

# OS CONTRATOS DE SEGURO E SUA FUNÇÃO SOCIAL. A REVISÃO SECURITÁRIA NO NOVO CÓDIGO CIVIL

## THE CONTRACTS OF INSURANCE AND ITS SOCIAL FUNCTION: THE INSURANCE REVISION IN THE NEW CIVIL CODE

Nelson BORGES<sup>1</sup>

### RESUMO

Os contratos de seguro foram disciplinados por quarenta e quatro artigos, no Código Bevilacqua, e praticamente pelo mesmo número, no Código Reale, tendo sido normatizadas neste, inúmeras situações (mais de duas dezenas) não contempladas anteriormente. Sua função social foi acentuada, marcada que sempre esteve pela comutatividade e, principalmente, pelo mutualismo. São convenções de natureza privada que se apresentam sob o gênero execução diferida, na espécie continuada ou sucessiva, para ambas ou apenas uma das partes. Oferecem amplo espaço para revisão quando alterados por eventos normais ou anormais (CDC e CC). Devem ser considerados como pactos comutativos de garantia, já que seu epicentro se encontra equidistante de toda e qualquer aleatoriedade.

**Palavras-chave:** função social; comutatividade; garantia; mutualidade; revisão contratual; não-aleatoriedade.

### ABSTRACT

The insurance contracts were disciplined by forty four articles in Bevilacqua Code and, by the same number of articles in Reale Code. The latter was standardized in several situations (more than two dozens) not previously observed. Their social function was emphasized and was always marked by commutability and, mainly, by mutualism. They're private nature conventions which are shown under the deferred transactional genre, within the continued or successive species, for both or just one of the parts. They offer a great field for review when modified by

---

<sup>1</sup> Advogado e Mestre pela Universidade de Londrina; doutor pela Universidade Federal do Paraná; Pós-doutor pela Universidad Externado de Bogotá, Colômbia. Professor nos Cursos de Graduação e Pós-graduação na Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de Cornélio Procopio-PR e Professor do programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília -SP - Unimar.

normal or abnormal events (CDC and CC). They must be considered as commutative guaranteed pacts, since their epicenter is equidistant from all and any randomness.

**Key words:** commutability; mutuality; guarantees; social function; contractual review; non randomness.

## 1. Origem e Evolução dos Contratos de Seguro

Os pactos securitários, no Brasil, sempre mereceram dos legisladores um tratamento especial e diferenciado. Foi assim no Código Bevilacqua e não fugiu à regra no Código Reale. Entretanto, de um modo geral, se comparadas as disposições do código revogado com as do Novo Código, ver-se-á que, entre todos os setores alterados, o dos seguros foi o que apresentou os mais profundos e benéficos avanços.

Depois de tecer justificadas críticas ao Novo Código, Fábio Ulhoa Coelho, na Apresentação da obra *O Contrato de Seguro*, concluiu:

Mas entre as pouquíssimas razões para celebrar a entrada em vigor do Código Reale estão as novas regras sobre o Contrato de Seguro. Ao conceituar a obrigação da entidade seguradora como a de garantir o interesse legítimo do segurado (art. 757), a nova codificação atribuiu ao contrato natureza comutativa. Espancou, de vez, a defasada concepção de que na obrigação das seguradoras haveria uma álea (como se elas não estivessem obrigadas a se organizar, empresarialmente, de modo a poder entregar ao segurado o que ele busca através do seguro: garantias). De outro lado, ao conferir à apólice a condição de documento de prova e não de constituição do vínculo contratual (art. 758), o novo Código desveste o contrato de solenidade, classificando-o acertadamente entre os consensuais. (COELHO, 2000).

Modernamente, os contratos de seguro são classificados como pactos bilaterais e comutativos de garantia, que se apóiam, fundamentalmente, no conceito da chamada divisão de riscos entre segurador e segurado. Enquanto o primeiro se responsabiliza pela indenização do segurado, em caso de sinistro, este tem a seu cargo o pontual pagamento do prêmio estabelecido.

Seus alicerces históricos podem ser encontrados no clássico caso dos comerciantes da Babilônia (século XIII) que, preocupados com os riscos da perda de camelos na travessia do deserto, firmaram contratos de garantia com outros mer-

cadores da região, de forma que o prejudicado tivesse direito a outro animal, a ser repostos pelos demais criadores, participantes daquela convenção.

Contudo, se, a ditar a fixação das coordenadas no tempo e no espaço for o absoluto rigor histórico, o registro de Silney de Souza Ferreira (2001) é bastante oportuno ao informar que já no Código de Hamurábi (1690 a.C.) se encontrava a preocupação de assegurar a reposição dos prejuízos apurados àquele que perdesse seu navio na tempestade, sob a responsabilidade de uma espécie de associação de navegadores, nascida da idéia contida no espírito que deu origem ao *mutualismo* (grupo de pessoas com interesses comuns de proteção para si ou para seus bens, por via de uma reserva econômica, tendo em vista a divisão dos riscos existentes no cotidiano), como decorrência lógica e natural da vida em grupo, assentada na constante necessidade de segurança. O *mutualismo* já era conhecido das primeiras civilizações e a história se encontra repleta de exemplos de sua prática entre os hebreus e fenícios, primeiramente, estendendo-se aos gregos e romanos, como a forma mais lógica e racional de suavizar, de forma coletiva, as perdas individuais.

Uma grande e significativa mudança foi registrada na primitiva forma de indenização: no início, os sinistros eram remediados após sua ocorrência; hoje, a prevenção das perdas é estimada por antecipação atuarial, por via de um pagamento, denominado *prêmio*, considerado como *conditio sine qua non* para a contrapartida indenizatória das seguradoras.

