

**PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Inaldo Bezerra Silva Júnior

O princípio da função social aplicado nos contratos de seguros

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2009**

INALDO BEZERRA SILVA JÚNIOR

**O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL APLICADO NOS CONTRATOS
DE SEGUROS**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais – Direitos Difusos e Coletivos – Direito do Consumidor, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Doutora Vera Regina Villas Boas.

SÃO PAULO

2009

FICHA CATALOGRÁFICA

Silva Júnior, Inaldo Bezerra

O Princípio da Função Social Aplicado nos Contratos de Seguros / Inaldo Bezerra Silva Júnior – 2009. 202f.

Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

1. Contratos de Seguro. 2. Princípio da Função Social do Contrato. 3. Função social e econômica do seguro.

Banca Examinadora

Aos meus pais, Maria das Dores e Nilo Lustosa, meus sogros, Luiz Gonzaga e Flosina Pereira (in memoriam), pela minha formação pautada no trabalho e na ética.

A minha esposa Carla, pelo companheirismo, compreensão, lealdade e principalmente pelo amor incondicional que nos une.

As minhas filhas, Beatriz e Isabela, simplesmente por existirem.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a toda minha família, sobretudo aos meus pais, meu sogro e minha sogra (in memoriam), pela confiança e eterno incentivo ao estudo e por tudo que me ensinaram.

Agradeço a minha esposa, antes de mais nada pela oportunidade cedida que me colocou frente ao mercado segurador, hoje entranhado em minha carreira profissional. Agradeço ainda pela compreensão nos dias tensos e de extremo mau humor.

Agradeço as minhas filhas queridas, frutos de um amor eterno, pela compreensão e paciência que demonstraram e demonstram diante de minha ausência.

Agradeço as minhas amigas Angelica e Paula, antes de qualquer coisa pela amizade, mas também pelo entusiasmo, vibração, apoio e confiança.

Agradeço, em especial, a minha orientadora, Professora Doutora Regina Vera Vilas Boas, pelo privilégio de tê-la ao meu lado durante a caminhada, pelo incentivo e pelo exemplo de dedicação ao estudo do direito. À professora Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi, pelo incentivo, apoio e por ter dividido seu profundo conhecimento.

Agradeço ao Hugo e a Tarta, por terem sido meus companheiros inseparáveis de tantas manhãs, tardes, noites e madrugadas.

RESUMO

Cuidará a dissertação do estudo sobre influências da função social nos contratos de seguro. A função social dos contratos é decorrência de diretrizes, princípios, normas e valores fundamentais da Constituição de 1988 e expressamente prevista no Código Civil de 2002 como cláusula geral. As cláusulas gerais se constituem em um método legislativo pelo qual se expressam por normas de grande generalidade que submetem à sua aplicação variadas hipóteses.

Busca-se o conceito de função social através do confronto das normas constitucionais que lhe dão fundamento e da evolução histórica dos contratos e do próprio contrato de seguro. Nesse sentido, o conteúdo da função social dos contratos está relacionado com a função econômica do mesmo instrumento, submetendo o interesse das partes ao interesse social de preservação da mutualidade.

Essa nova ordem se insere em uma tendência de limitação da autonomia da vontade em função de interesses sociais. Nesse contexto o contrato de seguro é examinado para entender quais os reflexos da função social dos contratos no regime jurídico do seguro.

Proceder-se-á ao exame da origem histórica do contrato de seguro e de suas bases técnicas. O mutualismo revela a presença de um número indeterminado de pessoas sujeitas ao mesmo risco, característica que demonstra a submissão dos interesses individuais de cada segurado ao interesse do grupo, o que revela a solidariedade na repartição dos riscos e comprova uma íntima relação entre o seguro e a função social.

Palavras-chave: Contrato, Função social e econômica, Seguro.

ABSTRACT

It takes a dissertation study about influences of social function on insurance contracts. The contracts' social function depends on orientations, principles, rules and fundamental values of “Constituição de 1988” and expressively foreseen on the “Código Civil de 2002” as general clause. The general clauses are composed by a legislative method expressed by a great variety of rules that undertakes to its application several hypotheses. It searches for the social function concept through comparison of constitutional rules which sense are given as well as historical evolution of the insurance contract.

In this way, the contracts' social function content is related to economic function of the same instrument, undertaking the parts interests to the social interest of mutuality preservation.

This new order is inserted in a tendency of will autonomy limitation instead social interests. On this context, the insurance contract is gone through to surprise what reflexes of contracts' social function in the insurance juridical system.

It will be done the exam of the insurance contract historical origin and its technical basis.

The mutualism reveals an undefined number of people under the same risk, what shows the submission of individual interests of every insured to the group interest, revealing the solidarity of taking apart the risks besides proving a deep relation between the insurance and social function.

Keywords: Contract, Social and Economic Function, Insurance.

LISTA DE TABELAS E FIGURAS

Tabela 1 –	Valores arrecadados (prêmios e contribuições) – Alocação do setor de seguros no PIB brasileiro comparativo com outros países.....	85
Figura 1 -	Arrecadação (Prêmios e Contribuições) como proporção do PIB.....	87
Figura 2 -	Participação de prêmios de seguro no PIB x IDH.....	88
Figura 3 -	Relação entre Provisão Técnica / PIB e Investimento /PIB.....	90
Figura 4 –	Participação dos prêmios de seguro como % do PIB x Coeficiente de Gini.....	92

Tabela 2 -	Crescimento dos investimentos (patrimônio e provisões técnicas das seguradoras, empresas de previdência complementar aberta e de capitalização) como proporção do PIB.....	96
Tabela 3 -	Valores mínimos de capital segurado exigido para operação das seguradoras.....	126

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANAPP	Associação Nacional das Empresas de Previdência Privada
CNSP	Conselho Nacional de Seguros Privados
CRSNSP	Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados
FENASEG	Federação Nacional das Empresas de Seguros, Previdência Complementar e Capitalização
FENACOR	Federação Nacional dos Corretores de Seguros
FENESPIC	Federação Nacional dos Securitários
FUNENSEG	Escola Nacional de Seguros

IDH	Índice De Desenvolvimento Humano
IRB	Instituto de Resseguros do Brasil
PIB	Produto Interno Bruto
SINCOR	Sindicato dos Corretores de Seguros
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	20
CAPÍTULO I - O RISCO E SUA IMPORTÂNCIA NA HISTÓRIA DA HUMANIDADE.....	27
CAPÍTULO II - A TEORIA DO RISCO SEGUNDO A ESCOLA DE CHICAGO – DIREITO E ECONOMIA (Law and Economics) - A ANÁLISE ESTATÍSTICA DOS DADOS.....	36
2.1 Uma Visão Econômica Do Mundo.....	40
2.2 O Homem Econômico.....	43
2.3 A Abordagem Econômica.....	45
2.4 O “Teorema De Coase”.....	50

CAPÍTULO III - O SEGURO – ABORDAGEM HISTÓRICA E SOCIAL.....	58
3.1 História do seguro no Brasil:.....	65
3.1.1 Do Século XVI ao Regulamento Murinho... 65	65
3.1.2 A intervenção do Estado, a modulação dos conflitos e a criação do Instituto de Resseguros do Brasil.....	66
3.1.3 SUSEP – Superintendência de Seguros Privados: a reforma de 1985 e o fortalecimento da livre-concorrência.....	68
3.1.4 A Constituição de 88, a Carta de Brasília e o Plano Diretor do Mercado.....	70
3.1.5 Internacionalização do mercado: os novos tempos.....	72
3.1.6 A regulamentação da abertura do mercado de resseguros no Brasil.....	74

3.2 O país, a sociedade e o mercado brasileiro de seguros Relevância econômica e Social do Setor.....	75
3.2.1 Representação do Setor.....	82
3.2.2 - Relação entre Desenvolvimento, Estabilidade e Distribuição de Renda e o Crescimento do Setor.....	83
3.2.3 - A Relação entre o Setor e a Intermediação de Poupança para o Crescimento Econômico sustentado.....	93
 CAPÍTULO IV – ELEMENTOS DO CONTRATO DE SEGURO.....	 99
4.1 Antecedentes Históricos do Contrato.....	99
4.2 Breve evolução histórica do direito dos contratos.....	101
4.3 Evolução da Teoria Contratual.....	106

4.4 O contrato de seguro: Garantia, Interesse, Risco, Prêmio e Empresarialidade.....	114
 CAPÍTULO V - O TRATAMENTO LEGAL BRASILEIRO AOS CONTRATOS DE SEGURO: DECRETO LEI 73/66, CÓDIGO CIVIL DE 1916, CÓDIGO CIVIL DE 2002, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E PROJETO DE LEI 3555/2004.....	127
 CAPÍTULO VI - O CÓDIGO CIVIL DE 2002: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E FILOSÓFICA. O CULTURALISMO DE REALE COMO FONTE INSPIRADORA DO CC/02. A NOVA ORDEM CONTRATUAL E SUA REPERCURSÃO NOS CONTRATOS DE SEGURO.....	145
6.1 Constitucionalização e Interdisciplinaridade.....	156
6.2 Os princípios.....	160
6.2.1 Princípio da autonomia da vontade.....	164
6.2.2 Princípio da função social do contrato.....	167

6.2.3 O contrato de seguro como relação individual e social.....	172
CONCLUSÕES.....	186
BIBLIOGRAFIA.....	192

INTRODUÇÃO

A atividade seguradora tem por objetivo, a partir do princípio do mutualismo, criar condições para a proteção dos patrimônios e das rendas contra perda decorrentes dos infortúnios da vida.

