diluição das fronteiras entre público e privado, o Estado torna-se mais intervencionista, chegando a extremos, como no caso do Fascismo.

³ RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. Locke e a formação da racionalidade do Estado Moderno: o individualismo proprietário entre o público e o privado. IN: FONSECA, Ricardo Marcelo. (Org.) Repensando a teoria do estado. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. P.72.

⁴ RUZIK, 2004. P.70.

Enquanto os direitos fundamentais de primeira geração visam proteger o indivíduo perante o Estado, a segunda geração traz direitos fundamentais sociais que se incorporam às funções sociais do Estado.

O Professor Pianovski⁵ explica que a adoção do conceito de função pelo Direito, principalmente pelo viés social com o qual foi adotada, implicou em um primeiro momento em uma ideia de socialização, publicização do Direito Civil. Afirma que “o século XX vê construir-se um Direito Civil funcionalizado a objetivos qualificados pelo traço da socialidade”, o que supõe uma diluição das fronteiras entre Público e Privado, dicotomia tão cara ao modelo anterior deste ramo do Direito.

Na visão de Duguit, a liberdade individual não seria um direito, mas sim uma função. Ainda no contexto do positivismo, o jurista estabelece o que o Professor Pianovski denomina como “talvez a mais marcante e radical doutrina a respeito da função social no Direito Civil ao início do século XX”⁶. Leon Duguit considerava que a liberdade é um dever que se realiza em prol do todo social. Compreendendo por solidariedade, como em Durkheim, coesão entre os membros de uma sociedade, ensejada pela interdependência entre as partes.

Contemporaneamente, maior parte da doutrina compreende solidariedade de forma diversa do solidarismo positivista explicado no parágrafo anterior. Para grandes juristas nacionais como o Professor Luiz Edson Fachin⁷ e Maria Celina Bodin de Moraes⁸, também para o expoente jurista italiano Pietro Perlingieri, todos citados na obra do Professor Pianovski⁹, a solidariedade fundamental à funcionalização do Direito Civil está relacionada à noção de alteridade, em que, diferentemente do entendimento apresentado anteriormente, afasta-se da ideia exclusiva da interdependência, para significar cuidado com o próximo, cooperação e igualdade à luz da norma constitucional e dos Direitos Humanos reconhecidos e valorizados ao longo do último século.

O pensamento de Duguit foi fundamental para romper com o individualismo oitocentista, porém hoje temos um entendimento diferente do apresentado por ele. Naquele a liberdade é uma função social do indivíduo e como demonstrou o

⁵ RUZIK, 2011. P.165.

⁶ RUZIK, 2011. P.166.

⁷ FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. IN: Ingo Wolfgang Sarlet (coord.) Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. Pp. 138-139.

⁹ RUZIK, 2011. P.170.

Pianovski em sua obra denominada “Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família.”¹⁰, os institutos do Direito Civil tem por função “a proteção e o incremento da liberdade coexistencial”¹¹. Liberdade esta que também não pode ser compreendida no conceito oitocentista – formal e negativa, mas, sim, a liberdade tratada por Amartya Sen: liberdade substancial, como conjunto capacitório que oferece a possibilidade real de fazer aquilo que se valoriza¹².

O que compreendemos hoje:

“trata-se de uma dimensão funcional dos institutos de base do Direito Civil centrada em uma compreensão plural – e internamente dotada de potencial conflito entre perfis de liberdade – que pode permitir afirmar que contrato, propriedade e família tem por função propiciar ora a proteção, ora o exercício, ora o incremento de liberdades coexistentiais, tanto do titular de um direito determinado quanto de terceiros que podem sofrer consequências materiais advindas do exercício desse direito”¹³.

1.1. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A propriedade é direito fundamental assegurado pela Constituição Federal. O status de fundamental é conferido pela contemplação pelo texto constitucional. De acordo com Fábio Konder Comparato:¹⁴

“É aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (Grundrechte). Estes últimos são direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais.”

De acordo com o autor, Direitos Humanos são inerentes à natureza do homem, não se trata de uma escolha política. O homem não tem o poder de renunciar à sua condição de homem e aos direitos a ela decorrentes. Consta na

¹⁰ RUZIK, 2011.

¹¹ RUZIK, 2011. P.167.

¹² SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. P.32.

¹³ RUZIK, 2011. P.213.

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.p.56.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que encerrou o Antigo Regime e deu origem ao mundo moderno capitalista, que a propriedade é

“Art.17 (...) direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente verificada, o exigir de modo evidente, e sob a condição de uma justa e prévia indenização”.

A Constituição Mexicana de 1917 foi a primeira a abolir o caráter sagrado e absoluto da propriedade, instaurando a primeira reforma agrária experimentada pelo continente americano. Foi, contudo, com a Constituição alemã de 1919 que a função social da propriedade aparece claramente pela primeira vez com a célebre expressão: “a propriedade obriga” em seu artigo 153, segunda alínea. Conhecida por Constituição de Weimar, esta Carta Magna foi responsável por organizar as bases da democracia social ao reconhecer, além da função social da propriedade, direitos trabalhistas e dispor sobre educação pública, dentre outras contribuições importantes.

Somente em 1969, na Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto San Jose de Costa Rica, há disposição satisfatória sobre a função social, ainda no tocante à propriedade privada:

“Artigo 21 - Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.
3. Tanto a usura, como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem, devem ser reprimidas pela lei.”

O Direito contemporâneo passou a reconhecer a função social da propriedade, ainda que seja este um direito absoluto com efeito erga omnes. Porém, para Comparato, ao mencionarmos função social é necessário identificarmos quais são os bens considerados de interesse social e quais são as pessoas legitimadas para ter acesso a eles. Ainda, ressalta que a imposição de dever fundamental ao proprietário somente terá efetividade se houver sanção adequada à sua inobservância.

A Constituição Federal de 1988 contemplou a função social da propriedade em seu artigo 186, acompanhando os tratados e normas internacionais

que se desenvolveram para limitar o exercício deste direito fundamental em detrimento do interesse público como descrevi brevemente acima.

Constitucionalização do Direito Civil – Novo contratualismo

A função social, como explicado no capítulo anterior, decorre da releitura do Direito Civil através da Constituição Federal de 1988. Logo após a promulgação desta Carta Magna, era comum que a interpretação através da Constituição fosse compreendida com após a adequação do problema à norma do Código Civil, o intérprete recorreria à Constituição apenas para verificar se não havia norma em contrário. Contudo, a constitucionalização do Direito Civil ganhou novo significado nestes 24 anos desde a promulgação do Diploma Legal. Isso significa que a Constituição não pode ser consultada apenas ao final da atividade de interpretação como argumento de validade, mas antes de qualquer atitude, é a Constituição Federal elemento de validade de todo o ordenamento jurídico, de forma que a interpretação do texto constitucional deve ser sistêmica, e não de forma pontual.

Nas palavras de Monateri¹⁵ citado pelo Professor Nalin¹⁶: “o Direito Constitucional serve como suporte ao desenvolvimento de uma nova ratio, na qual o direito Civil se envolve e se transforma”.

O ilustre Professor de Direito da UFPR, Paulo Nalin, chegou a afirmar que sob o advento da constitucionalização do Direito Civil¹⁷, ocorreu a “relativização das obrigações, a despatrimonialização e a função social do contrato.”

O Estado Social introduzido pela Constituição de Weimar distancia-se do Estado Liberal, porém sem desconsiderar as conquistas burguesas – liberdade (contratual plena) e igualdade (formal), mas funcionalizando-as ao tirar o foco do “ter” para o “ser”, constituindo o princípio da solidariedade abarcado pela nossa Constituição Federal no art. 3º, I (Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: inc. I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;)

É sob a ótica da solidariedade que surge o novo contratualismo: que constitui a fórmula pela qual a sociedade exterioriza seus interesses sociais sociopolíticos por intermédio da negociação legislativa.¹⁸ O novo contratualismo

¹⁵ MONATERI, Pier Giuseppe. *Pensare il diritto civile*, 1997. P. 24.

¹⁶ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca da sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2008. P.38.

¹⁷ NALIN, 2008. P. 31.

¹⁸ NALIN, 2008. P.43.

atinge inúmeros outros segmentos jurídicos, porém, neste trabalho analisaremos apenas as suas implicações no âmbito do direito privado, mais especificamente, em relação ao contrato típico objeto de estudo: o contrato de seguro.

O contrato moderno estava centro na proteção da propriedade e dos bens pertencentes aos particulares. Com o advento do Estado Social, houve uma alteração no centro da normatização privada, tornando-se o sujeito contratante, e a sua proteção objeto do ordenamento jurídico regido pela Constituição Federal de 1988 no Brasil.

A nova ordem contratual não possui novos princípios e normas específicas, porém houve uma releitura à luz da Constituição de 88 que acabou por dotar-lhes de novos significados. São eles os princípios da boa-fé, lealdade e transparência, como trataremos nos itens a seguir.

De acordo com a Professora Carmem Lúcia Silveira Ramos,

“isto significa recepcionar o pluralismo jurídico, reconhecendo que o direito estatal concorre com ordens independentes dele, devendo ser trabalhado a partir da articulação, da intercomunicação e interpenetração entre estas diversas ordens”.¹⁹

Afirma a Professora Maria Celina Bodin de Moraes²⁰ ao analisar a constitucionalização do direito privado em uma perspectiva de afastamento do voluntarismo jurídico e solidarismo das relações privadas.

“Correta parece, então, a elaboração hermenêutica que entende ultrapassada a *summa divisio* e reclama a incidência dos valores constitucionais na normativa civilística, operando uma espécie de “despatrimonialização” do direito privado, em razão da prioridade atribuída, pela Constituição, à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento”.