A principal fratura que se observou na primitiva função social dos contratos de seguro, o *mutualismo*, ocorreu na Idade Média, quando a igreja católica proibiu seu emprego, chegando ao ponto extremo de considerá-lo como sacrilégio, uma vez que, pelos cânones da doutrina cristã apenas a vontade divina poderia minorar os infortúnios e as desgraças do homem, classificando - como corolário desse raciocínio - o chamado seguro marítimo de garantia náutica como abusivo, conseqüente ao que considerou como prática usurária. O seguro então proibido era esquematizado da seguinte forma: os navegadores recebiam dos banqueiros um empréstimo em dinheiro, a ser devolvido acrescido de elevados juros, caso o navio segurado não sofresse danos ou perdas, no curso de sua viagem; se algum acidente ocorresse, o navegador ficaria de posse do empréstimo, sem qualquer contrapartida.

Silney de Souza destacou:

Com a proibição do seguro marítimo pelo Papa Gregório IX, um criativo mecanismo entrou em ação. Os banqueiros passaram a “comprar” o navio e a carga. Ocorrendo o sinistro (algum acidente ou perda no percurso) os navegadores ficavam com o dinheiro e o banqueiro com o prejuízo. Se, ao contrá-

rio, nada acontecesse nem com a carga nem com o navio, o navegador rescindia o contrato de venda, ficando com o bem, mas pagando uma multa (equivalente aos juros sobre o capital cobrado anteriormente à proibição). (SOUZA, 2001, p. 4).

Com tais antecedentes, em aligeirada visão sobre suas origens, é possível afirmar que o seguro marítimo tem sido considerado como o mais antigo nesse gênero e base para muitos outros, responsável pela criação das *sociedades de banqueiros* que, com o tempo, se transformaria em *sociedades seguradoras*.

No ano de 1667, um incêndio destruiu mais de 13.000 casas, a catedral de Saint- Paul e quase acaba com a cidade de Londres. Em 1684, surgiu a primeira companhia de seguros do mundo contra incêndio, na própria Inglaterra, seguido do seguro de vida. Em 1690, em uma taberna, foi fundada a Lloyd's inglesa, a primeira companhia de seguros do mundo que, curiosamente, entre outros segurados famosos, assinou contrato para garantir a travessia do Titanic.

Em 1789, veio à luz o primeiro Código Uniforme de Seguros, embrião do que viria a ser a normatização, em todo o mundo, das regras destinadas à disciplina daqueles contratos.

No Brasil, embora as primeiras normas sobre o tema datem de 1665, a criação da primeira seguradora do país, Companhia de Seguros Boa Fé, sediada na capital baiana, deu-se apenas em 24 de fevereiro de 1808, com a chegada de Dom João VI e a da família real portuguesa.

Sua primeira regulamentação constou do Código Comercial de 1850, limitando-se a cobrir navios e cargas, passando a ser disciplinado pelo Código Civil a partir de 1916, já sem o pagamento prévio pela seguradora, como constava em sua origem.

Marcello Teixeira Bittencourt (2000, p. 21) esclareceu que o contrato de seguro:

[...] é o acordo de vontades firmado entre as sociedades de seguro (seguradoras) e o consumidor (segurado), cujo objetivo é a promessa de uma prestação futura pela seguradora (indenização), mediante pagamento de uma quantia pecuniária pelo segurado (prêmio), em face da ocorrência de um risco coberto pela apólice. (BITTENCOURT, 2000, p. 21).

É oportuno destacar que as contratações securitárias só têm razão de ser quando o risco é praticamente suprimido por via de sua diluição na *mutualidade*. Por tal prisma, constata-se que, a rigor, não existe assunção de risco direto por parte da empresa seguradora, mas, apenas responsabilidade pela segurança da ou-

tra parte, consubstanciada na garantia de sua indenização, na ocorrência do sinistro.

Em síntese, os contratos de seguro são verdadeiras redes jurídico-econômicas de proteção que objetivam amparar os contratantes quando em confronto com os riscos a que estão sujeitos na vida diária.

## 2. Função Social dos Contratos de Seguro e o Novo Código

O Novo Código Civil dispôs em seu artigo 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Quando a Constituição Federal, em seus artigos 182 e 184, fez referências (pela primeira vez em um texto constitucional) à *função social da propriedade*, importantes passos foram dados em direção à tão desejada Socialização do Direito ou ao seu correlato mais importante: a repersonalização do homem.

Talvez uma das primeiras idéias da função social dos contratos tenha surgido com a própria atividade mercantil do homem que, na era das navegações, trazia do outro lado do mundo tudo o que lá era abundante para trocar aqui pelo que lá era escasso, e aqui, não. Dessa primeira forma de contratação (permuta) surgiu entre os povos que negociavam o interesse pela língua, costumes, religião, culinária, vestuário, sendo que, a princípio, a função social dos pactos definiu-se pela aproximação dos homens e circulação de bens e riquezas.

Destaque-se que o princípio (agora normatizado no Art. 421) guardou estreita relação com as disposições da vigente Constituição Federal e seguiu suas linhas mestras, sendo uma das razões da expressão “Direito Civil Constitucional”, cujo objetivo maior foi o de disciplinar os desmandos e injustiças cometidas contra os hipossuficientes, sem, contudo, lhe tirar o caráter eminentemente privatístico.

Acrescente-se que, embora pelo prisma da Socialização do Direito o balizamento normativo da função social seja louvável, não chegou a ser propriamente uma novidade, uma vez que a liberdade de contratar nunca foi ilimitada. Doutrina e jurisprudência já haviam traçado coordenadas operacionais no campo do contratualismo, assentadas, principalmente, na *ordem pública* e nos *bons costumes*.