Seu princípio formador é a idéia de que necessariamente ocorrerão, ao longo de um determinado lapso de tempo, acontecimentos que resultarão em perdas patrimoniais e na capacidade de geração de renda. Os atingidos não podem ser previamente identificados, mas todos se sujeitam ao mesmo risco potencial.

Em vista disso, torna-se ato de absoluta racionalidade, para a proteção de todos, que cada qual contribua modicamente para a formação de um fundo capaz de ressarcir os prejuízos daqueles que, vítimas dos infortúnios, vierem a sofrer perda patrimonial ou na sua capacidade de gerar renda.

A contribuição, contudo, contrariamente ao que já se pensou e fixou outrora, não está limitada ao módico desembolso financeiro,

mas também a participação social e ética do componente deste grupo formado por pessoas com interesses de proteção comuns, não havendo lugar para que nenhum deles apresente conduta desvirtuada da moral e da ética.

Assim, o seguro é uma atividade que se funda na idéia de solidariedade e no rateio prévio do custo da reparação, dispensando proteção efetiva para todos os que contribuirão para a formação do fundo indenizatório.

É claro que o seguro é uma garantia, em primeiro lugar, para o patrimônio e a renda de uma pessoa. Mas, sem dúvida, é do interesse coletivo que o patrimônio nacional e a renda das pessoas sejam protegidos. Por isso mesmo, a atividade seguradora reflete um ponto de convergência entre o interesse individual e o interesse coletivo. A perda de um patrimônio, sem reparação, empobrece o conjunto da sociedade, que tem assim, interesse direto na existência do mais amplo sistema securitário de proteção. Por isso, é do estrito interesse coletivo a existência de um sistema de proteção do patrimônio através de um mercado segurador eficiente, capitalizado e universal.

A partir deste ponto de confluência entre o interesse coletivo e o interesse individual é que devem ser indicadas as diretrizes para a

formação de uma política nacional de seguros, com o sentido de, no interesse do País, garantir a maior proteção possível ao patrimônio e a renda contra perdas decorrentes de inevitáveis sinistros que os afetarão.

Joaquin Garrigues¹, (tradução livre²) catedrático de Direito Mercantil já lecionava:

“Podemos dizer que o contrato de seguro é um contrato protetor por si mesmo que está fundado na boa fé. Outros são contratos de luta econômica, nos quais cada parte busca a satisfação de seu próprio interesse a custa do interesse do outro contratante. Tal ocorre na compra e venda, no arrendamento, no contrato de trabalho. O contrato de seguro, pelo contrário, se baseia no duplo fundamento da idéia de boa fé e solidariedade. Desde este último ponto de

¹ Contrato de Seguro Terrestre, MADRID, 1973;

² *“Podemos decir que el contrato de seguro es un contrato bienhechor por lo mismo que está fundado en la buena fe. Otros son contratos de lucha económica, en los cuales cada parte busca la satisfacción de su propio interés a costa del interés del otro contratante. Tal ocurre en la compraventa, o en el arrendamiento, o en el contrato de trabajo. El contrato de seguro, por el contrario, se basa en el doble fundamento de la idea de la buena fe Y de la idea de solidaridad. Desde este último punto de vista, sabemos que el seguro es mutualidad a no es seguro.*

...

Hemos de ver ahora que el contrato de seguro está fundado sobre la buena fe en los contratantes, de tal modo que la falta de la buena fe es suficiente para anularlo. Las declaraciones reticentes y las declaraciones inexactas y la mala fe probada, sin necesidad de que implique una conducta dolosa, son suficientes para anular el contrato. Hemos dicho que el seguro es un contrato bienhechor. Este calificativo se demuestra porque, no sólo permite obtener la reparación de los daños que sufren los particulares, sino porque beneficia a personas que no han participado en el contrato. Ejemplos son el seguro de responsabilidad por el uso de vehículos de motor, el seguro sobre la vida, o el seguro accidentes, o los derechos del acreedor hipotecario cuando se trata de una cosa asegurada. En todos ellos nacen derechos a favor del verdadero perjudicado, que no es contratante.”

vista, sabemos que o seguro sem mutualidade não é seguro.

...

Temos de ver agora que o contrato de seguro está fundado sobre a boa fé dos contratantes, de tal modo que a falta da boa fé é suficiente para anulalo. As declarações reticentes e as declarações inexatas e a má fé provada, sem necessidade de que implique numa conduta dolosa, são suficientes para anular o contrato. Temos dito que o seguro é un contrato protetor. Este qualificativo se demonstra porque, não só permite obter a reparação dos danos que sofrem os particulares, senão porque beneficia as pessoas que não tenham participado do contrato. Exemplos são os seguros de responsabilidade pelo uso de veículos automotores, o seguro sobre a vida, o seguro de acidentes, os direitos do credor hipotecário quando se trata de uma coisa segurada. Em todos esses nascem direitos a favor do verdadeiro prejudicado, que não é contratante.

O que se vê nesta interpretação é a prevalência do princípio da ordem pública sobre o interesse particular, o que já é defendido em diversos países, encampando a duplicidade de interesses, ou seja, além do interesse do segurado, identificam e prestigiam o interesse das vítimas.

Esta festejada prevalência dos princípios de ordem pública, que já se via nas doutrinas, como defendido pelo catedrático Joaquim Garrigues chega ao Brasil, com razoável atraso, insculpida no artigo 2.035 do Código Civil de 2002³:

“Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

No campo polêmico do direito social, privilegiando instituições condizentes com uma sociedade eminentemente urbana e proclamando a tese do direito coletivo em detrimento do individualismo exacerbado do liberalismo econômico, veio ainda o artigo 421 do Código Civil⁴:

“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

³ Lei nº 10.406, de 10/01/2002, que entrou em vigor em 11/01/2003

⁴ Idem

Como asseverou NELSON NERY JÚNIOR⁵:

“...a função mais destacada do contrato é a de propiciar a circulação da riqueza, transferindo-a de um patrimônio para outro. Essa liberdade parcial de contratar, com objetivo de fazer circular a riqueza, tem de cumprir sua função social, tão ou mais importante do que o aspecto econômico do contrato. Por isso fala-se em fins econômicos sociais do contrato como diretriz para sua existência, validade e eficácia. Como a função social é cláusula geral, o juiz poderá preencher os claros do que significa “função social”, como valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. A solução será dada diante do que se apresentar, no caso concreto, ao juiz. Poderá proclamar a inexistência do contrato por falta de objeto; declarar sua nulidade por fraude à lei imperativa (art. 166 VI), porque a norma do CC 421 é de ordem pública (CC 2.035, parágrafo único); convalidar o contrato anulável (CC 171 2 172); determinar a indenização da parte que desatendeu a função social do contrato etc. São múltiplas as possibilidades que se oferecem como soluções ao problema do desatendimento à cláusula geral da função social do contrato”.

Assim, teriam os interpretes e operadores do direito importante ferramenta para aplicação, no universo das relações contratuais, o

⁵ In Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

tão invocado direito alternativo, cujo escopo tem sido suprir as lacunas do direito positivo e estabelecer, no âmbito das relações jurídicas, a chamada JUSTIÇA SOCIAL?

Seria possível ao interprete diante da nova codificação interpretar extensivamente as cláusulas contratuais visando realizar a JUSTIÇA SOCIAL, mesmo diante da sistemática do contrato de seguro calcada no tripé principiológico da boa fé objetiva, mutualidade e solidariedade?

Não se terá a intenção neste trabalho de estabelecer parâmetros doutrinários para a nova codificação, mas tão somente identificar, no campo do direito securitário, algumas importantes inovações trazidas pela lei substantiva que refletirão inquestionavelmente nos contratos de seguro.

CAPÍTULO I - ELEMENTOS FUNDAMENTAIS PARA A COMPREENSÃO DO RISCO E DE SUA IMPORTÂNCIA NA HISTÓRIA DA HUMANIDADE

Para os antigos gregos, antever o futuro era privilégio de Tirésias. Triste figura, cego por vingança divina, Tirésias recebeu de Zeus o dom da profecia para compensar-lhe a escuridão do presente. Os romanos atribuíam à deusa Fortuna, filha de Júpiter, a roda na qual o destino humano ia sendo decidido por seu capricho.