O Professor Nalin afirma que

“o atual desenho da boa-fé, materializante da vocação solidarista da Constituição, tem um papel substitutivo no âmbito contratual, antes ocupado pela vontade dos contratantes.”.

Nas palavras do mestre Orlando Gomes:

¹⁹ RAMOS, Carmem, Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. P.13.

²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Revista Estado, Direito e Sociedade, vol. I, 1991,

"A decadência do voluntarismo jurídico não importou, obviamente, a eliminação da força propulsiva da vontade na determinação do conjunto dos direitos e obrigações que formam o conteúdo do negócio jurídico. A vontade do agente, isto é, de quem exerce a atividade provocadora de efeitos jurídicos, continuou a ser a fonte do chamado regulamento negocial, mas foi transposta para outra dimensão na qual seu significado se tornou mais discreto e atenuado"²¹.

O resultado mencionado pelo nobre jurista é o surgimento da autonomia privada em detrimento da autonomia da vontade.

O conceito de autonomia da vontade, vigente à luz do Estado Liberal, permitia que o particular agisse de acordo com a sua vontade, sem observar o princípio da solidariedade. Toda manifestação de vontade era capaz de produzir efeitos jurídicos, sendo os únicos limites os vícios concernentes à manifestação da vontade: erro, dolo e coação. Sob o advento do Estado Social, do princípio da solidariedade e nova interpretação da boa-fé objetiva, com os princípios dela decorrentes, como mencionado acima, surge o que, para Orlando Gomes, é o fundamento do novo contratualismo²², que seria a ideia de autonomia privada. Implica dizer que, a vontade que antes era fundamento de validade para o negócio jurídico, passa a ser um dos seus elementos e há limitação ao poder de contratar, que deve limitar-se à esfera privada do indivíduo sempre em consonância com os princípios gerais de Direito e os mandamentos da Constituição Federal e ao princípio da solidariedade e boa-fé objetiva. A manifestação livre da vontade não justifica o cumprimento do contrato nos termos da *pacta sunt servanda*. Fernando Noronha chega a sustentar que a vinculação do contrato não mais se fixa no ato volitivo, mas na tutela da boa-fé²³. Nesta esteira, também a boa-fé deve ser compreendida como elemento de materialização do negócio, não apenas princípio "informativo ou conformativo da vontade contratual."²⁴

Francisco Amaral define a diferença entre estes conceitos de forma maestral:

"Autonomia da vontade é, assim, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o

²¹ GOMES, Orlando. Novos temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983. P.80

²² GOMES, 1983. P.81

²³ NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1994. P.82

²⁴ NALIN, 2008. P.141.

conteúdo, a forma e os efeitos. (...) E quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada. Autonomia da vontade, como manifestação da liberdade individual no campo do direito, e autonomia privada, como poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas (...).²⁵

De acordo com Andreza Cristina Baggio Torres:

“Se, na teoria clássica, justo era o contrato cujos termos eram pactuados livremente entre as partes, é certo que, na sociedade de contratação em massa, esse paradigma merece ser analisado sob outro prisma.”²⁶

Sob o advento da dinamização das relações comerciais, seja pelo aumento do número populacional, seja pela transformação das relações estabelecidas, é mister repensarmos o modelo contratual vigente em nosso ordenamento. A releitura deste instituto sob a ótica da funcionalização traz novos significados e papéis para os seus elementos fundamentais e acrescenta-lhe a eficácia para além das partes contratantes.

1.2. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Assevera a Professora Carmem Lúcia Silveira Ramos a respeito da transformação sofrida pelo direito privado que:

“(...) os novos paradigmas consagrados constitucionalmente, com relação à apropriação de bens e relações contratuais (...) correspondem, ao menos em parte, a um reflexo da concepção da vida da sociedade, com as inspirações interdisciplinares que sofre” e que “embora se mantenha, como princípio, um direito centrado no homem, construído segundo o imaginário racionalista-liberal, estabelece-se restrições e limites, voltados para a preservação dos interesses coletivos, bem como para o desenvolvimento e preservação da dignidade do cidadão”.²⁷

²⁵ AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. P.337.

²⁶ TORRES, Andreza Cristina Baggio. Direito Civil-Constitucional: A função social do contrato e a boa-fé objetiva como limites à autonomia privada. IN: NALIN, Paulo. Contrato e Sociedade, Volume 2. A autonomia privada na legalidade constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2006. P.51.

²⁷ RAMOS, Carmem, Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. P.16 e 17.

Há íntima relação entre a teoria estrutural do Direito e a teoria funcional dos estudos sociológicos. Neste diapasão, aos institutos jurídicos em releitura pelas demais ciências humanas (ciência política, antropologia, ciências sociais, ética, filosofia, etc.), foram atribuídas funções que, em consonância com as inaugurações trazidas pelas constituições mexicana e alemã do século XIX, tomaram um viés social. Trata-se de determinar qual o papel de determinado princípio ou norma jurídica no interior do sistema ou estrutura. Assim surgiu a funcionalização da propriedade, do contrato e, de acordo com Amaral, também da autonomia privada.²⁸

O Professor Pianovski ensina que:

“O contrato que contemporaneamente tem por função o incremento, a manutenção e o exercício de liberdade(s) não é mais aquele pautado na autonomia da vontade. A função a ele atribuída não se confunde nem com o dogma voluntarista nem com a realização de prestações dirigidas a um todo sem face definida. A(s) liberdade(s), como prestação a ser levada a efeito pelo contrato não se restringe ao reducionismo da liberdade formal e negativa da autonomia da vontade dos séculos XVIII e XIX.”²⁹

Funcionalizar institutos do direito privado significa colocar o interesse social em predominância ao interesse privado, significa que o particular não poderá exercer arbitrariamente a sua capacidade de contratar, devendo observar interesses sociais e limites legais, primordialmente aqueles impostos pela Constituição Federal, tanto os princípios implícitos quanto os explícitos. No âmbito das obrigações, o exercício da liberdade contratual com inobservância ao preceito da função social caracteriza abuso de direito.

Amaral afirma que o objetivo da função social é “o bem comum, o bem-estar econômico coletivo”³⁰ e “o que se pretende, enfim, é a realização da justiça social, sem prejuízo da liberdade da pessoa humana”.

Significa dizer que a funcionalização do contrato, em consideração à funcionalização da autonomia privada, são meios pelos quais o Estado busca atingir o bem estar social, impedindo que a liberdade particular de cada indivíduo atinja negativamente a coletividade. O contrato, essencialmente destinado a promover a circulação de propriedade e riqueza, não pode ser usado para violar os direitos eleitos como fundamentais em nosso ordenamento jurídico. Não preocupa ao Direito

²⁸ AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. P.355.

²⁹ RUZIK, 2011. P.215.

³⁰ AMARAL, 2000. P.357.

apenas a validade do ato, portanto, mas também a sua finalidade, seu impacto no mundo dos fatos. Amparado por outras ciências humanas, a ciência do Direito deixa de preocupar-se apenas com estrutura, para debruçar-se sobre função.

Para o Professor Roberto Nelson Brasil Pompeo Filho³¹ o ordenamento deve admitir apenas contratos que se realizam por meio da observância à sua função social, sendo, portanto, inafastável a boa-fé em todas as etapas da relação contratual, inclusive antes da sua assinatura e após seu termo. De acordo com Andreza Cristina Baggio Torres:

“a autonomia privada das partes contratantes cede espaço à função social desse instrumento de circulação de riquezas, e a boa-fé objetiva vem balizar o comportamento das partes em busca de equilíbrio e justiça.”³²

A função social do contrato encontra fundamentos de validade na boa-fé, lealdade e transparência entre as partes.

1.2.1. BOA-FÉ DAS PARTES CONTRATANTES

A boa-fé objetiva deve, portanto, ser avaliada no caso concreto, não podemos conceber uma definição pronta e acabada de homem médio, não podendo ser baseada em sujeitos hipotéticos. Dela derivam princípios em congruência ao desejo constitucional de um contrato solidário e socialmente justo, são eles: transparência, confiança e equidade.

O princípio da boa-fé contratual, não expresso explicitamente no texto constitucional, manteve-se presente no Código Civil de 2002. Para Judith Martins Costa, “a boa-fé objetiva é um standard jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a este arquétipo, obrando como obraria um homem reto:

³¹ POMPEU Fº, Roberto Nelson Brasil. Aspectos do princípio da boa-fé nos contratos. IN: NALIN, Paulo. Contrato e Sociedade, Volume 1. Princípios de direito contratual. Curitiba: Juruá Editora, 2004. P.128.