É importante destacar que até certo ponto o dispositivo conflitou com a chamada “relatividade das convenções ou dos efeitos contratuais”, presentes na principiologia clássica (ao lado da *autonomia da vontade* e da *intangibilidade dos pactos*). Isso porque, no Código revogado, os efeitos contratuais ocorriam apenas entre as partes e, no Novo Código, isso não se verificou, conseqüente à

nova dimensão conferida aos efeitos reflexos da contratação. Mas, isso já fora adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, quando praticamente extinguiu a igualdade entre os cidadãos. Assim, ainda que o Direito Civil haja estabelecido o princípio do efeito relativo dos contratos, o CDC simplesmente o ignorou ao atribuir responsabilidades ao fabricante, ao distribuidor, ao comerciante, ao titular de marca, isto é, às partes que não celebraram qualquer pacto com o consumidor. E mais: naquele Código foi outorgado o direito de ação – além daquela conferida ao consumidor - ao usuário, e às associações de consumidores, partes que também não se vincularam contratualmente aos fornecedores ou prestadores de serviços (Art. 81 e seguintes).

Adite-se que a idéia de proteção a terceiros (efeitos reflexos da contratação), contida na expressão “[...] em razão e nos limites da função social [...]”, já havia sido consagrada pela doutrina e jurisprudência pátrias, não como regra geral e com as pretensões longitudinais de agora, mas apenas como exceção, assentada fundamentalmente na equidade.

Parece estar fora de dúvida que o direito do terceiro que se sentir prejudicado intervir no processo, além de normatizar uma postura consagrada pelos juristas e tribunais, equiparou, neste aspecto, os contratos privados aos administrativos que, por sua natureza, têm como principal objetivo o interesse social, trazendo, *ipso facto*, uma salutar restrição à liberdade de contratar, que sempre se constituiu na *ratio essendi* dos contratos privados.

Embora hoje não tenha mais a força que lhe foi conferida pelo artigo 1.134<sup>2</sup> do Código Civil francês (1904), o princípio *pacta sunt servanda* ainda é um dos vetores importantes da contratação, razão por que talvez a função social devesse ser considerada apenas como um limite para os efeitos do contrato e não – como pretendeu o artigo 421 – sua razão de ser. Neste aspecto só o tempo poderá dizer do alcance da pretensão legislativa, coadjuvada pelo trabalho de lapidação doutrinária e jurisprudencial.

Procurando dar uma idéia da motivação que levou o legislador a esculpir o Artigo 421, Olímpio Costa Júnior explicou que:

[...] se as normas jurídicas são regras de conduta, o sistema jurídico de Direito Positivo é o conjunto sistemático de normas que regulam situações da vida social, da conduta humana em sua interferência intersubjetiva, seja direta ou indireta. Direta quando envolve sujeito de direito e deveres correlatos, indireta

---

<sup>2</sup> Artigo 1.134 do Código Civil francês:

“Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.”

quando se refere reflexivamente a terceiros. (COSTA JÚNIOR, 1994, p. 10).

Como sublinhou Lorenzetti (1998, p. 461), a proteção jurídica do indivíduo transcende a individualidade; é o homem e sua circunstância (relembrando Ortega y Gasset). Esta última é um território confortável, sadio e seguro, que a organização social atual não garante sem uma demonstração jurídica.

Em trabalho publicado pela Malheiros Editores (BORGES, 2002), em considerações sobre as idéias do professor Luiz Edson Fachin (1998, 115-145), registrou-se a ênfase por ele dada ao tema, quando disse que

[...] urge a revalorização da confiança como *conditio sine qua non* para se repensar o Direito Civil brasileiro na atualidade, buscando recentralizar as relações jurídicas em torno da pessoa. Mais em sua condição de ser humano, do que em seu patrimônio.

Observou o mesmo autor que:

[...] o tema confiança não pode ser confinado a um incidente de retorno indevido ao voluntarismo do século passado, nem é apenas um legado da Pandectística, postulado básico do direito privado. Pode estar além de sua formulação inicial essa temática se for posta num plano diferenciado de recuperação epistemológica. (BORGES, 2002).

Em seu projeto “A Virada de Copérnico” - um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo, Fachin desabafou:

Assim nos alimentamos do tormento de saber pouco e por isso não temos o direito de viver em paz. Sabemos, porém, que o Direito (como um todo, e o Direito Civil, em particular) não é somente isso que está aí. (FACHIN, 1998, p. 318).

O fenômeno da repersonalização do direito - lembrou Cortiano Júnior (1998, p. 53) - vai se impondo como uma resposta à ordem criada e que não mais se encaixa na moldura dos fatos, e tampouco na esperança dos homens. O direito - concluiu - não está apenas centrado funcionalmente em torno do conceito de pessoa, mas também seu sentido e finalidade são a proteção da pessoa.

Encerrando estas breves digressões sobre a Socialização do Direito, ou Repersonalização do Homem, fontes que formam o caudal chamado de Função Social do Direito, as paradigmáticas considerações do já citado professor Fachin

sobre a verdadeira natureza das contratações devem ser trazidas a esta colação: “Sabe-se que quem contrata não contrata mais apenas com **quem** contrata, e quem contrata não contrata mais apenas o **que** contrata; há uma transformação subjetiva relevante nos negócios jurídicos.” (grifos nossos).

Os elementos representativos da função social dos contratos de seguro residem na comutatividade e, principalmente, na mutualidade. A esses elementos - já, então, compondo os alicerces de sustentação dessa forma de convenção - devem ser acrescentados, ainda, o risco e a boa-fé, identificada esta última como a “alma da contratação”.

Embora a tendência das pessoas que já encontraram dificuldades no trato com as Seguradoras seja a de não reconhecer que aqueles pactos desempenham relevante papel no contexto societário, há muitos séculos, equiparando aos bancos as empresas especializadas nesse ramo - injustamente, diga-se - a realidade de nossos dias vem apontando, cada vez mais, para o sentido contrário.

Em seu *Vocabulário Jurídico*, com bastante propriedade Plácido e Silva forneceu uma idéia de mutualidade

[...] derivado de mutual (recíproco), exprime o regime de cooperação adotado em certas espécies de sociedades, em que os próprios sócios são aqueles que se inscrevem para concorrer aos benefícios distribuídos pela sociedade. Nelas, assim, em princípio, não há capital: este será composto pelas reservas constituídas pelos lucros da sociedade que, não possuindo sócios, não os distribui. Aos sócios dela, que são precisamente as pessoas que tomam inscrição para concorrer aos seus benefícios, em regra constante de seguros, construções de prédios, dá-se o nome de mutualistas. (SILVA, 1986, p. 483).