Uma imensa distância nos separa da antiguidade. Hoje compreendemos bem a natureza aleatória, imprevisível mesmo, de uma vasta gama de fenômenos. Mais ainda, assistimos a um espantoso florescimento do pensamento estocástico, que hoje comanda áreas tão distintas da atividade humana como o cálculo de prêmios de seguro, a determinação do preço de opções no mercado de bolsa, a concretagem adequada para uma barragem hidroelétrica, o controle de um processo epidêmico ou os mercados de derivativos.

O risco afeta os aspectos mais profundos da psicologia, matemática, estatística e história.

O passado remoto foi repleto de cientistas brilhantes, de matemáticos, inventores, tecnólogos e filósofos políticos. Centenas de anos antes do nascimento de Cristo os céus já haviam sido mapeados, a grande biblioteca de Alexandria fora construída e a geometria de Euclides⁶ era ensinada. A demanda por inovações tecnológicas para fins bélicos era tão insaciável como se vê hoje. Carvão, óleo, ferro e cobre estiveram a serviço dos seres humanos por milênios, e as viagens e comunicações marcaram os primórdios da civilização conhecida.

A idéia revolucionária que define a fronteira entre os tempos modernos e o passado é o domínio do risco: a noção de que o futuro é mais do que um capricho dos deuses e de que homens e mulheres não são passivos diante da natureza.

Até que o ser humano descobrisse como transpor esta fronteira, o futuro era um espelho do passado ou o domínio obscuro de oráculos e adivinhos que detinham o monopólio sobre o conhecimento dos eventos previstos.

O ser humano compreendeu o risco e passou a medi-lo, avaliá-lo, estudar suas conseqüências, convertendo o ato de correr

⁶ Euclides (c. 330 a. C. - 260 a. C.) nasceu na Síria e estudou em Atenas. Foi um dos primeiros geómetras e é reconhecido como um dos matemáticos mais importantes da Grécia Clássica e de todos os tempos.

riscos em um dos principais catalisadores que impelem a sociedade ocidental moderna.

A capacidade de definir o que poderá acontecer no futuro e de optar entre várias alternativas é central às sociedades contemporâneas. A administração do risco nos guia por uma ampla gama de tomada de decisões, da alocação de riquezas à salvaguarda da saúde pública, da condução da guerra ao planejamento familiar, do pagamento de prêmios de seguros ao uso do cinto de segurança.

A capacidade de administrar o risco, e com ele a vontade de correr riscos e de fazer opções ousadas, são elementos chave da energia que impulsiona o sistema econômico.

A concepção moderna de risco tem suas raízes no sistema de numeração indo-arábico que alcançou o Ocidente há cerca de setecentos a oitocentos anos. Contudo, o estudo sério do risco começou no Renascimento, quando as pessoas se libertaram das restrições do passado e desafiaram abertamente as crenças consagradas.

Em 1654, época em que o Renascimento estava em pleno alvorecer, o cavaleiro de Méré⁷, um nobre francês com gosto pelo jogo e pela matemática, desafiou o famoso matemático francês Blaise Pascal⁸ a decifrar um enigma. A pergunta era como dividir as apostas de um jogo de azar entre dois jogadores, que foi interrompido quando um deles estava vencendo.

O enigma já confundira os matemáticos desde sua formulação duzentos anos antes pelo monge Luca Paccioli⁹. Este foi o homem que trouxe a contabilidade das partidas dobradas à atenção dos homens de negócios da época e ensinou as tabuadas de multiplicação a Leonardo da Vinci. Pascal pediu ajuda a Pierre de Fermat,¹⁰ advogado que também era brilhante matemático. O resultado de sua colaboração foi uma explosão intelectual. O que poderia parecer uma versão do século XVII do jogo da Busca Trivial levou à descoberta da teoria das probabilidades, o núcleo matemático do conceito de risco.

⁷ Famoso jogador profissional, Antoine Gombauld, pomposamente autodenominado **o Cavaleiro de Méré**, escreveu uma carta ao famoso matemático francês Blaise Pascal, propondo-lhe resolver alguns problemas matemáticos que tinha encontrado em suas lides com jogos de azar.

⁸ Blaise Pascal Nascido em Clermont-Ferrand, a 19 de junho de 1623, Blaise Pascal era filho de Étienne Pascal, presidente da Corte de Apelação, e de Antoinette Bégon. Segundo sua irmã e biógrafa, Gilberte Périer, Pascal revelou desde cedo um espírito extraordinário, não só pelas respostas que dava a certas questões, mas sobretudo pelas questões que ele próprio levantava a respeito da natureza das coisas.

⁹ Luca Bartolomeo de Pacioli O.F.M. (Sansepolcro, 1445 — Sansepolcro, 19 de junho de 1517) foi um monge franciscano e célebre matemático italiano. É considerado o pai da contabilidade moderna.

¹⁰ Pierre de Fermat (Beaumont-de-Lomagne, 17 de Agosto de 1601 - Castres, 12 de Janeiro de 1665) foi um matemático e cientista francês.

Pascal não poderia ter contatado alguém mais competente para ajudá-lo a solucionar o problema dos pontos. A erudição de Fermat era espantosa. Ele falava todos os principais idiomas europeus e chegou a escrever poesias em alguns deles. Além disso, era matemático de raro poder, inventor independente da geometria analítica, realizador de pesquisas sobre o peso da Terra, trabalhando ainda em refração luminosa e em ótica.

A solução do problema dos pontos começa pelo reconhecimento de que o jogador que está vencendo quando o jogo é interrompido teria maiores probabilidades de vitória se o jogo prosseguisse. Mas quão maiores ou menores essas probabilidades?

Em 1654, Pascal e Fermat trocaram correspondência que marcou a história da matemática e da teoria das probabilidades. Ambos elaboraram um método sistemático de análise de resultados futuros. Quanto mais coisas podem acontecer do que realmente acontecerão. Pascal e Fermat, expõem uma maneira para se determinar a probabilidade de cada um dos resultados possíveis, presumindo-se sempre que os resultados podem ser matematicamente medidos.

Eles atacaram o problema de diferentes perspectivas. Fermat voltou-se para álgebra pura, enquanto que Pascal usou um formato

geométrico para esclarecer a estrutura algébrica subjacente. Sua metodologia é simples e aplicável a uma ampla variedade de problemas de probabilidade.

Os princípios da teoria das probabilidades determinam a divisão, porque eles determinam a justa distribuição das apostas.

Vista nesses termos, a solução de Pascal-Fermat é claramente matizada pela noção de administração do risco, embora eles não estivessem pensando explicitamente nesses termos.

A solução de Fermat e Pascal para o problema dos pontos há muito vem pagando dividendos sociais, como a base do seguro moderno e de outras formas de administração do risco.

A solução do enigma permitiu que pela primeira vez, as pessoas tomassem decisões e previssem o futuro com ajuda dos números. Nos mundos medieval e antigo, e mesmo nas sociedades pré-escrita e camponesas, os indivíduos conseguiam tomar decisões, defender seus interesses e praticar o comércio, mas sem uma compreensão real do risco ou da natureza da tomada de decisões. Atualmente, depende-se menos da superstição e da tradição do que as pessoas do passado, não por sermos mais racionais, mas por

nossa compreensão do risco permitir-nos tomar decisões mais racionais.

Com a passagem dos anos, os matemáticos transformaram a teoria das probabilidades de um brinquedo de apostadores em um instrumento poderoso de organização, interpretação e aplicação das informações.

Em 1725, os matemáticos competiam entre si na invenção de tabelas de expectativas de vida e o governo inglês se autofinanciava com a venda de anuidades vitalícias. Os seguros marítimos haviam emergido como florescente e sofisticado negócio em Londres.

Em 1730, Abraham de Moivre¹¹ expôs a estrutura da distribuição normal – também conhecida como curva em sino – e descobriu o conceito de desvio padrão. Conjuntamente, esses dois conceitos constituíram o que popularmente se conhece como a Lei das Médias e são ingredientes essenciais das técnicas modernas de quantificação de risco.

¹¹ Matemático francês famoso pela *Fórmula de De Moivre*, que relaciona os números complexos com a trigonometria, e por seus trabalhos na distribuição normal e na teoria das probabilidades. De Moivre foi o primeiro a usar princípios atuariais e bases científicas para o cálculo de seguros de vida, no ano de 1725.