³² TORRES, Andreza Cristina Baggio. Direito Civil-Constitucional: A função social do contrato e a boa-fé objetiva como limites à autonomia privada. IN: NALIN, Paulo. Contrato e Sociedade, Volume 2. A autonomia privada na legalidade constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2006. P.49.

com honestidade, lealdade e probidade”³³. O Professor Nalin afirma que há na aplicação da boa-fé objetiva um caráter de subjetividade, que seria o entendimento que o intérprete da norma tem a respeito do que seria o comportamento do homem bom, do standard para a aferição da boa-fé objetiva. Sendo a boa-fé objetiva o comportamento esperado do sujeito que age como um determinado standard, representado pelo homem bom, este segundo conceito é variável de acordo com os padrões pessoais, locais e consuetudinários relacionados à figura do intérprete na sua subjetividade. A boa-fé objetiva nestes moldes importados do modelo germânico, à luz na Constituição atual precisa ser repensada de modo a promulgar o princípio da igualdade reconhecido como fundamental em nosso ordenamento. Igualdade esta, trata-se de reconhecer as desigualdades, tratar desigualmente os desiguais, reconhecendo-lhes as diferenças, e não pressupor uma igualdade formal nos moldes da Modernidade que acabam por aprofundar ainda mais as diferenças que existem na realidade. Rui Barbosa³⁴ também tratou do tema em crítica à igualdade formal, enaltecendo a necessidade de reconhecimento pelo Direito das desigualdades existentes entre os sujeitos. Se considerarmos que “a boa-fé objetiva tem uma aplicação subjetiva, fruto da experiência social do juiz”³⁵, estaremos deixando a cargo do magistrado o poder de padronizar o comportamento social, afastando-o do caso concreto, partindo da sua própria noção de comportamento padrão para julgar conflitos reais entre sujeitos com formação diversificada. O papel do magistrado na sociedade não é o de determinar padrões, mas sim analisar as circunstâncias reais do caso sob seu apreço para melhor determinar uma solução que esteja de acordo com o ordenamento jurídico nacional, desde a norma jurídica fundamental, no modelo sistêmico idealizado por Kelsen³⁶, até às leis esparsas, em interpretação sistemática. E ler o ordenamento jurídico à luz do artigo 5º, caput (Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à

³³ COSTA, Judith Martins. A boa-fé no direito privado, 1999. P.411

³⁴ BARBOSA, Rui, *O Trabalho e a Oração* in *Antologia Nacional*, Fausto Barreto e Carlos Laet. 39a. ed., 1963, Rio de Janeiro, ed. Paulo de Azevedo (Liv. Francisco Alves), p. 127.

³⁵ NALIN, 2008. P.133.

³⁶ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. “Os juízos de valor segundo os quais uma conduta real corresponde a uma norma considerada objetivamente válida e, neste sentido, é boa, isto é, valiosa, ou contraria tal norma e, neste sentido, é má, isto é, desvaliosa, devem ser distinguidos dos juízos de realidade que, sem referência a uma norma considerada objetivamente válida - o que, em última análise, quer dizer: sem referência a uma norma fundamental pressuposta - enunciam que algo é ou como algo é.”p.12.

vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes) não pode mais ser entendido como a igualdade formal do Estado Liberal.

O preâmbulo da Constituição Federal de 88 afirma como intenção do texto constitucional assegurar a igualdade. O Professor Celso Antônio Bandeira de Melo³⁷ propõe-se a discutir em que consiste esta igualdade e conclui, aparentemente de maneira simplória, que cabe ao Direito reconhecer as desigualdades fáticas, perceber aquelas que são relevantes e tutelá-las no sentido de atenuá-las. Desta forma, efetivar-se-á o princípio da igualdade, tão caro à nossa sociedade fundada nos princípios revolucionários franceses e, em contrapartida, tão distinto do que ali se compreendia por tais vocábulos.

Para a Professora Carmem Lúcia Silveira Ramos, “(...) o Estado de Direito Liberal ignorou as desigualdades econômicas e sociais, considerando todos os indivíduos formalmente iguais perante a lei”³⁸. Comprova-se nos dois séculos pós-revolução e, sobretudo, com o fracasso do Estado Liberal na primeira metade do século XX, que a garantia da igualdade formal acaba por realçar as desigualdades materiais entre os indivíduos da sociedade. Nesse sentido, declarar que “todos são iguais perante a lei”³⁹, não consiste em aplicar a mesma lei de maneira indistinta a todos na sociedades. Há de se reconhecer a vulnerabilidade e hipossuficiência de uns perante outros nas relações sociais.

Ressalta, ainda, o autor que não podemos nos debruçar sobre a ideia de uma sociedade homogênea para tratar da igualdade. As pessoas são distintas pro si sós, bem como as relações e escolhas que estabelecem entre si. Contudo, é fundamental ao Direito perceber as desigualdades que estabeleçam de fato o prejuízo de uns perante outros, situações nas quais uma tutela igualada poderá ferir os direitos fundamentais de um em detrimento de outro. Ou ainda, de acordo com Habermas⁴⁰, situações nas quais não haja condições ideais de diálogo, onde seja impossível o exercício de uma razão comunicativa entre as partes.

São essas as situações em que a lei:

³⁷ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros, 2002.

³⁸ RAMOS, Carmem, Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. P.6.

³⁹ Artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

⁴⁰ AVRITZER, Leonardo. A moralidade da democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática. São Paulo: Perspectiva, 1996.

“(...) deve apanhar, nas diversas situações qualificadas, algum ou alguns pontos de diferença a que atribuir relevo para fins de discriminar situações, inculcando a cada qual, efeitos jurídicos correlatos e, de conseqüente, desuniformes entre si.”⁴¹

Estabelecem-se, portanto, três momentos para a efetivação da igualdade por meio da violação da isonomia: (i) quanto ao fator de desigualação, (ii) correlação lógica entre o item (i) e o tratamento jurídico diferenciado e, por fim, (iii) se tanto (i) quanto (ii) estão de acordo com as ideias e princípios do ordenamento no qual se inserem.

Ao tratarmos do fator de desigualação, é importante ressaltar a primordialidade de que, ou a norma diferenciadora seja geral, ou que se dirija a um sujeito futuro e indeterminado. Não há que se falar em quebra de isonomia para promoção da igualdade quanto guiado por favoritismos e haja o estabelecimento de norma direcionada a sujeitos específicos. Além do destinatário da norma, devemos nos atentar para o critério diferenciador relevado. Deve ser intrínseco às condições dos sujeitos pois, somente em tais situações, seria necessário o Direito para sanar as diferenças materiais.

Em relação à correlação lógica, é bem clara a necessidade de coerência entre o fator discriminante e a tutela diferenciada a ele oferecida. Esta tem que ser no sentido de, na situação fática, atenuar as discrepâncias materiais e promover a igualdade entre as partes para que haja condições de diálogo.

O último critério trata de analisar a coerência em uma perspectiva ainda maior: em relação a todo o ordenamento jurídico e aos elementos que lhe garantem unidade. Toda tutela jurídica deve estar de acordo com o objetivo a que se propõe todo o sistema jurídico.

O conceito de igualdade varia, é passível das mais diversas interpretações, da mais abstrata à mais absoluta. Contudo, é a interpretação sistemática de todo o ordenamento jurídico e posicionamento político de Estado que guiarão a percepção pelo Direito de certas desigualdades fáticas que demandem a quebra da isonomia para que seja respeitado o dispositivo constitucional.

Todos são iguais perante a lei no sentido de possuírem direito às condições de diálogo, de ter garantias individuais e tolher favoritismos. O preâmbulo da Constituição Federal não pressupõe uma sociedade homogênea, ao contrário,

⁴¹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 13.

reconhece uma sociedade heterogênea e dinâmica, que demanda a todo momento juízos de valor para regular situações díspares. A dinâmica das relações interpessoais possibilita ao ordenamento brasileiro atualizar-se para, cada vez mais, efetivar a disposição da Lei Magna.

2. SURGIMENTO HISTÓRICO DO CONTRATO DE SEGURO

A repartição de danos por um determinado grupo de pessoas possui registros datados de treze séculos antes de Cristo. Guimarães⁴² conta que no deserto os grupos de comerciantes que viajavam em caravana, ao final da viagem, apuravam os danos decorrentes de morte de animais e dividiam entre os membros os prejuízos. Diferentemente da atividade seguradora no modelo atual, que prevê o pagamento de valores antecipados em pequenas parcelas sem a certeza do dano, fundada apenas em estimativas, estes primeiros registros demonstram a repartição do dano após a sua ocorrência, sem o intermédio de uma Companhia Seguradora.

O seguro marítimo surgiu em Roma, século I D.C., onde o Imperador assumia pessoalmente os danos causados por tempestades e, tanto em Roma quanto na Grécia, havia cooperativas onde os profissionais contribuía para um fundo de amparo às famílias que perdiam seus chefes prematuramente em razão da atividade desenvolvida⁴³.

Durante a Idade Média, sob o advento do desenvolvimento do comércio, o negócio de seguros também se desenvolveu, sendo criada uma Câmara de Seguros em 1310 para proteger os agricultores de pragas, enchentes e seca. Na Itália esta proteção ocorreu por meio de cooperativas: aqueles produtores que auferiram lucro no período indenizavam os que sofreram com infortúnios de climas menos favoráveis.

Posteriormente, o gerenciamento de risco foi assumido por instituições bancárias e por muito tempo esteve a elas vinculado. Foram formadas sociedades de socorro mútuo por volta do século XVII e o primeiro contrato de seguro, firmado na Itália em 1347 ainda não foi celebrado com uma seguradora.

O seguro surgiu, como o conhecemos hoje, na Inglaterra sob o advento da Revolução Industrial. Devido a avanços científicos no ramo da estatística, o dano passou a ser expectado e o pagamento dos segurados, então, relacionado diretamente com a probabilidade de determinado evento vir a ocorrer e gerar danos.

⁴² GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. Contratos Internacionais de Seguros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P.15.

⁴³ SCHWANZ, Deisy Ellen. Noções sobre o risco e sua agravação. IN: TEIXEIRA, Antônio Carlos (Coord.). Em Debate 5: Contrato de seguro, danos, riscos e meio ambiente. Rio de Janeiro: Funenseg, 2004. P.173.

A principal companhia desta época é a Lloyds, surgida no século XVII. O grande incêndio de Londres em 1666 alertou os proprietários para a possibilidade de danos e necessidade de amortização dos prejuízos dele decorrentes, criando, assim, demanda pela atividade desenvolvida por este tipo de empresa.