É indispensável destacar que mutualismo - além de implicar, no plano subjetivo, na idéia de solidariedade - induz, de pronto, sob o prisma objetivo, a concepção de um agrupamento sujeito aos mesmos riscos ou perigos, com as mesmas probabilidades de dano, razão da associação e formação de um colegiado aparelhado para o enfrentamento de eventuais prejuízos que possam sofrer os chamados mutualistas. A função da companhia seguradora será apenas de gerenciar o fundo previdenciário, de natureza eminentemente comunitária, verdadeira poupança coletiva, constituída pelos participantes por via do recebimento e gestão dos prêmios estabelecidos, pagando as indenizações devidas, depois de regularmente processadas e comprovadas suas legitimidades, recebendo uma remuneração por esse serviço.

Sérgio Cavalieri Filho esclareceu que:



[...] o segurador moderno é um administrador de fundos mutuais; a rigor, não entra com dinheiro próprio para cobrir ou garantir riscos dos outros, mas, sim com o trabalho, técnica e experiência capazes de propiciar adequada gestão a esses fundos. A mutualidade, portanto - e essa é outra idéia-força - é suporte econômico essencial em toda operação de seguro; haverá sempre um grupo de pessoas expostas aos mesmos riscos que contribuem, reciprocamente, para reparar as conseqüências dos sinistros que possam atingir qualquer uma delas. (CAVALIERI FILHO, 1998, p. 86).

Em complementação, Cavalieri Filho (1998, p. 86), analisando a posição da seguradora nessa relação jurídica, de sua condição de mera administradora de um monte previdenciário, nascido - repita-se pela importância - da idéia básica de um mutualismo, de uma visão social basicamente solidarista, voltou a insistir:

O segurador nada mais é que um garante do risco do segurado, uma espécie de avalista ou fiador dos prejuízos que dele podem decorrer. Tão forte é essa garantia que é costume dizer que o seguro transfere os riscos do segurado para o segurador. Mas na realidade, não é bem isso o que acontece. O risco, de acordo com as leis naturais, é intransferível. Com o seguro ou sem seguro, quem continua exposto a risco é a pessoa ou coisa. É o operário que trabalha na máquina perigosa ou lá no andaime no 10º andar de uma obra; é o carro que circula numa cidade infestada de ladrões; é a pessoa que vive numa cidade violenta e assim por diante. O que o seguro faz é transferir as conseqüências econômicas do risco caso ele venha a se materializar em sinistro. O segurado compra a sua segurança mediante o pagamento do prêmio de seguro. Que segurança? De natureza patrimonial, pois sabe que, se ocorrer o sinistro, terá os recursos econômicos necessários para reparar seu prejuízo e recompor seu patrimônio. (CAVALIERI FILHO, 1998, p. 86).

Considerado por Fábio Ulhoa Coelho, na Apresentação da obra já referida, como o “[...] grande líder do Direito do Seguro no Brasil, estimulador e fundador do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (IBDS), organizador de congressos, seminários, cursos e jornadas da mais elevada qualidade e técnica operacional”, Ernesto Tzirulnik trouxe também seu contributo:

O Segurador é o administrador de um fundo coletivo, formado pela pluralidade de segurados expostos a riscos homogêneos, visando a garantir cada uma das unidades. A prestação devida pelo segurador desde cada vinculação é a garantia de que, realizando o risco previsto, haverá um aporte capaz de indenizar o dano daí decorrente, obviamente na medida dos limites de garantia desejados, quando da adesão individual ao vínculo geral securitário. (TZIRULNIK, 2001, p. 58).

E prosseguiu:

Essa concepção, que já tantas vezes ressaltamos para evitar o encarceramento da relação contratual individualista da relação necessariamente social mutualística que se ergue por detrás da capa contratual, tem, como vimos, o endosso da doutrina especializada, consta de diversos sistemas de direito positivo e repercute na jurisprudência. (p. 59)

A idéia da função social do Direito não é nova. Ao longo dos tempos, os mais renomados juristas formularam doutrinas em busca de uma Socialização do Direito que, infelizmente, até hoje não logrou total repercussão, uma vez que o emprego utilitário da ciência jurídica - menos importante na repersonalização do homem, de sua colocação no centro do sistema ou, ainda, da atribuição do devido valor aos bens e ao patrimônio - tem se sobreposto à sua função ideológica que, no campo das obrigações, acenderia a luz de advertência aos contratantes para lembrá-los, constantemente de que, hoje, aquele que contratou, não mais o fez apenas com **quem** contratou e que o objeto da convenção não se restringe mais apenas ao **que** se contratou, porque a solidariedade estará sempre a exigir um pouco mais dos participantes, como advertiu Fachin, com toda propriedade.

Nesse diapasão, paradigmática foi a definição de contrato apresentada por Carlos Cossio quando disse que “[...] un contrato comienza y termina como conducta compartida dentro de un mismo proyecto de existencia que ambas partes han coproyectado”. (COSSIO, 1961, p. 41).

Ao longo dos tempos, muitas doutrinas surgiram, em todo o mundo, procurando despertar o homem para a solidariedade que deveria haver nas contratações, uma vez que além das partes implicadas, não raras vezes se encontra, subjacentemente, o interesse de terceiros (e mesmo do próprio grupo societário), hoje normatizada no artigo 421 do Novo Código Civil brasileiro. Nessa linha pode ser incluído o Solidarismo, de Louveau (1937, p. 15-16), ao procurar demonstrar que as partes contratantes não deveriam se postar como ad-

versários, mas sim como “companheiros associados”, com vistas à obtenção de um fim, por eles determinado, de comum acordo. Também os Vínculos Sociais, de Emílio Betti, soam no mesmo diapasão e acorde, assentados na tese de que o direito das obrigações deveria sofrer uma releitura e, conseqüentemente, ser traduzido como vínculos de cooperação social, idéia inicialmente desenvolvida por Ferrera, na década de 30.