Era huguenote e migrou para a Inglaterra em 1685, com a revogação do Édito de Nantes. Em 1697, foi eleito membro da Royal Society. Foi amigo de Isaac Newton e Edmond Halley. Dentre seus alunos mais notáveis, destaca-se James Dodson. Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

Todas as ferramentas atualmente usadas na administração do risco e na análise das decisões e opções, da rigorosa racionalidade da teoria dos jogos aos desafios da teoria do caos, resultam das evoluções ocorridas entre 1654 e 1760, com apenas duas exceções:

Em 1875, Francis Galton¹², um matemático amador que era primo em primeiro grau de Charles Darwin, descobriu a regressão à média, que explica porque o orgulho precede uma queda, e por que as nuvens tendem a ter superfícies prateadas. Sempre que tomamos uma decisão baseados na expectativa de que as coisas voltarão ao normal, estamos empregando a noção de regressão à média.

Em 1952, o ganhador do prêmio Nobel Harry Markowitz¹³, então doutorando da Universidade de Chicago, demonstrou

¹² Antropólogo, meteorologista, matemático e estatístico inglês, produziu mais de 340 artigos e livros em toda sua vida. Também criou o conceito estatístico de correlação e a amplamente promovida regressão em direção à média. Foi o primeiro a aplicar métodos estatísticos para o estudo das diferenças e herança humanas de inteligência, e introduziu a utilização de questionários e pesquisas para coletar dados sobre as comunidades humanas, o que ele precisava para obras genealógicas e biográficas e para os seus estudos antropométricos. Como um pesquisador da mente humana, fundou a psicometria (a ciência da medição faculdades mentais) e a psicologia diferencial.

Era primo de Charles Darwin e, baseado em sua obra, criou o conceito de "Eugenia" que seria a melhora de uma determinada espécie através da seleção artificial. O primeiro livro importante para a Psicologia de Galton foi *Hereditary Genius* (1869). Sua tese afirmava que um homem notável teria filhos notáveis.

O objetivo de Galton era incentivar o nascimento de indivíduos mais notáveis ou mais aptos na sociedade e desencorajar o nascimento dos inaptos. Propôs o desenvolvimentos de testes de inteligência para selecionar homens e mulheres brilhantes, destinados à reprodução seletiva. Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

¹³ Nascido em 24 de agosto de 1927, foi professor na Rady School of Management na Universidade da Califórnia, San Diego. Mais conhecido por seu trabalho pioneiro na Moderna Teoria Carteira, estudar os efeitos de ativos de risco, correlação e diversificação no investimento. Em 1990, Markowitz partilhou o Premio Nobel Memorial em Ciências Econômicas. Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

matematicamente por que colocar os ovos na mesma cesta é uma estratégia inaceitavelmente arriscada, e por que a diversificação é o melhor negócio para um investidor. Essa revelação desencadeou um movimento que revolucionou as bolsas financeiras e seus efeitos são sentidos até hoje.

Pascal e Fermat detiveram a chave de um método sistemático de cálculo das probabilidades de eventos futuros. Embora não tivessem dado a volta completa, eles inseriram a chave na fechadura. A importância do seu trabalho para em especial e particular a gestão do risco nos seguros foi percebida por outros, para os quais a lógica seria um importante passo inicial.

CAPÍTULO II - A TEORIA DO RISCO SEGUNDO A ESCOLA DE CHICAGO – DIREITO E ECONOMIA (Law and Economics) – A ANÁLISE ESTATÍSTICA DOS DADOS

A escola de Chigago é uma escola de pensamento econômico que defende o mercado livre e que foi disseminada por alguns professores da Universidade de Chicago. Os líderes dessa escola são George Stigler¹⁴ e Milton Friedman¹⁵, ambos laureados com o Prêmio Nobel da Economia. Suas idéias são associadas à teoria neoclássica da formação de preços e ao liberalismo econômico, refutando e rejeitando o Keynesianismo¹⁶, em favor do monetarismo¹⁷, e rejeição

¹⁴ Economista, ganhou o Prêmio Nobel Memorial em ciências econômicas em 1982 e um dos principais líderes da Chicago School of Economics, juntamente com o seu amigo Milton Friedman. Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

¹⁵ Foi um dos mais destacados economistas do século XX e um dos mais influentes teóricos do liberalismo econômico e defensor do capitalismo *laissez-faire* e do livre mercado. Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

¹⁶ “teoria econômica consolidada pelo economista inglês John Maynard Keynes em seu livro *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda* (*General theory of employment, interest and money*)¹⁶ e que consiste numa organização político econômica, oposta às concepções neoliberais, fundamentada na afirmação do Estado como agente indispensável de controle da economia, com objetivo de conduzir a um sistema de pleno emprego. Tais teorias tiveram enorme influência na renovação das teorias clássicas e na reformulação da política de livre mercado. Atribuiu ao Estado o direito e o dever de conceder benefícios sociais que garantam à população um padrão mínimo de vida como a criação do salário mínimo, do salário desemprego, da redução da jornada de trabalho (que então superava 12 horas diárias) e assistência médica gratuita. O Keynesianismo ficou conhecido também como “Estado de Bem Estar Social”, ou “Estado Escandinavo” tendo sido originalmente adotado pelas políticas econômicas inauguradas por Roosevelt com o New Deal, que respaldaram, no início da década de 1930, a intervenção do Estado na Economia com o objetivo de tentar reverter uma depressão e uma crise social que ficou conhecida como a crise de 1929. Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

total da regulamentação dos negócios, em favor de um *laissez-faire*¹⁸ quase absoluto. Em termos metodológicos enfatiza a "economia positiva", isto é, estudos empíricos baseados no uso de estatísticas, dando menor ênfase à teoria econômica e maior importância à análise estatística de dados. A "Escola de Chicago" se notabiliza por sua ampla gama de interesses, dedicando-se a estudos que vão da regulamentação ao casamento, da escravidão à demografia.

O termo "Escola de Chicago" foi concebido na década de 1950 para se referir aos professores que lecionavam no Departamento de Economia da Universidade de Chicago, bem como em áreas acadêmicas relacionadas como a Escola Superior de Administração e a Faculdade de Direito. Reuniam-se freqüentemente e promoviam acaloradas discussões, que ajudaram a cristalizar uma opinião desse grupo de economistas acerca de assuntos econômicos, baseada na teoria dos preços.

As teorias da "Escola de Chicago" inicialmente embasaram a administração econômica da ditadura de Pinochet¹⁹ no Chile na

¹⁷ "teoria econômica que defende que é possível manter a estabilidade de uma economia capitalista através de instrumentos monetários, pelo controle do volume de moeda disponível e de outros meios de pagamento.

Foi a principal teoria de oposição ao keynesianismo. Até o século XX, foi respaldado pela "teoria quantitativa do dinheiro" de Irwin Fisher, formalizando-se na equação onde o nível geral de preços equivalia à quantidade de dinheiro multiplicada por sua "velocidade de circulação" dividida pelo volume de transações. Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

¹⁸ Tradução livre: "deixar fazer, deixar passar"

década de 1970 , com os chicago boys, e posteriormente foram adotadas, na década de 1980, por Margaret Thatcher²⁰ na Inglaterra (thatcherismo) e por Ronald Reagan²¹ nos Estados Unidos (reaganismo).

Essas teorias se refletiram fortemente nas políticas do Banco Mundial e de outras instituições financeiras baseadas em Washington, tais como o Departamento do Tesouro americano e o Fundo Monetário Internacional, que passaram a adotar o fundamentalismo de livre mercado como receita para os países em dificuldades econômicas, como foi expressado pelo Consenso de Washington. Sob sua influência, de meados de 1980 a meados de 1990, grande parte das empresas estatais em países do terceiro mundo foram privatizadas.

¹⁹ Augusto José Ramón Pinochet Ugarte (Valparaíso, 25 de novembro de 1915 — Santiago, 10 de dezembro de 2006) foi um general do exército chileno, tornado presidente do Chile, em 17 de Junho de 1974, pelo Decreto Lei Nº 806 editado pela junta militar (Conselho do Chile), que foi estabelecida para governar o Chile após a deposição de Salvador Allende, e posteriormente tornado senador vitalício de seu país, cargo que foi criado exclusivamente para ele, por ter sido um ex-governante.

Governou o Chile entre 1973 e 1990, com poderes de ditador, depois de liderar o golpe militar que derrubou o governo do presidente socialista legalmente eleito, Salvador Allende. Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

²⁰ Margaret Hilda Thatcher, baronesa Thatcher LG, OM, PC, FRS (Grantham, Lincolnshire, 13 de outubro de 1925) é uma política britânica, primeira-ministra de 1979 a 1990. Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

²¹ Ronald Wilson Reagan (6 de Fevereiro, 1911 — 5 de Junho, 2004) foi o 40º (1981-1989) Presidente dos Estados Unidos da América e o 33º governador da Califórnia (1967-1975). Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

Para o objetivo deste trabalho, contudo, é mais importante extrair da Escola de Chicago a visão sobre a disciplina “Direito e Economia” (*Law and Economics*)

Esta interpretação, segundo Hovenkamp²², citado por Posner²³ é identificada como o estudo do papel da ciência econômica na formação de uma política legal ou o estudo do Direito usando os pressupostos e metodologias da ciência econômica.