“Em sua fase inicial, o seguro cobria os navios e as respectivas cargas. A insegurança das viagens aguçou o espírito dos negociantes a especular sobre o risco. O contrato de seguro com os contornos atuais foi surgindo paulatinamente, em decorrência das necessidades sociais, como sói acontecer com os institutos de origem mercantil. Sua ampla difusão partiu da Inglaterra no século XVII, tendo sua adoção se generalizado a partir do século XIX, então também acolhido por nosso Código Comercial. Foi igualmente nesse quadro que se desenvolveu o seguro social dirigido à atividade laboral dos trabalhadores e aos acidentes de trabalho. A experiência do seguro marítimo, sem dúvida, deu origem às outras modalidades de proteção ao risco”⁴⁴

A atividade seguradora desenvolveu-se na Europa e, com a vinda da família real ao Brasil em 1808, a atividade começa a alcançar as terras da colônia. Sob o advento da abertura dos portos, surge a demanda pela amortização dos danos sofridos pelas companhias de comércio e, conseqüentemente, as primeiras companhias de seguro marítimo para proteger a forma de comércio mais lucrativa da época. Assim, no mesmo ano surge a Companhia de Seguros Boa-Fé.

A atividade desenvolveu-se largamente no Brasil, sendo determinado em 1895 mediante a Lei 264, que as reservas técnicas das companhias devessem permanecer no Brasil e ter os recursos daqui oriundos aplicados apenas no território nacional para evitar que os recursos aqui obtidos fossem transferidos indeterminadamente a países estrangeiros. Antes da vigência do Código Comercial de 1850, era escassa a legislação securitária no Brasil. Código este que “continha proibição de seguro de vida de pessoas livres, embora fosse possível o seguro de vida de escravos, pois estes eram considerados objetos de propriedade”⁴⁵.

O seguro terrestre passa a ser regulamentado no Brasil apenas no início do século XX. Durante o século XX houve significativos avanços: em 1939 foi criado o IRB (Instituto de Resseguro do Brasil) com objetivo de monopolizar o setor, o que persistiu até 2007.

⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Contratos em espécie. São Paulo: Editora Atlas, 2008. P.333.

⁴⁵ VENOSA, 2008. P.340.

Ainda: importante avanço para este mercado foi a tipificação legal do contrato de seguro ocorrida no Código Civil de 1916, que dedicava todo o seu Capítulo XIV do Título V do Livro III ao contrato em questão, com regramento específico. O Código Civil de 2002 manteve a tipificação e a regulamentação específica na Parte Especial, Livro I, Título VI, Capítulo XV.

Em 1966 surgiu a Superintendência dos Seguros Privados – SUSEP com o papel de controlar a atividade seguradora, de modo a proteger os segurados e o mercado econômico, visando garantir que a prestação almejada seja exercida de forma satisfatória. Através do mesmo instrumento normativo, o Decreto-Lei 73, 1966, todas as companhias seguradoras foram enquadradas como sociedade anônima, passando a obedecer às regras que lhes são específicas (Lei 6.404/76).

Ainda não é cultural a contratação de seguro pelo brasileiro. Em um Estado com características assistencialistas, seguridade social desenvolvida, os privados começam a atentar para o mercado segurador à medida que o poder aquisitivo aumenta e a intenção de manutenção do patrimônio torna-se uma preocupação palpável. Após o controle da inflação com a adoção do Plano Real em 1994, em comparação com os dados de 2011, a receita com prêmios aumentou em percentual superior a cem por cento⁴⁶. A disseminação da atividade no mercado brasileiro atinge todas as classes econômicas, o que demanda regulação da atividade tanto de modo administrativo, quanto judicial para que o fim seja alcançado, qual seja, a amortização dos prejuízos decorrentes de riscos pré-determinados.

⁴⁶ Portal Tudosobreseguro. Fatos e indicadores do mercado. IN: <http://www.tudosobreseguros.org.br/sws/portal/pagina.php?l=267>. Acesso em 25 de novembro de 2012.

3. O CONTRATO DE SEGURO

3.1. CONCEITO

O contrato de seguro tem por finalidade restabelecer o equilíbrio econômico perturbado, sendo vedada por lei a possibilidade de se revestir do aspecto de jogo ou de dar lucro ao segurado. Em um aspecto macroeconômico, promove a acumulação de recursos, por meio de formação de reservas, inerentes à atividade, contribui para formar poupança interna e para gerar investimentos. Está vinculado à proteção da família e da própria propriedade.

De acordo com Joseph Hémard:

“O seguro é uma operação pela qual, mediante o pagamento de uma pequena remuneração (prêmio), uma pessoa (segurado), se faz prometer, para si ou para outrem (beneficiário), no caso de realização de um evento determinado (sinistro), uma prestação de uma terceira pessoa (seguradora) que assumindo um conjunto de eventos determinados (riscos) os compensa de acordo com as leis da estatística e o princípio do mutualismo”⁴⁷

Bechara afirma que contrato de seguro é “diluição mútua de riscos de uma comunidade, cada qual assumindo uma pequena parte dos prejuízos que o outro por infortúnio vier a sofrer”⁴⁸. Por sua vez, Orlando Gomes acrescenta a esta definição a figura da companhia seguradora ao afirmar que: “por meio do contrato de seguros, uma empresa especializada obriga-se para uma pessoa, mediante contribuição por esta prometida, a lhe pagar certa quantia, se ocorrer o risco previsto”⁴⁹.

Pontes de Miranda considera insuficiente a definição dada pelo Código Civil de 1916, que dizia em seu artigo 1432: “Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato” por tratar apenas de seguro indenizatório, não sendo suficiente para conceituar

⁴⁷ HÉMARD, Joseph. **Traité Theorique et Pratique des Assurances Terrestres**, Paris, 1924

⁴⁸ SANTOS, Ricardo Bechara. **Direito do seguro no cotidiano: coletânea de ensaios jurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. P.41.

⁴⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 20ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. P410.

seguros de vida e de responsabilidade⁵⁰ e estabeleceu sua própria definição, qual seja: “Contrato de seguro é o contrato pelo qual o segurador se vincula, mediante o pagamento de um prêmio, a ressarcir ao segurado, dentro do limite que se convencionou, os danos produzidos por sinistro, ou a prestar capital ou renda quando ocorra determinado fato, concernente à vida humana ou ao patrimônio.”⁵¹.

De acordo com Venosa, o contrato de seguro “extravasa o campo exclusivamente contractual do direito privado, requerendo conhecimentos próprios de verdadeira especialidade” por tratar-se de “instituto que pertence ao denominado direito social, com acentuada intervenção estatal e dirigismo contratual, categoria que suplanta a tradicional dicotomia romana dos direitos público e privado”⁵². O Código Civil de 2002 trata da matéria em 46 artigos (757 a 802) e, em comparação com a disciplina dada pelo código anterior, passou a contemplar o seguro estipulado em favor de terceiro, como o seguro de vida, por exemplo.

Além desta alteração, a legislação atual determina que as empresas seguradoras somente poderão atuar no ramo mediante autorização administrativa, em consonância com o artigo 74 do Decreto-Lei nº 73/66. Há também menção ao objeto do contrato de seguro, denominado pelo código como “interesse legítimo do segurado”. Venosa⁵³ afirma que por esta expressão é possível compreender a amplitude da atividade seguradora, “o que dá uma dimensão vasta ao campo de atuação do contrato de seguro”.

O seguro é, em essência, transferência de risco de uma pessoa a outra, que atualmente, em razão de exigência do nosso legislador, deve ser uma pessoa jurídica, empresa constituída sob a forma de Sociedade Anônima, disciplina dada pelo artigo 1º do Decreto-lei 2.063 de 1940. Venosa afirma que esta exigência legal decorre da necessidade de que o custeio do risco seja distribuído entre um número amplo de segurados, o que acaba por demandar que o segurador seja uma empresa capaz de realizar a gestão de um enorme patrimônio de modo a possuir base mutuária para custear os riscos que gerencia.

⁵⁰ SCHWANZ, Deisy Ellen. Noções sobre o risco e sua agravação. IN: TEIXEIRA, Antônio Carlos (Coord.). Em Debate 5: Contrato de seguro, danos, riscos e meio ambiente. Rio de Janeiro: Funenseg, 2004. P.175.

⁵¹ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. 2ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964.55v. Parte Especial.P.272-273.

⁵² VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Contratos em espécie. São Paulo: Editora Atlas, 2008. P.337.

⁵³ VENOSA, 2008. P.338.

O contrato de seguro é regulamentado por uma série de normas. O Código Civil postula normas gerais acerca desta espécie de contrato, Venosa aponta como “divisor de águas” no desenvolvimento da legislação relacionada o Decreto nº 605 de 1992 que dispensou a redação prévia de cláusulas contratuais, garantindo maior liberdade ao agente segurador da estipulação e criação de produtos, visando atender à dinamicidade do mercado e às novas demandas ao setor. Antes deste Decreto, cabia à Superintendência dos Seguros Privados (Susep) o apontamento de cláusulas contratuais para uso das empresas seguradoras. Após 1992, o segurador apenas submete a cláusula redigida à Susep para aprovação. Venosa aponta esta dinamização como “uma das formas de inserir nosso país no contexto econômico globalizado”⁵⁴. Necessário fazer uma ressalva: ainda há modalidades de seguro que mantêm cláusulas obrigatórias, como é o caso dos seguros obrigatórios.

O gerenciamento do risco é fundamentado pela ciência atuária, que realiza exame estatístico e o cálculo de seguros de determinado seguimento social⁵⁵, de forma que é o mutualismo que constitui a base do seguro. A técnica atuarial é diversificada em relação às diversas modalidades de seguro existentes.

Caso o cálculo atuarial não seja sólido e a empresa seguradora não desempenhe o seu papel de forma adequada, a ineficiência do serviço pode “jogar por terra o importante sentido do seguro social”⁵⁶. De acordo com o Venosa, é em observância à relevância social deste instituto que se justifica a intensa regulamentação da Susep (Superintendência dos Seguros Privados) em toda a movimentação financeira do segurador⁵⁷.