No trabalho citado, ao analisar a doutrina de Emílio Betti (apud BORGES, 2002) apresentou-se oportunidade de dizer:

Quando se fala em cooperação social, a primeira idéia que surge é a de auxílio mútuo no âmbito do comportamento societário. Neste sentido, a conclusão óbvia que se impõe é a de que no universo obrigacional o titular de um direito creditório não tem condições de satisfazer seus interesses sem a colaboração do devedor, e vice-versa . (p. 232).

Ramón Badenes Gasset e Luiz Alberto de Carvalho Fernandes (1963, p. 128-129) - referidos pelo último - foram os grandes responsáveis pela teoria da Socialização do Direito, também conhecida como de Cooperação Social. A concepção tinha como fulcro o viver com intensidade a existência em sociedade, deixando em segundo plano os interesses particulares, colocando acima de tudo os superiores reclamos do objetivo societário. Disseram seus autores que a justiça da doutrina surgiu na consciência como via de inspiração imperativa em muitos casos práticos, ainda que permanecessem ocultas as razões técnico-jurídicas de sua sustentação, às quais se poderia chegar por simples intuição.

Para Carlos Cossio (1961, p. 32), jurista argentino, autor da *Teoria Ecológica do Direito*, todo contrato se encontra em uma determinada situação porque a existência humana está ontologicamente ligada a ela. A confirmação da assertiva pode ser obtida por via da simples tentativa de desvincular o homem - ou o contrato - do contexto situacional em que ele se encontra e, em seguida, pretender interpretá-lo ou aplicá-lo. De imediato se constatará ser essa uma verdadeira missão impossível.

A doutrina de Cossio é de natureza fenomenológica (porque estrutura da consciência na constituição dos objetos) e cultural (por ser resultante de um conhecimento transmitido), considerada como uma das grandes formulações no campo do solidarismo, consubstanciou, em alto nível, a Socialização do Direito.

A existência de dois elementos fundamentais nos contratos de seguro parece ser a prova definitiva de sua função social, desde que foram criados: a comutatividade e o mutualismo.

Na comutatividade sempre se encontrou inserta uma louvável preocupação com o equilíbrio das prestações - mesmo no plano subjetivo - de forma que os contratantes pudessem, tanto quanto possível, se sentir seguros quanto ao fato de que a prestação de um deveria encontrar correspondência na contraprestação do outro.

Tzirulnik elucidou:

A comutatividade do contrato tem por base justamente o reconhecimento de que a prestação do segurador não se restringe ao pagamento de uma eventual indenização (ou capital), o que apenas se verifica no caso de sobrevir lesão ao interesse garantido em virtude da realização do risco predeterminado. Tal prestação consiste, antes de tudo, no fornecimento de garantia e é devida durante toda a vigência material do contrato. A comutação ocorre entre prêmio (prestação) e garantia (contraprestação). (TZIRULNIK, 2003, p. 30).

No mutualismo (*ratio essendi* das contratações securitárias), sempre existiu um alargamento implícito e consentido da responsabilidade e dos interesses de quantos fizessem parte do grupo, de tal sorte que a efetiva e pontual contribuição de cada um para a formação do fundo previdenciário solidificasse e energizasse a garantia de todos. O curioso da mutualidade é que uma empresa seguradora poderá ter cinqüenta mil associados, estar em plena atividade na mais perfeita e acabada regularidade atuarial de pagamentos dos prêmios mensais, sem que nenhum dos participantes tenha conhecimento - ou precise ter - da existência do outro, na comprovação da existência da mais elementar boa-fé, implícita na adesão silenciosa e não questionada das partes contratantes. Por esse prisma, fica bastante aclarado que não existe seguro de uma só pessoa com uma empresa seguradora, porque, nessa hipótese, haveria a supressão de um de seus alicerces e principal elemento, que é sua natureza mutual.

### 3. Revisão dos Contratos de Seguro

Ainda que fossem - e não são - considerados como aleatórios, os contratos de seguro comportariam revisão, como efeito da ação de evento anormal (aplicação da Teoria da Imprevisão, hoje disciplinada pelos Artigos 317, 478, 479 e 480 do Novo Código), desde que identificados seus pressupostos de admissibilidade, além da que já se encontra normatizada (Art. 6º, V, do CDC), para o emprego em situações de alterações contratuais, provadas por acontecimentos normais da contratação.

Os contratos aleatórios ocupam no campo do contratualismo uma posição única e por tal motivo enquadram-se em uma classificação ímpar, trazendo em seu contexto três áleas distintas e independentes, nas quais os incidentes de percurso que atingem a contratação podem ser classificados em *normais, sui generis* e *anormais*.

Como linha de princípio, todo contrato contém uma *álea normal* na qual devem ocorrer os eventos próprios da contratação. Quando as partes celebram um pacto de execução diferida, acompanha-as a consciência plena de que, com a vinculação, assumem determinados *riscos* e todos eles encerram uma idéia probabilística. De início, no âmbito da *álea normal*, a contratação infunde a convicção de que em seu curso regular poderá haver transformação de uma incerteza em certeza, mas perfeitamente mensurável, intrinsecamente ligada aos mecanismos de proteção processual. Nesse passo, o locador sabe que seu locatário poderá desviar a finalidade da locação, deixar de pagar os aluguéis, causar danos ao imóvel, sublocá-lo sem consentimento, não pagar os encargos devidos, enfim, descumprir qualquer das cláusulas contratuais, tudo dentro de um espectro de *riscos previsíveis*. Se as ocorrências supervenientes provocadas pelo locatário forem previsíveis, a alteração que trará à pretensão do locador poderá ser minimizada pelos mecanismos de defesa, de proteção das partes, constantes da própria lei, seja pela propositura da retomada e ou cobrança de aluguéis, estabelecidos justamente para fazer face à probabilidade inicial, de caráter subjetivo, então transformado em objetivo.