O período entre 1930 e 1950 foi dominado pela influência da revolução da economia do bem-estar (*welfare economic revolution*) e por um relativo desinteresse pela disciplina “Direito e Economia”. A economia neoclássica possuía um forte componente biológico, derivado em parte de outras ciências sociais.

Esta particularidade permitia aos economistas uma análise mais objetiva, com valor próprio, independente do que acha cada indivíduo sobre bem-estar, o que por conseguinte, tornava possível

²² Reconhecido especialista e autor na área do Antitruste Direito. Doutor em Jurisprudência pela Universidade do Texas em Austin.

Hovenkamp was previously Professor of Law at the University of California Hastings College of Law .Hovenkamp anteriormente era professor de Direito na Universidade da Califórnia Hastings College of Law. Professor Hovenkamp is a member of the American Academy of Arts and Sciences . Professor Hovenkamp é um membro da Academia Americana de Artes e Ciências. Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

²³ *Economic Analysis of Law*, 1992 publicado originalmente em 1973 é reconhecido como o que seria mais próximo de um tratado de “Direito e Economia Americano”.

alguma forma de comparação interpessoal de utilidade. Este aspecto possibilitava à economia um contato mais próximo com outras ciências sociais e também com juristas que, por tradição aferem o bem-estar por critérios mais objetivos do que subjetivos.

2.1 Uma Visão Econômica Do Mundo

A análise econômica do direito possui como um dos seus fundamentos uma visão econômica de mundo. Esta é estruturada em uma idéia específica de racionalidade e também em uma idéia de como a economia pode relacionar-se com o direito. Além disso, tal perspectiva pretende que o direito vigente transforme-se de modo a permitir que essa relação ocorra.

Previamente a esclarecer o que vem a ser uma visão law and economics (direito e economia) do mundo, é importante deixar claro o que é economia segundo Richard Posner²⁴, que segui a linha de pensamento da escola de Chicago.

²⁴ Richard Posner (Nova Iorque, 1939), é um jurista dos Estados Unidos. Formou-se em letras por Yale em 1959 e em direito por Harvard em 1962. Depois de formado, trabalhou na Suprema Corte dos EUA, assistindo o *Justice* (equivalente a ministro do STF brasileiro) William Brennan, Jr.; na Comissão Federal de Comércio (órgão regulador da concorrência); e com o procurador geral dos EUA.

Posner começou a dar aula em 1968, em Stanford e, em 1969, na Universidade de Chicago, até tornar-se, em 1981, juiz do tribunal de apelação para a 7ª região (*U.S. Court of Appeals for the*

O conceito de economia adotado por Posner baseia-se essencialmente nas teses do economista da Universidade de Chicago, que recebeu em 1992 o prêmio Nobel de Economia, Gary Becker.

Em sua visão do que vem a ser a economia, Becker sustenta que o seu conceito pode melhor ser compreendido pela sua abordagem e não por definições tradicionais tais como, por exemplo, “a ciência da alocação de recursos escassos”.²⁵

Esclarecendo essa ótica, Posner ressalta que muitos dos que atuam com o direito, entre eles advogados, juízes e professores, ainda pensam que a economia é o estudo da inflação, desemprego, ciclos econômicos e outros fenômenos macroeconômicos que escapam à compreensão e às preocupações do dia-a-dia do mundo jurídico.

O domínio da economia, nos termos em que Becker o define, é muito mais amplo do que o imaginado pelos juristas. Na verdade, Posner argumenta, para fins do seu mais conhecido livro²⁶, que a economia é a ciência da escolha racional em um mundo de escassez

Seventh Circuit), tribunal do qual foi presidente (*chief Justice*) entre 1993 e 2000. Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

²⁵ BECKER, Gary. *The Economic Approach to Human Behavior*, p. 3.

²⁶ POSNER, [...]. *Economic Analysis of Law*, p 3.

de recursos. Esses são escassos porque temos que ter em mente que os recursos são comparados aos desejos nutridos pelos seres humanos. O objetivo da economia, para essa perspectiva, consiste em explorar quais serão as conseqüências de se assumir que o homem é um maximizador de seus objetivos, de seus desejos e de seus fins em sua vida. Posner chama de “auto-interesse” esta assunção do homem como maximizador de seus fins e desejos particulares.

É importante destacar a advertência de Posner de que a idéia de maximização racional não pode ser confundida com um cálculo consciente, enfatizando que a economia não objetiva teorizar sobre a consciência nem sobre a mente humana. Nota-se que o comportamento humano será considerado racional na medida em que se adequar ao modelo da escolha racional, não importando o estado de consciência em que se encontra a pessoa. Da mesma forma, outra confusão a ser evitada é a de considerar maximização racional como um sinônimo de egoísmo. Nesse aspecto, não é excluído do âmbito racional que a felicidade ou infelicidade de outras pessoas possa até ser parte da satisfação de outra pessoa.

Ao utilizarem a expressão “utilidade” ao invés de auto-interesse, estariam os economistas evitando que a idéia de maximização racional seja vista como uma espécie de egoísmo.

Ao procurar distinguir através da sua abordagem a economia das outras disciplinas, a análise do comportamento humano será para Becker o elemento fundamental desta distinção.²⁷

A abordagem do autor voltada para o comportamento humano conduzirá a uma noção específica do que vem a ser, afinal, a racionalidade pensada em termos econômicos.

“Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos obter o nosso jantar, e sim da atenção que cada qual dá ao seu próprio interesse. Apelamos não à sua humanidade mas ao seu amor-próprio, e nunca lhes falamos de nossas necessidades, e sim dos seus interesses”. Adam Smith²⁸

2.2 O Homem Econômico

O conceito de homem econômico, na história da economia, foi criado como uma espécie de modelo da ação humana que fosse capaz de padronizar o comportamento econômico para que esta ação

²⁷ BECKER, Gary. The Economic Approach to Human Behavior, pp. 3-5.

²⁸ SMITH, Adam. An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations. Reino Unido: Clarendon.

individual pudesse ser explicada como resposta automática às mudanças ocorridas nos mercados. A possibilidade de prever e calcular como o ser humano irá se adaptar perante àquelas situações que impõem restrições de recursos, foi um dos benefícios trazidos por esse modelo à economia.

Eduardo G. Da Fonseca²⁹ adverte que esses avanços obtidos na teoria econômica buscaram deixar de lado considerações teleológicas, morais e objetivos não-econômicos da conduta humana, resultando em uma “drástica simplificação e homogeneização da ação humana”, acarretando prejuízos para a própria análise econômica.³⁰

Nada obstante a crítica acima, tradicionalmente, a utilização do conceito de homem econômico foi justificada como uma construção abstrata, ou seja, uma reação generalizada na inter-relação social, sem a pretensão de ser o único modelo possível da ação humana.

²⁹ Eduardo Giannetti da Fonseca (Belo Horizonte, 23 de fevereiro de 1957) é um economista brasileiro, formado na Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade (FEA) e em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH) ambas da Universidade de São Paulo (USP).

Tem doutorado (*PhD*) em Economia pela Universidade de Cambridge na Inglaterra, onde foi professor entre 1984 e 1987 e de 1988 a 2001 lecionou na FEA/USP. Atualmente é professor dedicado em tempo integral no Ibmec São Paulo. Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

³⁰ Encontra-se inclusive em Eduardo Gianetti da Fonseca alguns paralelos lógicos entre os conceitos “homem econômico” e “homem-máquina”. Ver FONSECA, Eduardo Giannetti Da. *Beliefs in Action: Economic Philosophy and Social Change*. Reino Unido: Cambridge University Press, 1991, pp. 48-50.

Isso deve ser destacado para que possamos deixar clara a peculiaridade de Posner, no tocante ao modelo de comportamento do homem econômico. Ao contrário de pensar esse modelo como hipotético, Posner endossa as conclusões de Becker ao considerar que a economia e seus pressupostos podem ser aplicados a todo tipo de comportamento humano, almejando com isso construir uma estrutura unificada para entender todo este comportamento.

2.3 A Abordagem Econômica

A abordagem econômica que estamos analisando como elemento definidor do que vem ser propriamente a economia constrói um modelo explicativo do comportamento humano considerado em um contexto de preferências relativamente estáveis no tempo e de um mercado em estado de equilíbrio. Segundo Becker, em seus comportamentos, os indivíduos irão procurar maximizar o seu bem-estar na medida em que o conceberem, sejam essas pessoas, nas suas próprias palavras, “egoístas, altruístas, leais ou masoquistas”.³¹

³¹ BECKER, Gary. The Economic Way of Looking at Life in Journal of Political Economy, Vol. 101, 1993, p.385.