O Código Civil de 2002 define o contrato de seguro com a seguinte redação em seu artigo 757:

“Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.”.

Da definição estabelecida pelo legislador brasileiro, em contraposição àquela que constava no diploma de 1916, em seu artigo 1.471⁵⁸ podemos constatar a

⁵⁴ VENOSA, 2008. P.340.

⁵⁵ VENOSA, 2008. P.339.

⁵⁶ VENOSA, 2008. P.339.

⁵⁷ VENOSA, 2008. P.339.

⁵⁸ Código Civil 1916, em seu artigo 1.471: “O seguro de vida tem por objetivo garantir, mediante o prêmio anual que se ajustar, o pagamento de certa soma a determinada ou determinadas pessoas,

preocupação do legislador do Novo Código Civil na determinação de conceito legal que abarque todas as modalidades de seguro, com maior rigor semântico. A importância de que tratamos anteriormente, no concernente ao desenvolvimento do instituto do seguro é razão pela qual a matéria específica sobre o assunto demandou maior capricho por parte do legislador, de modo a dirimir controvérsias e garantir maior segurança jurídica tanto a segurador, quanto ao segurado.

3.2. NATUREZA JURÍDICA

Quanto à sua natureza jurídica, o contrato de seguro é: (i) bilateral: há prestação e contraprestação correspondente a cada uma das partes. É um contrato (ii) oneroso, em que todas as partes envolvidas buscam vantagens econômicas. Via de regra, com o desenvolvimento da sociedade atual, o contrato de seguro possui caráter de (iii) adesão, neste modo, não há entre as partes discussão acerca da cláusulas contratuais. O contrato é (iv) formal, sendo, de acordo com o artigo 758 do código civil de 2002, provado mediante contrato escrito, exibição da apólice, bilhete de seguro, documento comprobatório do respectivo prêmio. É contrato de (v) execução continuada, com vigência por determinado período de tempo. Ainda: é (vi) consensual e (vii) aleatório, visto que depende de evento futuro e incerto.

Por contrato bilateral compreende-se que o segurado arca com o prêmio e o segurador se obriga a arcar com os riscos. Importante observarmos o que o risco deve, obrigatoriamente, se predeterminado, ou seja, de conhecimento de ambas as partes no momento da celebração do contrato. É da compreensão deste conceito que podemos extrair a imperatividade da boa-fé subjetiva no contrato de seguro, ainda que esta venha explicitamente apresentada no artigo 765, ao afirmar que:

“O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.

por morte do segurado, podendo estipular-se igualmente o pagamento dessa soma ao próprio segurado, ou terceiro, se aquele sobreviver ao prazo do seu contrato”.

Venosa afirma que:

“O segurado assume a obrigação de pagar o prêmio e não agravar os riscos, entre outras. O segurador obriga-se a pagar o valor contratado no caso de sinistro. A esse negócio se aplica o princípio da exceção de contrato não cumprido (art. 476)”⁵⁹.

“A boa-fé é princípio basilar dos contratos em geral, expressa na letra do Código de Defesa do Consumidor. O mais recente Código, aliás, ressalta a boa-fé objetiva na teoria geral dos contratos como cláusula aberta (art.422). Contudo, a boa-fé na contratação do seguro, tendo em vista a asseguaração do risco, é acentuada e qualificada pelo artigo 1.444 (do Código de 1916), que obrigava o segurado a fazer declarações verdadeiras e completas, sob pena de perder o direito ao seguro”⁶⁰.

Caso as informações declaradas na contratação pelo segurado sejam inexatas, o cálculo atuarial restará comprometido, atingindo assim a função do seguro que é a reparação do prejuízo advindo do sinistro, vez que cálculos atuariais imprecisos geram uma empresa seguradora sem liquidez, sem condições de cobrir todos os riscos a que se propôs.

A boa-fé deve ser bilateral, de acordo com a redação do artigo 765 do Código Civil: “O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”. De acordo com Venosa, a ênfase atribuída à boa-fé pela legislação sempre que trata da matéria securitária, qualifica esta característica:

“mais do que em outra modalidade de contrato, cumpre que no seguro exista límpida boa-fé objetiva e subjetiva, aspecto que deve ser levado em conta primordialmente pelo intérprete”⁶¹.

Esta boa-fé, respeitando a orientação contratual disciplinada pelo Novo Código, deve ser observada desde a fase pré-contratual, até a fase pós-contratual.

O contrato de seguro é trato continuado, vez que deve subsistir por algum tempo determinado, ainda que exíguo. Está também submetido ao Código de Defesa do Consumidor pois, além de ser, em regra, na modalidade de adesão, é destinado ao consumidor final e inegavelmente existe vulnerabilidade entre os

⁵⁹ VENOSA, 2008. P.340.

⁶⁰ VENOSA, 2008. P.342.

⁶¹ VENOSA, 2008. P.343.

contratantes, segurado e segurador devido à dimensão dos negócios exercidos por este e ao tamanho do patrimônio sob seu gerenciamento.

Não há limitação para o prazo do contrato, devendo este ser obrigatoriamente de prazo determinado. O artigo 774 (A recondução tácita do contrato pelo mesmo prazo, mediante expressa cláusula contratual, não poderá operar mais de uma vez.) apresenta limite para renovação tácita do contrato de seguro, determinando que aconteça apenas uma vez pelo mesmo prazo do anterior, sendo necessária nova concordância das partes para as demais renovações.

Com relação ao objeto do contrato, o artigo 757 dispõe que:

“Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.”.

Ao identificar o objeto como “interesse legítimo”, para Venosa, o legislador alinhou-se à doutrina moderna⁶², pois não se pode considerar que seja objeto o risco ou a proteção da coisa propriamente dita, mas sim o interesse econômico, que pode ser compreendido como interesse segurável. Sobre um mesmo bem, um mesmo evento em risco, podem coexistir diversos interesses econômicos distintos entre si, sendo que no contrato de seguro deverá restar claro qual o interesse será objeto de proteção, cobertura. Este interesse pode ser de natureza econômica ou jurídica, mas não pode escusar-se de ser legítimo, como determinou o legislador. É legítimo o interesse de que é detentor o segurado, quando este não deseja que o sinistro ocorra. Vale dizer: o segurado deve celebrar o contrato de seguro visando à proteção de interesse – econômico ou jurídico – que possui sobre a coisa (ou a pessoa, a depender da espécie de seguro), porém não pode intentar que o sinistro venha a ocorrer. O interesse “deve representar razões sociais ponderáveis”⁶³, mas o segurado, para configurar a sua legitimidade, não pode desejar que o evento ocorra.

Este evento é o causador de dano do qual procura afastar-se o segurado. O risco, que justifica o surgimento do seguro em primeiro lugar, é evento futuro e incerto que pode causar dano caso venha a ocorrer. O artigo 760 determina, dentre os elementos obrigatórios da apólice, a menção aos riscos assumidos. Desta forma, a interpretação do contrato de seguro deve ser restritiva, vez que não pode ser

⁶² VENOSA, 2008. P.345.

⁶³ VENOSA, 2008. P.345.

admitido o alargamento dos riscos, pois é este elemento determinante na fixação dos valores tanto da prestação, quanto da contraprestação a que se submetem os contratantes. Venosa afirma que “daí por que é essencial que os riscos sejam minudentemente descritos e expressamente assumidos pelo segurador”⁶⁴. O artigo 762 do Código de 2002 exclui da responsabilidade de indenizar do segurador, o evento que ocorre por conduta dolosa do segurado (Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro).

Estando o risco definido, define-se o valor pago pelo segurado. Esta prestação do segurado é denominada “prêmio”, e ainda que não aconteça o evento a que está relacionado o risco, persiste a obrigação do segurado em prestá-lo. Aqui reside a álea do contrato. Os prêmios constituem a renda do segurador e o seu patrimônio, que é, em última análise, um fundo mantido pelo grupo de segurados, não pode ser livremente gerido. Ainda: por tratar-se de um fundo mantido pelo grupo de segurados, o segurador não pode agir com liberalidade e beneficiar uns em detrimento de outros, ao conceder descontos, bonificações e comissões, saldo expressa autorização legal (artigo 30, Decreto-lei 73/66). O mesmo diploma legal determina em seu artigo 12 que o início da vigência do seguro se dá com o pagamento do prêmio pelo segurado, ainda que conste data anterior da apólice emitida.

Ou seja, ao afirmar que o interesse do segurado a ser protegido pelo segurador tem que ser dotado de legitimidade, o legislador caracteriza a ilegitimidade, a má-fé do segurado como excludente da responsabilidade de indenizar o dano pelo segurador. O risco deve ser predeterminado para que não haja, ao longo da vigência contratual, onerosidade excessiva a uma das partes, que não seja superveniente e decorrente por si só do risco previsto. A prestação do segurador é determinada por cálculos atuariais regulamentados pela Superintendência dos Seguros Privados, que consideram as informações fornecidas pelo segurado de modo a determinar o valor da prestação a ser arcada por este, para que aquele tenha condições de garantir a contraprestação.

De forma geral, a legitimidade do interesse do segurado é a intenção de que o sinistro não ocorra. No momento da celebração do contrato, ambas as partes

⁶⁴ VENOSA, 2008. P.346.

desejam que o risco coberto não venha a se concretizar. Por este motivo, quando o segurado contrata o seguro desejando a ocorrência do evento visando a contraprestação do segurador, o seu interesse deixa de ser legítimo. “O risco pode até ter sido eliminado em seu aspecto empresarial, econômico ou técnico. Juridicamente, continua sendo (o risco) elemento essencial do seguro”⁶⁵ de modo que o contrato de seguro é de caráter aleatório.