É imperioso estabelecer que nos contratos aleatórios esse campo apresenta características diversas, uma vez que a obrigação de uma das partes - ou mesmo de ambas - já nasce impregnada pela dúvida, pela incerteza, seja pela indeterminação quanto à ocorrência dos fatos previstos contratualmente, quanto à sua data, local, meios, forma de execução ou qualquer outra condição intrínseca que componha a obrigação.

No entendimento de Castro Mendes (1978, p. 747), um contrato é considerado aleatório quando tem como característica a incerteza ou álea, que se define por um fato incerto quanto à sua verificação e/ou quanto ao momento de sua constatação.

Diante da possibilidade de efetivação de fato incerto é que nasceu o nome *alea-tório*, aplicado a contratações que apresentavam uma álea (dúvida, incerteza quanto à efetiva ocorrência), por que se encontravam condicionadas ao fator sorte, a eventos futuros que podiam ou não ocorrer, diversamente dos *pas de deux* que se coreografavam nos palcos securitários, porque assentados em objeto determinado, previamente estabelecido pelos contratantes: a garantia indenizatória.

Em sua origem latina (e foi dessa forma que os ordenamentos jurídicos em todo o mundo o aceitaram) o termo *aleatório* significou toda situação em que se identificasse a probabilidade de perda, concomitante com a de lucro (o dado de jogar é um bom exemplo) ou, de forma mais sintética, que estivesse ao sabor da “*sorte*.” A tal propósito, lembre-se César ao atravessar o Rubicon: “*Alea iacta est.*”

Como regra geral, os contratos de execução diferida possuem uma álea normal de previsão de riscos, conhecida como campo natural de ocorrências possíveis, sobre o qual não pairam dúvidas nem há incertezas e para o qual a lei prevê alternativas. Nele, as inexecuções contratuais podem ocorrer ou não, independentemente do fator “*sorte*”. Entretanto, paralelamente a esse “*espaço*” em que medra a álea normal dos pactos, um outro campo existe no qual os chamados acontecimentos anormais surgem e se desenvolvem, trazendo efeitos que só podem ser minimizados pela utilização do mecanismo revisional que, atualmente, a lei coloca à disposição das partes (Art. 317, 478 a 480 do CC), uma vez que, aprioristicamente, se identificam - em todos os pactos de execução diferida - duas áleas perfeitamente diferenciadas, que são a comum, ou normal e a incomum ou anormal. Nas primeiras, os acontecimentos são perfeitamente previsíveis quando do ato vinculativo; nas últimas, totalmente imprevisíveis, uma vez que os incidentes de percurso então identificados não fazem parte do cotidiano, sendo considerados, portanto, extraordinários.

Para essas situações (normalidade e anormalidade) as soluções já se encontram normatizadas. No que tange aos aleatórios, corporificam eles uma exceção com características diferenciais acentuadas, e, portanto, não seguem a regra mencionada. Além das discutidas áleas normal e anormal, possuem uma outra, caracterizada pela possibilidade de surgimento de evento também, assentado na futuridade, especificamente quanto à efetiva configuração do fato, mas perfeitamente previsível, porque identificado contratualmente, postado no campo incomum da incerteza, de natureza *sui generis*, portanto. Entretanto, embora marcada pela imprecisão, essa álea hegemônica de fatos duvidosos, ao contrário do que se pensou por muito tempo, não tem a faculdade de suprimir as que naturalmente existem em qualquer convenção diferida (normal ou anormal). Apenas a ela se sobrepõe de forma temporária nessas contratações, corretamente chamadas de aleatórias, afastando momentaneamente suas atuações, para possibilitar a atividade daquelas convenções de gênero próprio e específico, marcadas pela indeterminação, causa direta da suspensão provisória de suas eficácias. E isso ocorre porque, no subsolo do pacto permanece, por todo o tempo da contratação, em estado hibernar, as áleas comum e incomum dos acontecimentos e, até a extinção do contrato, ali se mantêm. Em síntese: as áleas comum e incomum dos contratos de execução diferida, não se subsumem à *sui generis* dos

aleatórios. Com eles convivem, apenas cedendo-lhes titularidade e espaço de atuação. A rigor, o que existe é nada mais do que o surgimento de uma outra álea e não, como se pensou, um desaparecimento, ou alargamento, ou ainda uma substituição das primitivas. Estas continuam a existir e se conservam em estado hibernar, passivo, latente enquanto presente a possibilidade de efetivação dos eventos duvidosos previstos contratualmente na convenção excepcional, à espera de convocação.

E sua aferição é extremamente simples: se no contrato aleatório o incidente de percurso for de natureza certa, invidiosa (como os que podem ser previstos dentro de uma normalidade contratual), recairá sobre a álea comum; se for anormal, na álea incomum; e se a incerteza da prestação for a coordenada maior, na álea *sui generis*. E mais: esses três incidentes de percurso, de naturezas distintas e específicas, poderão ocorrer ao longo de uma contratação aleatória, cada um a seu tempo (ou até ao mesmo tempo, porque de gêneses diferenciadas), sem que a atuação de cada um deles possa interferir nas áleas dos outros. Em síntese: é a natureza do evento que fornece as coordenadas para a seleção do campo de atuação, não sendo de boa política jurídica quaisquer engessamentos classificatórios apriorísticos.

Em reiteração: se o evento for de natureza previsível, a álea convocada para atuação será a normal ou comum; se imprevisível, a incomum ou anormal, e se vier cercado pela dúvida quanto à prestação de uma ou ambas as partes, atingirá a álea *sui generis* da convenção, ficando estabelecida assim, a indiscutível existência de três áleas hegemônicas e independentes nas chamadas contratações aleatórias.