Tal comportamento busca olhar para frente e é consistente também no tempo, ocorrendo sempre uma tentativa de antecipar as conseqüências de suas ações. Becker esclarece que a principal e ainda imutável restrição à satisfação dos desejos dos indivíduos é o tempo. O dia tem vinte e quatro horas para todos, assim, por mais que consideremos uma pessoa extremamente rica, ela estará restrita a esse intervalo temporal como qualquer outro ser humano, o que levará Becker a concluir que o tempo para o consumo dos bens não foi expandido.³²

Somos vistos por Becker, portanto, em um estado de insatisfação de desejos produzido pela escassez: de bens ou de tempo para os consumir.

Becker sustenta que a abordagem econômica, considerando-se seus pressupostos, como explicado anteriormente, pode ser aplicada a todo tipo de comportamento humano, buscando estabelecer uma estrutura unificada para entendê-lo em sua completude.³³

A importância desta conclusão de Becker reside na conseqüente ampliação do escopo de aplicabilidade da economia e

³² Idem, p.386.

³³ Ibidem, pp. 8 e 14.

de seus métodos analíticos, passando a atingir assuntos tais como, por exemplo, fertilidade, sexo, educação, política e, inclusive, o direito.

Em virtude da perspectiva acima delineada, a tese central para a visão da eficiência defendida por Posner consiste na noção de que o homem maximiza racionalmente a utilidade em todas as áreas de sua vida e não apenas no que se costumeiramente denomina como assuntos econômicos. Um exemplo do que seria usualmente chamado de matéria econômica é a compra e venda realizada em mercados.

O fato de considerarmos o comportamento humano como racional parece não ter uma correspondência na realidade, pois dispomos de diversos exemplos individuais em sentido contrário. No entanto, Posner esclarece que essa aparente contradição é afastada no momento em que se entende qual o conceito de racionalidade empregado pela sua concepção de economia.

A decorrência desta última afirmação consiste na distinção entre uma racionalidade objetiva, utilizada por sua economia, e outra subjetiva.³⁴

³⁴ POSNER, [...]. *Economic Analysis of Law*, p. 17.

A racionalidade nada mais é do que uma aptidão do indivíduo em eleger os melhores meios para os fins escolhidos por ele.³⁵ A racionalidade entendida nestes termos permite que possamos inclusive considerar um sapo (ou um rato) como racionais. Isso conduz Posner a estabelecer que somos racionais na medida em que adequamos meios aos fins, levando-se em conta diferentes graus de inteligência, tendo em vista as informações que dispomos. Nessa mesma linha de raciocínio, Posner argumenta que não comete o equívoco ao desconsiderar que todos os fins nos quais podemos pensar não possuem encadeamento e coerência entre si. Se assim fosse, estaríamos condenados a ser pessoas monótonas.³⁶

O conceito de ser humano como um maximizador racional de seu interesse implica em dizer que as pessoas respondem a determinados incentivos; ou seja, se o ambiente que a circunda for alterado de maneira a permitir que uma mudança em seu comportamento possa garantir-lhe uma maior satisfação de sua utilidade, essa pessoa alterará a sua conduta. A racionalidade econômica permite que seja construído um modelo capaz de antecipar e explicar o comportamento humano. A simplicidade desse modelo, inclusive, é defendida por Posner no sentido de que, ao se agregar a um modelo econômico de racionalidade inúmeros fatores, tornando-o mais complexo, passa-se a ter um grau de flexibilidade tão

³⁵ POSNER, [...]. *Frontiers of Legal Theory*, p. 252.

³⁶ POSNER, [...]. *The Problematics of Moral and Legal Theory*, p. 53.

grande que impossibilita a sua comprovação ou refutação através da observação empírica.³⁷

De qualquer forma, a economia, nos termos em que é entendida por Posner, não é reducionista, mas na verdade qualifica-se como “a ciência instrumental por excelência”.³⁸

Essa espécie de racionalidade constitui apenas o primeiro passo para se entender a visão econômica de mundo defendida por Posner. Ela mostra-se relevante na medida em que possibilita, também, tornar mais inteligível a próxima parte desta perspectiva. Assim, esse pressuposto torna plausível a afirmação de Posner de que, partindo desta visão de racionalidade, os juízes devem procurar maximizar a riqueza social.³⁹ Tudo porque esta racionalidade considera que o comportamento de uma pessoa é racional somente se a sua conduta é direcionada de modo a maximizar suas satisfações.

³⁷ POSNER, [...]. *Economic Analysis of Law*, p. 17.

³⁸ POSNER, [...]. *Overcoming Law*, p. 16.

³⁹ POSNER, [...]. *The Problems of Jurisprudence*, pp. 354-60 ¹¹⁶ *Idem*, *ibidem*, pp. 353-54.

2.4 “Teorema de Coase”

“Examino agora (...) “O Problema do Custo Social”, publicado há 30 anos. Não vou falar muito aqui sobre a sua influência no mundo jurídico, que tem sido imensa, mas vou me deter sobre a sua influência na economia, que não tem sido imensa”. Ronald Coase⁴⁰

O tipo de racionalidade econômica descrita no item anterior irá encontrar um importante aliado no chamado “Teorema de Coase”, considerado como um dos elementos fundamentais da Análise Econômica do Direito. Tanto na visão de Becker quanto de Posner, o economista possui uma maior vantagem em lidar com outras disciplinas sociais e com seus problemas. Tal vantagem residiria essencialmente no que esses autores definem como abordagem econômica e no fato das pessoas serem tratadas como maximizadoras racionais de utilidade.⁴¹

O teorema foi elaborado pelo economista Ronald Coase e encontra-se desenvolvido em um artigo publicado no ano de 1960 no

⁴⁰ Conferência de obtenção do prêmio Nobel Prize disponível no sítio da Fundação Nobel na rede mundial de computadores.

⁴¹ COASE, Ronald H. Economics and Contiguous Disciplines in Essays on Economics and Economists, p. 42.

Journal of Law & Economics intitulado “O problema do custo social” (The problem of social cost). A idéia central desta parte do trabalho é esclarecer em que consiste o Teorema de Coase, bem como destacar a razão de sua imensa influência na Análise Econômica do Direito, traçando ainda um paralelo evolutivo para a análise da função social econômica aplicada aos contratos de seguro, detidamente no seu princípio formador que é a mutualidade, pois sem massa e interesse comum não há seguro.

O Teorema, resumidamente, sustenta que quando assumimos, em uma situação de alocação de recursos, que os custos de transação são iguais ou bem próximos a zero, o resultado eficiente será atingido independentemente de para quem as regras jurídicas conferirão direitos; ou seja, sob o ponto de vista estritamente da eficiência, não é relevante quem tem direitos. Assim, a influência do Teorema de Coase para a Análise Econômica do Direito defendida por Posner reside no fato da determinação de quem tem direitos dever passar, necessariamente, por uma discussão de eficiência.

No artigo mencionado, Coase inicia propondo um problema jurídico hipotético ao seu leitor: o caso de uma fábrica que emite fumaça nociva à saúde das pessoas que residem nas imediações. Logo após estabelecer o problema, indaga qual a solução mais comum encontrada pelos economistas e pelos juristas no caso concreto. Coase responde ao seu questionamento propondo que as

três respostas mais prováveis são as seguintes: (1) considerar o dono da fábrica como responsável civilmente, imputando-lhe o dever de pagar uma indenização aos prejudicados; (2) estabelecer uma tributação atrelada à quantidade de gases emitidos na atmosfera pela fábrica; (3) proibir que a fábrica opere na região.

Ocorre que tais soluções tornam obscura a verdadeira escolha que deve ser realizada no problema. Quando na hipótese acima consideramos que “A” causou dano a “B”, logo, “A” deve sofrer uma restrição, não percebemos que o problema é de natureza recíproca, ou seja, “se queremos discutir o problema em termos de imputação da responsabilidade” temos que considerar que “as duas partes causam o dano”.

Nesse sentido, Coase alega que a reciprocidade justifica-se pelo fato de as duas partes envolvidas terem incorrido em alguma espécie de dano, uma vez que “A” sofreu um dano financeiro ao indenizar “B”, e este, por sua vez, ficou submetido ao dano material, que também pode ser traduzido em dano financeiro.

Adaptando a problemática ao contrato de seguro, estudaremos um sinistro⁴² qualquer passível de indenização. No caso, a seguradora sofreria o dano financeiro de recompor o patrimônio do segurado lesionado, enquanto este suportaria a perda material, considerando que jamais se tornaria indene.

Por outro lado, o dano financeiro sentido pela seguradora poder-se-ia traduzir melhor no prejuízo suportado pela massa segurada, surgindo daí a idéia de que o próprio grupo segurado busque uma solução menos onerosa para indenizar o lesionado, ou seja, fazer uma escolha para solucionar o problema de modo a evitar o custo mais alto para as partes envolvidas na situação.