O segurado, como contratante, deve arcar com a sua prestação nesta relação obrigacional, ou seja, em caso de inadimplemento do prêmio, caberia ao segurador a invocação da “exceptio non adimpleti contractus” de modo a escusar-se da sua contraprestação, que seria a indenização correspondente ao evento ocorrido.

É em razão da busca pela vantagem econômica que motiva a celebração deste contrato que podemos denominá-lo como oneroso. O segurador busca lucro através da diferença entre o recebimento dos prêmios e pagamento dos danos de eventuais sinistros, e o segurado busca satisfação do seu prejuízo em caso de vir a sofrer um sinistro.

O contrato de seguro é contrato típico, estabelecido nos artigos 757 e seguintes do Código Civil. Ainda: tem suas condições gerais estabelecidas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e apólices reguladas pela Superintendência Nacional de Seguros Privados (SUSEP). As condições gerais são uniformização de entendimentos e fixação de cláusulas que, na opinião de Guimarães:

“não exclui totalmente a liberdade contratual, por deixar às partes certa liberdade convencional em torno de cláusulas especiais e outros aspectos do contrato, revela, necessariamente, que nenhuma das partes pode fazer predominar a sua vontade exclusiva, adstritas que estão aos padrões estabelecidos pela autoridade competente.”⁶⁶.

O objetivo desta regulamentação é proteger segurado e segurador, garantindo segurança, credibilidade e qualidade do mercado segurador como um todo.

⁶⁵ SCHWANZ, Deisy Ellen. Noções sobre o risco e sua agravação. IN: TEIXEIRA, Antônio Carlos (Coord.). Em Debate 5: Contrato de seguro, danos, riscos e meio ambiente. Rio de Janeiro: Funenseg, 2004. P.176.

⁶⁶ GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. Contratos Internacionais de Seguros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P.45.

O contrato de seguro está diretamente atrelado ao risco, motivo pelo qual podemos classificá-lo como aleatório. Para Venosa: “a prestação de pagar chamada indenização subordina-se a evento futuro e incerto. Em razão da álea que lhe é inerente, não há equivalência nas prestações”⁶⁷.

O contrato de seguro pode, ainda, ser classificado como consensual. O teor do disposto no artigo 758 do Código Civil de 2002 classifica o contrato escrito, a forma, como elemento de prova apenas. O contrato de seguro surge do acordo de vontades, do consentimento das partes. Apesar de o Código Civil anterior, artigo 1.433, determinar que o contrato de seguro “não obriga antes de reduzido a escrito, e considera-se perfeito desde que o segurador remete a apólice ao segurado, ou faz nos livros o lançamento usual da operação”, Venosa afirma que sob o advento do Código de Defesa do Consumidor e a prática atual, devido uso de ferramentas como o telefone, a internet e o fax nas relações comerciais, o contrato pode ser considerado existente independentemente da forma. Ressalva, porém, que a prova do contrato deve ser escrita, não podendo ser substituída pela modalidade oral⁶⁸. Neste diapasão, o contrato de seguro pode ter a sua existência comprovada mediante demonstrativo bancário que demonstra o pagamento do prêmio.

Como regra, atualmente o contrato de seguro é um contrato de adesão, em que as cláusulas previamente e unilateralmente estabelecidas pelo segurador são apresentadas ao segurado somente no momento da contratação, sem possibilitar maior deliberação das partes a respeito das condições ali determinadas.

3.3. CLASSIFICAÇÃO DO SEGURO

3.3.1. QUANTO AO OBJETO:

Os seguros podem ser de dano efetivo ou de dano presumido. Pelo primeiro, compreendemos aqueles em que o segurador é responsável por indenizar o segurado na exata proporção do dano efetivamente sofrido em seu valor real; o

⁶⁷ VENOSA, 2008. P.340 - 341.

⁶⁸ VENOSA, 2008. P.341.

segundo refere-se aos contratos em que o segurador tem responsabilidade de indenizar um dano presumido, sem que haja possibilidade/necessidade de delimitação do seu valor real e, ainda, casos em que não há, sequer, necessidade de comprovação do dano, bastando a ocorrência do evento previsto no contrato celebrado.

3.3.2. QUANTO AO SUJEITO:

O Código Civil faz diferenciação entre seguros de ramos elementares e seguro de vida: este tem por base a duração da vida humana, beneficiam o segurado ou terceiro, com quantia certa, renda ou outro benefício; aquele visa garantir perdas e danos, eventos que possam atingir coisas, pessoas, bens, responsabilidades, obrigações, garantias e direitos, conforme consta do artigo 7º, I, Decreto 61.589/67.

4. SEGURO E O CDC

Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor que entrou em vigor em março de 1991 com objetivo de proteção ao consumidor foi prevista pela Constituição Federal de 1988 nos artigos abaixo:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V - defesa do consumidor;”

Direitos do Consumidor como um novo viés dos Direitos Humanos, em especial na proteção à saúde, educação e moradia. Consagrou princípios específicos para a matéria contratual, como transparência, no tocante a oferta, informação e redação clara dos contratos; boa-fé em relação à publicidade, nas práticas comerciais, na execução dos contratos; equidade na interpretação pró-consumidor e controle de cláusulas abusivas, além da confiança – adequação do produto ou do serviço e correta execução contratual.

O diploma legal acima exige que as cláusulas do contrato sejam claras e objetivas, de fácil compreensão pelo consumidor, que na relação estudada é representado pelo segurado. A boa-fé objetiva essencial ao contrato de seguro é complementada com estas informações para determinar que o dever de informação é exigível de todas as partes que integram esta relação de consumo. Para que o fim do contrato de seguro seja atingido em observância à sua função social, a transparência e a proteção conferida pelo Código de Defesa do Consumidor são essenciais para restabelecer o equilíbrio nesta relação em que o segurador é o gestor de um grande fundo, com capacidade econômica nitidamente superior a grande parte dos segurados, especialmente pessoa física, e mesmo em relação às

grandes empresas que procuram o serviço para privarem-se de riscos que poderiam abalar a sua capacidade econômica.

O segurador atua no mercado com a prestação de serviço relativa à gestão de capital para absorção de riscos. Como agente econômico, assume todos os riscos advindos desta gestão, respondendo objetivamente pelas obrigações surgidas da má prestação do serviço a que se propõe, de modo que a interpretação de cláusulas contratuais que não sejam transparentes deve realizar-se de forma extensiva em benefício do consumidor. Diz o Código de Defesa do Consumidor:

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Importante ressaltarmos que o intérprete realize análise de todo o sistema normativo referente à matéria de seguro, por tratar-se de espécie contratual com disciplina específica visto que os seus efeitos não atingem apenas o segurado e segurador que constam nos polo desta obrigação, mas toda a coletividade de segurados com riscos geridos por esta empresa. A interpretação benéfica em relação ao consumidor não pode considerar apenas aquele envolvido na obrigação em estudo, mas toda a massa de contribuintes para este fundo, pois serão atingidos diretamente pela decisão que determinar cumprimento de obrigação diversa da prevista no contrato.

Na interpretação do contrato de seguro à luz do CDC deve-se considerar a coletividade de consumidores atingidos pelos efeitos do contrato para determinar qual a solução mais benéfica.

5. SEGURO E ECONOMIA

O sistema econômico capitalista, já na teoria clássica de Adam Smith, depende de equilíbrio para que se sustente. A relação entre demanda e oferta é compreendida atualmente com critérios mais aprofundados, compondo para o equilíbrio econômico os seguintes patamares:

“central - que são as forças produtivas: capital e trabalho; regulador – é o Estado que regula e intervém em todo o mecanismo; de sustentação – são as forças de poupança e investimentos; e alvo, ao final – são as forças consumidoras.”⁶⁹.

Fato é que a existência de equilíbrio entre elementos é imprescindível para uma economia sadia, e o crescimento econômico é atingido quando ao aumentar um destes elementos, os demais reagem de forma igual ou semelhante.

O sinistro é um evento inesperado, imprevisto e incerto, que traz prejuízo econômico ao segurado de forma mediata e imediata à sociedade, vez que desequilibra o sistema econômico em razão da diminuição da eficácia.

A todo momento estamos sujeitos a eventos danosos, seja em investimentos de valores, seja ao nos expormos ao trânsito caótico de uma cidade grande. O risco é elemento de todas as atividades humanas, em graus diversos, é verdade, porém inevitavelmente há a possibilidade de através da conduta humana obtermos resultados diversos dos almejados, o que pode significar danos patrimoniais e extrapatrimoniais que rompe com o equilíbrio das relações de mercado.

Em nossa sociedade capitalista, o desenvolvimento da economia afeta toda as relações entre os sujeitos: seja na esfera pública ou privada. É possível inferir que o equilíbrio econômico é objetivo de todos os cidadãos, ainda que não lhe pareça clara esta definição: um trabalhador, por mais que não atue no mercado através de investimentos e que as taxas de juros e comportamento do mercado não pareça lhe afetar, somente consegue realizar uma previsão do seu orçamento familiar para os próximos meses se houver a manutenção do equilíbrio econômico.

⁶⁹ GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. Contratos Internacionais de Seguros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P.21

Por exemplo, caso haja a interrupção do fornecimento de petróleo por uma empresa repentinamente, todo o sistema de transporte sofrerá as consequências e os prejuízos serão compartilhados com toda a cadeia produtiva dos bens de consumo que costuma transportar e, assim, o trabalhador, ainda que alheio ao mercado financeiro, terá surpresas ao realizar as compras habituais, vez que o produto estará mais caro para comportar a amortização do prejuízo que lhe coube.