É possível afirmar com toda a segurança: sempre será possível revisar um pacto aleatório, seja ele alterado por causas normais ou anormais. A Teoria da Imprevisão sempre será aplicável a essas contratações, desde que o evento alterador da base contratual não se relacione com sua álea específica de incertezas; se àquela álea estiver ligado, seu emprego estará afastado.

A prevalência da tese até aqui exposta e desenvolvida (três áleas distintas nos pactos aleatórios) condiciona-se estreitamente à aceitação e absorção de que álea nada mais é do que o “espaço” (em sentido metafórico e em plano subjetivo) no qual os fatos se desenvolvem. O próprio Direito tem seu lugar no campo das ciências humanas e pode ser compreendido como um “espaço” específico, epistemologicamente estruturado. O Direito é algo que ocorre - e se comprova - no tempo, de natureza nem imaginária nem virtual, que se tem valido de expressões como terreno, campo, plano, linha de fuga, instância e mesmo espaço. Ao serem aplicados termos espaciais a objetos e relações históricas - como é sabido - adentra-se o terreno das metáforas. Dessa forma, *espaço* e *tempo*, dentro ou fora de um contrato, quando ligados à percepção de objetos físi-

cos, ficam reduzidos a intuições puras que situam em algum lugar ou instante as coisas que compõem a experiência humana. Isso porque, perceber significa aferir no *espaço* e no *tempo*, isto é, atribuir ao objeto lugar e instante. Por esse ângulo, no universo do contratualismo - e também fora dele - existirá sempre um espaço conceitual, tanto para fatos previsíveis (normais ou *sui generis*) como imprevisíveis que, embora sendo uma metáfora, não representa uma realidade tridimensional, como exposto pela geometria euclidiana. É uma metáfora que não se queda inerte, porque ativa e plena de significados e conceitos, já que seu conteúdo nada mais é do que o conjunto de relações entre os elementos nela representados. Em síntese: o espaço metafórico conceitual destinado à efetivação dos riscos contratuais, de qualquer natureza, será sempre o mesmo, pouco importando quando e onde ocorra (dentro ou fora do contrato), acionando sempre um campo específico de atuação ou (por que não?) até mesmo mais de um.

#### **4. Contratos de Seguro: Pactos Comutativos de Garantia, sem qualquer Aleatoriedade.**

Os contratos de seguro (como igualmente os Planos de Saúde, uma vez que neles também não existem qualquer aleatoriedade, conseqüente ao objeto certo e identificado da contratação que é a assistência à saúde, em todos os seus aspectos, mediante o pagamento de um “prêmio” previamente estabelecido), no campo classificatório, enquadram-se no gênero execução diferida, na espécie continuada ou sucessiva, em estreita correlação e dependência com a modalidade estabelecida para pagamento dos prêmios (à vista ou a prazo), livremente estabelecida pelas partes. Assim, se a prestação do segurado for à vista, subsistirá como diferida apenas a obrigação da seguradora - que se renova a cada instante - normalmente pelo prazo de doze meses, definindo-se a contratação diferida como inserta na modalidade em que uma das partes presta no ato da vinculação e a outra só irá contraprestar no curso da execução, princípio, meio ou fim, mas sempre condicionada à ocorrência do sinistro; se o pagamento dos prêmios pelo segurado for dividido em prestações mensais (como é mais comum), o que se terá será a mesma execução diferida apenas com a diferença de que ambos irão cumprir suas respectivas obrigações no futuro, mas em tempos diferentes: o segurado, todos os meses, em datas prefixadas na contratação; a seguradora, apenas diante da comprovada ocorrência do sinistro e, logicamente, do regular cumprimento das obrigações assumidas pela outra parte. Enquanto isso, permanece latente e viva a garantia da indenização que, de resto, representa a essência do objeto da relação contratual securitária.

A aleatoriedade dos contratos de seguro por muito tempo foi a corrente dominante na doutrina brasileira. Entenderam seus defensores que o caráter de



incerteza, a dúvida contida na ocorrência ou não do sinistro é que deveria ser o objeto da contratação. Este, conseqüente a seu caráter indeterminado, deveria ser classificado como aleatório, uma vez que a álea - que a tudo se sobrepunha - assentava-se na “sorte”, na imprecisão dos fatos (ocorrência ou não do sinistro), única razão de ser da contratação, postura então aceita majoritariamente pelos nossos juristas. Essa visão distorcida e pouco fiel à verdadeira identificação sobre qual seria o real objeto da convenção, aos poucos perdeu sentido e espaço, podendo, hoje, ser afirmado com absoluta segurança: os contratos de seguro, por sua natureza, são pactos comutativos de garantia. A comutatividade e a mutualidade neles contida leva a essa conclusão, sem grande esforço. O que houve, na velha concepção, foi nada mais do que um desvio do real enfoque sobre qual seria o verdadeiro objeto daquelas convenções. Isto é certo: não é a ocorrência ou não do sinistro que dá corpo e alma ao objeto da contratação, mas, sim, a garantia da indenização, que é constante e imutável ao longo de toda a vida contratual. A verdade incontestável - e essa tese é vencedora há décadas - é a de que a seguradora contrapresta no momento em que celebra o contrato. E isso pode ser observado nas convenções securitárias ao ser determinado por elas, prazos fixos e determinados para o início da segurança, da garantia contratada. E isso se constata na diligente preocupação dos corretores em informar que mesmo depois de assinado o contrato, a validade da cobertura só se inicia a partir da meia noite daquele dia. E essa garantia, essa segurança, vai existir ao longo da contratação, independentemente da ocorrência ou não do sinistro que, a rigor, nada mais é do que o ponto de referência, a efetiva pedra de toque para o desencadeamento do processo indenizatório.