Para encontrar tal solução Coase pede que consideremos alguns pressupostos. No exemplo devemos imaginar um mundo em que os custos de transação são iguais ou bem próximos a zero.

O que significa isso? Os custos de transação são todos aqueles custos gerados pela negociação entre as partes envolvidas. Incluem os custos de identificação das partes, os custos de aproximação destas, o custo do processo de negociação, o custo de implementação do acordo formulado etc.

⁴² Termo do mercado de seguros, utilizado para denominar a materialização de um risco. Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

Outro pressuposto a ser levado em conta é o fato de todas as partes possuírem acesso a todas as informações e de estas serem perfeitas. Nessa ótica, as partes envolvidas têm conhecimento de todos os aspectos relevantes para se chegar a uma melhor alocação de recursos.

Por fim, o terceiro pressuposto estabelece que as partes terão um comportamento racional, nos termos em que este tipo de conduta foi anteriormente analisada, ou seja, será um indivíduo auto-interessado em termos coletivos.

Assim, o Teorema propõe que, no mundo acima imaginado, a solução escolhida pelas partes afetadas não levará em conta a quem as regras jurídicas atribuem direitos, pois, quando as partes têm acesso a soluções economicamente possíveis ao caso, a solução adotada será sempre a de menor custo para elas. Em outras palavras, os envolvidos na situação irão naturalmente adotar a solução mais eficiente em termos econômicos.

É evidente que Coase reconhece que o mundo real não corresponde a um lugar com custos de transação iguais a zero. Ressalva, no entanto, que a importância de imaginarmos esse mundo reside na criação de uma situação idealizada que servirá de ponto de partida para discutirmos as implicações decorrentes da existência de

custos de transação. Coase imagina um cenário de custos de transação iguais a zero justamente para destacar a importância destes. Nessa moldura, baseada no Teorema proposto, podemos conceber situações em que os custos de transação seriam impeditivos da realização de um negócio ou acordo. É possível extrair-se do teorema que a presença de custos de transação é uma das causas de ineficiência; e quando for determinado que esses custos impedem a própria transação, eles devem sempre ser mitigados. Por outro lado, considera-se que em um cenário no qual os custos de transação são existentes e relevantes, eles poderão induzir as partes a adotarem soluções economicamente ineficientes.

O jurista passa, assim, a ter um critério econômico para escolher qual é o melhor tipo de norma para regular determinada situação. Dessa constatação pode-se derivar outra conclusão, qual seja, a de estar o operador do direito dotado de um instrumento crítico dos resultados obtidos pelas normas jurídicas. O Teorema conferirá ao Direito uma tarefa de extrema importância econômica: tentar reproduzir os resultados que seriam atingidos em um mundo de custos de transação iguais a zero, um mundo em que os resultados seriam eficientes em termos econômicos.

Um importante ensinamento do Teorema, na visão de Posner, é o de demonstrar que quando o direito é entendido como um método de promover a eficiência, esse terá a tarefa principal de minimizar os

custos de transação, conferindo direitos àqueles que os valorizam mais.

Buscando entender melhor o Teorema de Coase e trazendo sua aplicação para a teoria do contrato de seguro, observamos inicialmente que a visão da seguridade é de recompor o patrimônio e não, ao menos em princípio, reparar o dano causado.

Entendemos que segundo Coase, a solução a custo zero para o contrato de seguro necessariamente passaria pela melhor formação de todos os envolvidos no mercado segurador, ativa e passivamente, aquilo que Coase chamou de o mundo perfeito, ou seja, a ativação dos três pressupostos: solução a custo zero, informações completas para as partes e por fim, comportamento racional, nos termos em que este tipo de conduta foi anteriormente analisada, ou seja, um indivíduo auto-interessado em termos coletivos.

A conjugação destes elementos conduziria ao mundo onde a massa segurada individualmente auto interessada no coletivo cuidaria da redução da sinistralidade oxigenando o risco e consequentemente reduzindo o valor dos prêmios.⁴³

⁴³ Prêmio de seguro é a prestação paga pelo segurado, para a contratação do seguro, que se efectiva com a emissão da apólice por parte da empresa seguradora. Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

Esta redução da precificação do seguro estenderia o contrato a classes sociais ainda não atingidas melhorando o resultado dos seguradores e criando uma sociedade mais amparada e voltada para o princípio da reparação em detrimento da simples recomposição do patrimônio próprio.

CAPÍTULO III - O SEGURO – ABORDAGEM HISTÓRICA E SOCIAL

Os autores divergem sobre a origem do contrato de seguro.

Certo é que desde a antigüidade a sociedade conhece sistemas de proteção que muito se assemelham ao seguro.

O primeiro sistema de proteção, e nisso não há divergência, é a família.

Sem dúvidas a família foi o primeiro núcleo de cooperação mútua entre seus membros. A necessidade de reunião de esforços para o sustento da prole, os laços de solidariedade na busca de alimentos, defesa e abrigo, tornaram a família o núcleo onde tem centro a atividade humana.

Todavia a evolução histórico-social, com a formação de aglomerações urbanas cada vez maiores, gerou problemas que a família era incapaz de suportar.

Surgiram assim outras organizações sociais de amparo, inspiradas em razões diversas, religiosas e profissionais, por exemplo, que reuniam pessoas do mesmo grupo social ou expostas aos mesmos riscos.

Durante a Idade Média, as pessoas abandonaram as cidades e passaram a viver em feudos, diante da absoluta falta de segurança para o desenvolvimento de qualquer atividade comercial ou industrial nas cidades.

Nesse período, foram incentivadas as associações de classe, que nasceram para dar amparo às classes humildes contra os abusos da exploração feudal.

Mas é no comércio marítimo que o contrato de seguro encontrou as contingências necessárias a seu desenvolvimento como instituto autônomo e distinto.

Com efeito, o risco das expedições marítimas era de tal magnitude que poderia levar o empreendedor à ruína.

Por isso, não se estranha que os empreendedores de viagens marítimas buscassem meios de minorar suas perdas. Todavia, uma viagem marítima traz interesse para diversa ordem de pessoas: o proprietário do barco, o afretador, os donos da carga, os passageiros e os tripulantes.

Assim, frente a um perigo do mar autorizava-se o capitão a alijar a carga ou os objetos de bordo, apagar incêndio, varar o navio, arribar para escapar a mal maior, enfim, usar de toda sua expertise para o resguardo da integridade da embarcação, das pessoas e dos bens transportados. Essa situação gerou a discussão sobre as perdas e que foi tratada pelas Leis de Rodes (Lex Rhodia de Jactu), a primeira lei a tratar de forma sistematizada da proteção contra os perigos do mar.

Foi o crescimento dos negócios marítimos, contudo, que estimularam os empresários da época em especular com o risco das viagens. É evidente que o risco das expedições influenciava o preço das mercadorias transportadas, que ora eram assumidos pelo vendedor, ora pelo comprador.

Mas, diante da possibilidade de lucros esses empresários começaram a estimular o comércio marítimo por meio de uma operação de empréstimo. Era emprestada soma em dinheiro ao dono

do navio e se tudo corresse bem e o navio voltasse ao porto de origem, o empresário, então mutuante, deveria receber a quantia adiantada, somada de outra parcela, a título de lucro e juros. Nenhuma espécie de reembolso havia para os empresários se a viagem não chegasse a bom termo e este era o risco que assumiam, uma verdadeira aposta.

Nesse quadro, verifica-se que esse contrato de dinheiro a risco marítimo trazia vantagens para as duas partes, ganhando espaço e tratamento legislativo. Entretanto, o Papa Gregório IX proibiu a prática da usura, no ano de 1234, pela *Decretal Navigantis vel eunti Nundinas*⁴⁴. A igreja, na época, gozava de enorme prestígio na Idade Média, de maneira que a utilização do contrato de dinheiro a risco marítimo tornou-se muito prejudicada pela proibição da cobrança de juros. Navegantes e empresários passaram a dissimular esse contrato por meio de um contrato aparente de compra e venda, por meio do qual o empresário comprava os bens transportados e se comprometia ao pagamento do preço se a empreitada não lograsse êxito. Se a expedição chegasse a bom termo, esse empresário, comprador, desfazia o negócio, recebendo um valor maior do que o que fora adiantado a título da resolução do negócio. A doutrina informa que esse contrato ficou conhecido como *Gratis et Amore* ou *Feliz Destino*.

⁴⁴ ALVIM, Pedro. O contrato de seguro, 3. ed. Rio de Janeiro. Forense: 1999, p. 21.

Essa prática evoluiu para a inclusão de uma cláusula na compra e venda, em razão da qual um dos contratantes assumia a responsabilidade pelos riscos e declarava que as coisas seriam entregues sãs e salvas no destino. Também possibilitou aos seus usuários perceber que poderiam conviver separadamente cláusulas que estavam juntas nessa simulação de compra e venda. Com efeito, a garantia dos riscos não exigiria estar acompanhada da compra e venda e, havendo a separação, não seria necessário o adiantamento de dinheiro.