Enfim, o sistema econômico atua através de projeções, com fundamento em comportamentos normais e não habituais para organizar-se e evitar que surpresas causem prejuízos à gestão do patrimônio, tanto público quanto privado.

É neste contexto que surge a empresa seguradora, com objetivo de mitigar o impacto dos riscos existentes nas relações estabelecidas pelos segurados. Ao definir o contrato de seguro, o professor da FGV, Antônio Penteado Mendonça⁷⁰, explica que:

“quando alguém contrata uma apólice, em verdade está ingressando num fundo composto por todos os segurados, com a finalidade específica de fazer frente aos prejuízos que alguns deles irão sofrer, sem, todavia, ser possível, a priori, identificar quem serão eles”.

O contrato de seguro é regulado tanto pelo CC, entre artigos 757 e seguintes, além das resoluções da Susep (Superintendência dos Seguros Privados), que determinam a execução de cálculos atuariais por meio dos quais é possível auferir quanto cada segurado deve pagar periodicamente para garantir a possibilidade de indenização dos riscos que realmente se concretizam, dentre aqueles abarcados pelo contrato.

Em última análise, o segurado ao pagar o prêmio está garantindo caso o risco venha a concretizar-se, ele será mitigado pelo segurador, que exerce o papel de gestor deste fundo comum. É com este pensamento que afirmamos ser imprescindível para o sucesso do contrato de seguro que o resultado do risco seja indesejado por ambas as partes, segurado e segurador. Sendo o papel do segurador garantir fundos para suprimir os danos decorrentes do sinistro, não poderá ser idealizada pelo segurado a possibilidade de enriquecimento, visto que a indenização do seguro deve apenas manter o segurado no status quo ante ao sinistro ocorrido,

⁷⁰ MENDONÇA, Antônio Penteado. Temas de Seguro. São Paulo: Editora Roncarati, 2010.

ou evitar que se modifique em demasia a sua situação econômica. Qualquer objetivo diverso deste ao estabelecer um contrato de seguro é um desvio de finalidade.

O CC/02 traz, então, em seu artigo 757, o adjetivo “legítimo” vinculado ao interesse do segurado. O que seria um interesse legítimo, afinal de contas? Legítimo é aquele interesse que está em consonância com o explicado acima: o segurado deve ter o interesse de que o risco não venha a concretizar-se, não pode concorrer para o resultado. O segurado tem, apenas, a ciência da existência do risco e visa a supressão dos danos causados caso o risco venha a concretizar-se. É este o interesse legítimo exigido pelo legislador para esta relação especialmente apreciada no CC.

O segurador busca gerenciar o risco, administrar a possibilidade de eventos danosos e suas consequências, atuando positivamente para que suas repercussões não afetem os sistemas, não tragam desequilíbrios nem distorções.

Afirma o professo Penteado Mendonça⁷¹ que “A operação de seguro é eminentemente uma atividade de proteção social”, ou seja, visa a proteção de quem foi atingido pelos efeitos do evento danoso, evitando que o dano seja compartilhado pela cadeia produtiva ou pelo poder público, em última análise. A mitigação de danos em âmbito privado, através da relação segurado/segurador evita que os efeitos decorrentes dos danos tornem-se problemas públicos, demandando atenção e gastos do Estado.

Antônio Marcio da Cunha Guimarães sintetiza o papel econômico do seguro da seguinte forma:

“(...) a companhia seguradora, ao administrar o risco a que está sujeito o segurado, o faz em nível mais elevado, com a participação de inúmeros outros participantes, garantindo o risco de todos eles, em uma determinada classe de risco ou operação. Como a probabilidade de ocorrência do evento danoso a todo o universo segurado é restrita, matematicamente calculada, a contribuição individual de cada um dos participantes, gerenciada pela companhia seguradora, é suficiente para cobrir as despesas geradas com o evento danoso sofrido por alguns dos participantes.”⁷²

O autor entende que esta relação exemplifica o conceito de mutualismo, vez que todos contribuem para evitar o prejuízo de alguns. Ainda: que o equilíbrio mantido por esta operação garante a eficácia do sistema econômico.

⁷¹ MENDONÇA, Antônio Penteado. *Temas de Seguro*. São Paulo: Editora Roncarati, 2010. P.45.

⁷² GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. *Contratos Internacionais de Seguros*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P.21

Além de suprimir os efeitos danosos da concretização de riscos, a seguradora, ao administrar as contribuições, prêmios, pagas pelo grupo de segurados constitui poupança e alimenta o investimento no mercado financeiro. Ou seja,

“A médio e longo prazos, auxiliam diretamente no conjunto formador da poupança interna do país, sem relevar que a curto prazo influem na restauração do equilíbrio econômico-financeiro daquelas que tiveram perdas com eventos danosos e foram ressarcidos.”⁷³

A gestão deste patrimônio para a prestação satisfatória de serviço em caso de sinistro classifica a atividade de seguro como atividade de serviço, dentre as atividades econômicas. O segurado, ao aderir à apólice, não adquire um bem, mas a possibilidade de usufruir de um serviço caso uma determinada situação venha a ocorrer. A ocorrência do sinistro é condição para a prestação do dever de indenizar. Importante lembrar que este evento deve ocorrer de acordo com as situações acordadas entre as partes, constantes da apólice, portanto, visto que foram as condições consideradas no cálculo atuarial que embasa a operação do seguro, garantindo a possibilidade de cobertura dos sinistros prováveis.

6. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE SEGURO

O Título V (Dos Contratos em Geral) do Livro I (Do Direito das Obrigações) do Código Civil de 2002, responsável pelas disposições gerais a respeito dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro, traz em seu primeiro artigo, numerado 421, a seguinte disposição: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”. O contrato de seguro, apesar de possuir disciplina específica a partir do artigo 757, não se exime de observar as disposições gerais acerca do contratualismo aplicadas a todas as relações obrigacionais no Brasil. Desta forma, cumpre-nos, após examinarmos os elementos do contrato de seguro e o desenvolvimento da funcionalização de institutos do direito privado ao

⁷³ GUIMARÃES, 2002. P.23.

longo do tempo, apreciarmos de que se trata a função social do contrato objeto deste trabalho.

De acordo com Venosa, a origem da ideia de seguro

“(...) no espírito humano decorre da defesa contra risco de perda do patrimônio, da saúde e da vida. A experiência e a complexidade da sociedade no decorrer dos séculos fizeram surgir o seguro com a compreensão atual. Trata-se de importante mecanismo para financiar o risco e pulverizar a perda patrimonial”⁷⁴.

Ao chegarmos aqui,

“dizer que o contrato (assim como a família e a propriedade) deve promover liberdade(s) é reconhecer uma mudança do seu significado e dos seus fundamentos, bem como de que, como consequência, a disciplina jurídica desses institutos deve se direcionar para a(s) liberdade(s).”⁷⁵.

Liberdade como efetividade, nesta ótica, significa que para que o indivíduo almeje a condição de segurado, tenha a liberdade de contratar um determinado seguro, realizar este contrato típico, ele há de possuir condições efetivas de realizá-lo. Vale dizer: se houver no mercado apenas seguros com preços muito além da sua capacidade econômica, apesar de possuir a liberdade formal de contratá-lo, não terá efetivamente liberdade, do tipo substancial, visto que não contratar não decorreu de um exercício volitivo de sua parte, mas sim de um limite externo: a sua capacidade econômica. De acordo com o Pianovski, a função social do contrato

“trata-se não apenas da possibilidade abstrata de fazer escolhas, como também da possibilidade efetiva de se fazer o que se valoriza, o que implica tanto a não coerção de outros indivíduos ou do grupo quanto, sobretudo, as condições materiais para que as escolhas sejam realizadas. Mais do que isso: trata-se de ampliar as possibilidades reais de escolha e o próprio espaço daquilo que se pode valorizar”.⁷⁶

O seguro, como verificamos nos capítulos anteriores, está relacionado à ideia de segurança econômica, mesmo que ocorram eventos danosos. Ao indenizar os danos ocorridos, o seguro minimiza os efeitos dele decorrentes. Esta minimização pode ocorrer em pequena escala, com uma pessoa física e o seu patrimônio

⁷⁴ VENOSA, 2008. P.3378.

⁷⁵ RUZIK, 2011. P.215

⁷⁶ RUZIK, 2011. P.215

individual que, caso abalado, se considerada a concentração de pessoas submetidas ao Estado, poderia gerar um enorme prejuízo às autoridades. Vejamos: em caso de um evento natural que ocasiona a perda de milhões de residências: por mais que o dano seja em propriedades particulares, o efeito dos danos acumulados acaba por gerar dano à administração pública e torna-se dever do Estado o desvio de verba suficiente para suprimir estes danos. O contrato de seguro, neste contexto, devido à previsibilidade do evento e baseado em cálculos atuariais deve possuir capacidade para absorver todos os riscos que estão sob sua gestão e, portanto, superar os danos deles decorrentes. Caso os particulares possuam contrato de seguro no exemplo acima, a autoridade pública não será acionada para suprimir os danos, sendo que estes serão solucionados de forma satisfatória na esfera privada.

Além dos danos ao patrimônio particular de pessoa física, o risco submetido em um contrato de seguro pode ter escala superior às fronteiras do próprio Estado, como em caso de empresas multinacionais do ramo de energia. Caso um evento provável venha a concretizar-se dando origem ao dano, os Estados envolvidos podem levar muitos anos para conseguir suprimir os seus efeitos, muitas vidas serão sacrificadas neste processo. É neste contexto que conseguimos compreender a importância da preocupação humana com a segurança em suas transações, seus investimentos e suas vidas. A perda de um familiar, além do impacto afetivo, gera enorme impacto financeiro, por muitas vezes irreparável. A indenização contratada através de seguro possibilita que a família se reestruture diante deste evento inesperado.