A propósito dessa segurança, Sérgio Cavalieri Filho observou:

Essa segurança é mais importante para o segurado do que a própria indenização a que eventualmente terá direito. Quem faz um seguro de vida, por exemplo, não fica torcendo para morrer logo só para que seus dependentes recebam a indenização. Ele quer viver o máximo possível (a menos que não esteja em são juízo), mas quer também a certeza de que se faltar os seus dependentes não ficarão no desamparo. Quem faz um seguro de vida não busca ficar doente só para passar alguns dias ,internado em um hospital. Se fosse num hotel de cinco estrelas, tudo bem, não é verdade? Mas num hospital? O que o segurado busca é a garantia de que se ficar doente terá todas, as condições econômicas e materiais para se tratar – internação hospitalar, médicos, cirurgia etc. O mesmo ocorre com quem faz seguro de automóvel. Não fica torcendo para que seu veículo seja roubado só para ter a satisfação de receber um cheque da seguradora. Em todos esses

casos o que o segurado quer é tranqüilidade, segurança e a garantia de que, se os riscos a que está exposto se materializarem em sinistro terá condições econômicas de reparar as conseqüências. (CAVALIERI FILHO, 1998, p. 87).

E se alguma dúvida ainda restasse de que os pactos securitários são convenções comutativas de garantia, o Artigo 757 do Novo Código Civil de imediato a dissiparia: “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”. (grifos nossos).

André Paul Crepeau - citado por Tzirulnik (1998, p. 53) - observou:

Dans l’ordre contractuel, l’obligation de garantie est moins rare qu’on ne le laisse croire. Un bon exemple est, sans doute, celui du contrat d’assurance où l’obligation de garantie se retrouve à l’état pur puisque c’est le but même de l’assurance d’assumer le risque des accidents. (CREPEAU *apud* TZIRULNIK, 1998, p. 53)

Em outra obra, Tzirulnik sublinhou:

É indispensável a advertência sobre a comutatividade do seguro, pois se a obrigação da seguradora é prestar garantia, logo ela o faz desde o início da relação contratual, com base nas finanças colhidas junto à coletividade de segurados, nos ativos que imobiliza para assegurar a solvabilidade da empresa que exerce, em geral e, também, em relação a cada contrato que celebra. E não, essencialmente, pagando ou deixando de pagar determinada indenização. (TZIRULNIK, 2001, p. 43).

Ao negar a aleatoriedade nesses pactos, reconhecendo neles apenas uma natureza comutativa de garantia, acertadamente, muitos juristas entenderam que a responsabilidade da seguradora é garantir a indenização do segurado, inexistindo nessa operação quaisquer indeterminações conseqüentes à predeterminação pelas partes do objeto da contratação, específica e identificada aprioristicamente, estabelecida por via de cálculos atuariais que, em momento algum, abrem espaços para dúvidas ou incertezas.

Concluindo, os contratos de seguro são pactos comutativos de garantia em que uma das partes (seguradora) se compromete a indenizar a outra (segurado) ocorrendo o sinistro previamente determinado, desde que esta se encontre regularmente em dia com suas obrigações securitárias (pagamento dos prêmios), sen-

do essa garantia a própria contraprestação estabelecida, comportando revisão normal na forma do Artigo 6º, V, do CDC, ou anormal quando atingidos por evento reconhecidamente imprevisível (Art. 317, 478 a 480 do CC), desde que presentes também seus outros pressupostos de admissibilidade, nos quais comutatividade e mutualidade consubstanciam funções sociais perfeitas e acabadas, uma vez que neles não existe qualquer álea, dúvidas ou espaços cinzentos encobertos por sombras de incerteza, porque o objeto da contratação é a garantia de indenização que uma das partes oferece à outra, previamente estabelecida e identificada, diante da ocorrência de sinistro constante do elenco probabilístico, expresso na vinculação que deu origem àquela convenção *sui generis*.

## REFERÊNCIAS

- BITTENCOURT, M.T. *O Contrato de Seguro*. Rio de Janeiro: Idéia Jurídica, 2000.
- BORGES, N. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- CARVALHO FERNANDES, L.A. de. A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português. *Boletim do Ministério da Justiça*. Coimbra. n. 128, 1963.
- CASTRO, Mendes, J. de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Lisboa: Editora da Associação Acadêmica, v. III, 1978.
- CAVALIERI FILHO, S. *Visão panorâmica do contrato de seguro e suas controvérsias*. São Paulo: Revista dos Advogados, AASP. N. 47, março de 1996.
- \_\_\_\_\_. *1º Fórum do Direito do Seguro – José Sollero Filho*. São Paulo: Max Limonad, Estudos de Direito do Seguro, Coordenado pelo Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS, 1998.
- CORTIANO JÚNIOR, E. *Alguns Apontamentos sobre os Chamados Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar. In: *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, Coordenação de Luiz Edson FACHIN, 1998.
- COSSIO, C. *La Teoría de la Imprevisión*. Buenos Aires: Abeleto-Perrot, Colección Monografías Jurídicas, n. 56, 1961.
- COSTA JÚNIOR, O. *A Relação Jurídica Obrigacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- FACHIN, L. E. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- LORENZETTI, L.R. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

LOUVEAU, R. La Revisión des Contrats para le Juge – Travaux de la Semaine Internationale de Droit. *Revista Forense*. Paris, v. XXXVI, 1937.

PLÁCIDO E SILVA, de. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

SOUZA, S. de. *Seguros, Contabilidade, Atuária e Auditoria*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TZIRULNIK, E. *Regulação do Sinistro* – Ensaio Jurídico. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

\_\_\_\_\_. Apontamentos sobre a Operação de Seguros. *Revista Brasileira de Direito de Seguros*. São Paulo, n. 1/27, ano 1, 1998.

TZIRULNIK, E., CAVALCANTI, F. de Q. B.; PIMENTEL, A. *O Contrato de Seguro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ULHOA COELHO, F. *O Contrato de Seguro* (Apresentação). Autores: TZIRULNIK, E., CAVALCANTI, F. de Q. B.; PIMENTEL, A. *O Contrato de Seguro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.