Enfim, compreendido o papel do contrato de seguro em nossa sociedade capitalista, dinâmica, com relações simultâneas e em ritmo acelerado, vislumbramos a importância de estabelecermos mecanismos de garantia da segurança. O contrato de seguro possui disciplina especial no Direito Civil brasileiro pois foi reconhecida a sua importância para a própria sobrevivência do Estado. Para Venosa: “o seguro moderno deslocou o campo originário do contrato privado para o poder estatal, que logo percebeu a importância e a necessidade de socioeconômica da proteção contra o risco”.

“É, pois, o contrato de seguro a fórmula jurídica destinada a satisfazer a necessidade econômico-social de transferência do risco. Embora seja o contrato fruto da ordem jurídica, as razões que levam à sua celebração encontram-se na ordem social. Assim, em virtude da necessidade humana

de se precaver, criou-se o contrato de seguro como instrumento que possibilita a operação da transferência do risco.”⁷⁷

Para Venosa, a atividade seguradora será cada vez mais demandada em razão o crescimento econômico da sociedade contemporânea:

“quanto maior o desenvolvimento econômico e tecnológico da sociedade, maior será o campo de atuação do segurador. Há até os que sustentam que, em um futuro próximo, toda atividade humana será segurada, em prol de uma garantia de ressarcimento geral de prejuízos”⁷⁸.

No ramo de seguro, para Venosa, mais do que em qualquer outro, “imperam a confiança e a boa-fé”⁷⁹.

A boa-fé deve ser estritamente observada por todas as partes integrantes do contrato de seguro, para além do segurado e do segurador, há de se considerar a coletividade a vir afetada em caso de concretização do risco e efeito dos prejuízos causados. Em um momento pré-contratual, tratando-se de uma relação de consumo essencialmente realizada mediante contrato de adesão, em que o órgão regulador desenvolve análise prévia á comercialização do produto, o segurador deve agir de boa-fé no momento em que idealiza um novo produto, estabelecendo claramente quais as condições da contratação e fundamentando-o em cálculos atuariais sólidos, além de observar todas as normas incidentes sobre a matéria. O segurado, por sua vez, no momento pré-contratual deve guardar a boa-fé ao analisar a motivação da contratação, garantindo que o risco não ocorreu antes da vigência do contrato, não deve desejar que o resultado venha a ocorrer e deve prestar informações claras sobre seu estado de saúde e hábitos de vida de modo que o prêmio estipulado corresponda ao risco realmente assumido pela seguradora. Na fase pré-contratual, o segurado deve garantir que o seu interesse é legítimo, como determina o artigo 757 do Código Civil⁸⁰.

Durante a vigência do contrato, a boa-fé deve igualmente ser observada mediante fornecimento de informações claras e completas por parte do segurador, bem como pelo segurado que no momento do aviso de sinistro deve fornecer toda a

⁷⁷ SCHWANZ, Deisy Ellen. Noções sobre o risco e sua agravação. IN: TEIXEIRA, Antônio Carlos (Coord.). Em Debate 5: Contrato de seguro, danos, riscos e meio ambiente. Rio de Janeiro: Funenseg, 2004. P.177.

⁷⁸ VENOSA, 2008. P.339.

⁷⁹ VENOSA, 2008. P.341.

⁸⁰ Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

documentação exigida pelo segurador com aprovação pela SUSEP para correta regulação do sinistro. A boa-fé pós-contratual persiste após o fim de vigência do contrato, em que o segurador ainda ser responsável pela indenização o sinistro ocorrido no período de vigência, não podendo escusar-se desta obrigação e o segurado mantém o dever de clareza e de informar o segurado de sinistros que ocorreram apenas durante o contrato esteve vigente.

Em última análise, a função social do contrato de seguro está relacionada à condução do contrato mediante a mais estrita boa-fé, como ensina o Professor Nalin⁸¹, como elemento materializante do contrato. Os reflexos deste contrato particular atingem a coletividade envolvida nos efeitos dos prejuízos causados pela concretização do risco. Para além de uma atividade financeira com fins lucrativos, o seguro possui a importante função de garantir segurança econômica para que o desenvolvimento da autonomia privada venha a concretizar-se.

O contrato está sujeito a limitações à autonomia privada que objetivam garantir a efetividade do fim a que se propõe, de forma que os contratantes possam ter segurança de cumprimento do contrato, motivo pelo qual a boa-fé é elemento materializante deste negócio jurídico.

Direitos e deveres do segurado e do segurador são pensados em razão da existência da mutualidade, de forma que todos os atos de segurado e segurador repercutem na viabilidade do mutualismo. A viabilidade é avaliada com a correta mensuração do risco assumido pelo segurador no contrato, com a fixação de preço justo e correspondente à contraprestação esperada do segurador em caso de efetividade do evento danoso.

A interpretação extensiva das cláusulas contratuais para acolher riscos não contratados, ou riscos oriundos de agravação resulta em aumento da precificação com prejuízo para os contratantes e exclusão de novos, o que acaba por prejudicar que o serviço seja viabilizado para as diversas classes sociais, não há condições reais de contratação por parte das pessoas de baixa renda, que desta forma vislumbram-se sujeitas aos riscos cotidianos e à possibilidade de em caso de concretização do evento danoso, agravarem a sua condição social em razão dos prejuízos financeiros.

⁸¹ NALIN, 2008. P.141.

CONCLUSÃO

O seguro é um produto comercializado em uma relação de consumo interprivada com o objetivo de proteção do patrimônio. Neste trabalho analisamos a repercussão dos seus efeitos sobre o mercado econômico e sobre os direitos fundamentais do sujeito. A dignidade humana, relacionada às condições de subsistência do indivíduo, moradia e ao seu direito de ser proprietário, todos direitos humanos consagrados em nossa Carta Magna nos artigos 5º⁸² e 6º⁸³ relacionam-se diretamente aos efeitos produzidos por este contrato que visa absorver os riscos advindos de eventos súbitos e inesperados.

A dinamicidade das relações sociais expõe as pessoas ao risco de perda da renda ou da propriedade individual. Os eventos naturais e os acidentes colocam em risco a vida das pessoas e a proteção dos seus bens. O risco é elemento presente em todas as relações comerciais estabelecidas e a possibilidade da sua ocorrência poderia vir a causar uma crise tanto em âmbito particular quanto público.

A função social do contrato de seguro é notável neste íterim de absorção de riscos sociais. A atividade seguradora é e deve ser fortemente regulamentada. A interpretação e aplicação do contrato devem obedecer a disciplina específica que lhe confere o Código Civil, em capítulo dedicado exclusivamente à matéria, ainda, ao Código de Defesa do Consumidor que regula a relação de segurador e segurado, bem como às instruções normativas expedidas pelos órgãos e entidades federais com função de regular este mercado, tais como SUSEP (Superintendência de Seguros Privados) e CNSP (Conselho Nacional de Seguros Privados).

A amortização de riscos realizada pelo contrato confere segurança para que no âmbito da iniciativa privada os particulares tenham confiança e possibilidade de realizar investimentos e, conseqüentemente, ocasionar o desenvolvimento estatal.

⁸² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁸³ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Após o estudo, concluímos que a funcionalização dos institutos do Direito Civil é inovação fundamental para o acompanhamento da dinamização das relações sociais e segurança jurídica para que as transações e relações comerciais ocorram com maior intensidade. A movimentação da economia é essencial para o modelo capitalista. Os efeitos deste contrato atingem desde as partes contratantes até a economia global, motivo pelo qual é essencial que as partes guardem a mais estrita boa-fé desde a fase pré contratual, quando o segurador cria um novo produto e o submete para aprovação pelo órgão regulador, até a fase pós contratual, como no caso de eventual sinistro ocorrido após o fim de vigência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil : Introdução**. 3ª edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GOMES, Orlando. **Novos temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. **Contratos Internacionais de Seguros**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

HÈMARD, Joseph. **Traité Theorique et Pratique des Assurances Terrestres**, Paris, 1924.

MENDONÇA, Antônio Penteado. **Temas de Seguro**. São Paulo: Editora Roncarati, 2010.

MONATERI, Pier Giuseppe. **Pensare il diritto civile**, 1997.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. IN: Ingo Wolfgang Sarlet (coord.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, vol. I, 1993.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca da sua formulação na perspectiva civil-constitucional.**-2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1994.

POMPEU Fº, Roberto Nelson Brasil. **Aspectos do princípio da boa-fé nos contratos.** IN: NALIN, Paulo. **Contrato e Sociedade, Volume 1. Princípios de direito contratual.** Curitiba: Juruá Editora, 2004.

RAMOS, Carmem, Lucia Silveira. **A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras.** In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s) : repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família.** Rio de Janeiro : GZ Ed., 2011.

SANTOS, Ricardo Bechara. **Direito do seguro no cotidiano: coletânea de ensaios jurídicos.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SCHWANZ, Deisy Ellen. **Noções sobre o risco e sua agravação.** IN: TEIXEIRA, Antônio Carlos (Coord.). **Em Debate 5: Contrato de seguro, danos, riscos e meio ambiente.** Rio de Janeiro: Funenseg, 2004.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. **A Caminho de Um Direito Civil Constitucional.** Revista de Direito Civil, Agrário, e Empresarial. Ano 17. Julho – Setembro, nº 65, 1993.

TORRES, Andreza Cristina Baggio. Direito Civil-Constitucional: **A função social do contrato e a boa-fé objetiva como limites à autonomia privada**. IN: : NALIN, Paulo. **Contrato e Sociedade, Volume 2. A autonomia privada na legalidade constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.