Com a cisão desses dois negócios, nasceu o contrato de seguro de forma autônoma e não reconduzível a qualquer outra.

A maior concentração de negócios sobre seguros se verificou, a princípio, nas cidades italianas de Pisa, Florença, Gênova e outras, em razão do desenvolvimento do comércio marítimo nessa região.

João Marcos Brito Martins⁴⁵ relaciona a primeira apólice do ano de 1374, colhida no Arquivo Nacional genovês.

⁴⁵ O contrato de seguro: comentado conforme as disposições do Código Civil, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 7.

Pedro Alvim⁴⁶, de seu turno, esclarece que os primeiros documentos sobre a existência do contrato de seguro são o Breve Portus Kallaritani (1318), os Statuti de Calimala (1322), os Libri di Commercio di Francesco de Bene e Compagni di Firenzi (1318-1320) e, sobretudo, a Quietanza Grossetana (22.04.1329).

Não há acordo sobre uma data certa para o surgimento do seguro, podendo-se dizer que surgiu entre o século XIII e XIV. Depois dessa lenta evolução histórica, o contrato de seguro estava pronto para se fazer presente também frente a riscos terrestres.

É absolutamente indiscutível que o seguro cumpre função social. Do exame de sua evolução histórica percebe-se que teve papel de alta importância no comércio marítimo, e ainda tem. Sua função, desde suas origens até nossos dias, evoluiu ultrapassando as barreiras do transporte marítimo. Tudo em virtude da percepção desse contrato como verdadeiro instrumento de tranquilidade, de segurança econômica frente às adversidades.

É de se registrar que a probabilidade de danos nas atividades humanas é uma constante, de tal maneira que a insegurança é uma certeza. O modo de vida atual demonstra essa afirmação: basta

⁴⁶ O contrato de seguro, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 25 e 26.

atentar-se aos acidentes comumente verificáveis pelo uso de automóveis e aeronaves, para se deter em exemplos cotidianos.

Para fazer frente a essa situação o contrato de seguro se apresenta como o instituto mais poderoso e eficiente para atenuar as conseqüências econômicas de eventos constantes da vida. Note-se que o seguro é de tal modo adequado e eficiente à superação dos riscos que até mesmo o Estado se serve de seus princípios e técnicas para prestar a seguridade social⁴⁷.

⁴⁷ A seguridade social compreende um conjunto de ações dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar o direito à saúde, à previdência social e à assistência social. No Brasil, a ampliação do conceito de seguridade social surgiu com a Constituição de 1988, conhecida como a Constituição Cidadã. Todos devem ter o direito aos benefícios que ela distribui e o dever de contribuir para manter a solidariedade entre gerações. Foi esse o ideário que orientou as políticas sociais após a Segunda Guerra Mundial nos países mais desenvolvidos e transformou aquelas sociedades em Estados de Bem-Estar Social (*welfare state*). Importa consignar que esse resultado não foi conseqüência da ação do mercado, mas sim de uma atitude deliberada das sociedades através do apoio à intervenção do Estado. Foi essa sem dúvida a base sobre a qual se assentou o desenvolvimento econômico e social das sociedades mais evoluídas. ARAÚJO, Francisco Carlos da Silva. Seguridade social. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1272, 25 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9311>>. Acesso em: 25 fev. 2009.

3.1 História do seguro no Brasil⁴⁸:

3.1.1 Do Século XVI ao Regulamento Murtinho

A previdência e o seguro, alinhando-se entre as mais antigas atividades econômicas regulamentadas no Brasil, tiveram início ainda no Século XVI, com os jesuítas, e em especial o Padre José de Anchieta, criador de formas de mutualismo ligadas à assistência. Sua mais remota regulamentação data do Século XVIII, quando foram promulgadas as "Regulações da Casa de Seguros de Lisboa", postas em vigor por alvará de 11 de agosto de 1791, e mantidas até a proclamação da independência em 1822. Com a abertura dos portos brasileiros em 1808, tem início a exploração de seguros marítimos, através da Companhia de Seguros Boa Fé, sediada na Bahia, primeira sociedade seguradora a funcionar no país.

Quase tão antiga quanto a operação de seguros no Brasil é sua fiscalização, iniciada em 1831, com a instituição da Procuradoria de Seguros das Províncias Imperiais, que atuava com fundamento nas leis portuguesas. Embora o Código Comercial de 1850 só definisse normas para o setor de seguros marítimos, em meados do

⁴⁸ Dados retirados do sitio <http://www.fenaseg.org.br>

Século XIX inúmeras seguradoras conseguiram aprovar seus estatutos, dando início à operação de outros ramos de seguros elementares, inclusive o de Vida.

Finalmente, em 1860, surgem as primeiras regulamentações relativas à obrigatoriedade de apresentação de balanço e outros documentos, além da exigência de autorização para funcionamento das seguradoras. Em 1895 as empresas estrangeiras também passam a ser efetivamente supervisionadas, com base em legislação nacional. Normas e instituições sucederam-se ao longo das décadas, até que, em 1901, é editado o Regulamento Murtinho (Decreto 4.270), pelo qual é criado a Superintendência Geral de Seguros, subordinada ao Ministério da Fazenda, com a missão de estender a fiscalização a todas as seguradoras que operavam no País.

3.1.2 A intervenção do Estado, a modulação dos conflitos, e a criação do Instituto de Resseguros do Brasil

Nessa trajetória multissecular da história do seguro no Brasil, é relevante destacar que a moldura institucional das empresas, o tipo de produtos e o perfil dos profissionais que têm atuado no setor ao longo do tempo, foram definidos pela sociedade. A intervenção do

Estado normatizador e fiscalizador surge apenas quando o mercado, já em funcionamento, adquire complexidade e diversidade nos negócios, passando a requerer um mecanismo de modulação de interesses. Normas que atendendo aos superiores interesses do País, ditados pela conjuntura histórica, preservem o funcionamento das instituições do mercado e assegurem o cumprimento das coberturas contratadas pelos segurados.

Assim foi em 1940, com a efetiva instalação do IRB - Instituto de Resseguros do Brasil, entidade criada em 1932 num contexto cerradamente estimulado por aspirações nacionalistas, e destinada a ser instrumento estatal de ordenação econômica. Tinha como proposta política a proteção do mercado brasileiro contra a presença então dominadora das companhias estrangeiras, e como desafios operacionais a regulação do resseguro e o fomento às operações de seguros em geral. Objetivos atingidos, graças acima de tudo à qualidade e competência dos quadros técnicos formados pelo próprio IRB, que se tornaria um celeiro de talentos para o mercado.

Com o passar do tempo, entretanto, seu modelo monopolista e centralizador começou a dar mostras de esgotamento, e de já não atender plenamente às novas exigências do mercado. Idealizado para ser fundamentalmente uma instituição ocupada com o resseguro, o IRB vinha ultrapassando os limites de suas funções originárias. Paulatinamente ia assumindo um caráter órgão fiscalizador,

exorbitando de suas funções, numa anomalia institucional que feria sua verdadeira missão de resseguradora. E paradoxalmente, idealizado para estimular o fortalecimento das seguradoras brasileiras, o IRB acabaria por afrontar os objetivos que haviam orientado sua criação, chegando a inibir a criatividade e a livre concorrência entre as empresas do setor.

3.1.3 SUSEP - Superintendência de Seguros Privados: a reforma de 1985 e o fortalecimento da livre-concorrência

Em 1966, com a edição do Decreto-lei 73, o governo instituiu o Sistema Nacional de Seguros Privados, criando a SUSEP-Superintendência de Seguros Privados, órgão controlador e fiscalizador da constituição e funcionamento das sociedades seguradoras e entidades abertas de previdência privada. Dotada de poderes para apurar a responsabilidade e apenar corretores de seguros que atuem culposa ou dolosamente em prejuízo das seguradoras ou do mercado, a SUSEP assume, pela primeira vez no Brasil, a tutela direta dos interesses dos consumidores de seguros.

O IRB, que até então praticamente exercera funções hegemônicas na definição dos modos de operação de seguros no Brasil, passa a dividir com a SUSEP algumas atribuições que, embora distintas nos termos da legislação, por quase duas décadas acabaram se superpondo em importantes aspectos. Mas a partir de 1985 a SUSEP dá início a uma fase de profundas transformações, que começavam por sua reorganização interna, pondo fim à cultura burocratizante e paternalista que até então marcara sua atuação, e culminavam na definitiva conformação e público reconhecimento de sua identidade institucional.

Assumindo na plenitude suas funções de reguladora do mercado segurador, a SUSEP implanta o sistema de audiência pública e aberta a todos os segmentos, para a formulação de medidas gerais e tomada de decisões. Promove a desregulação gradual da atividade seguradora, e atendendo a expresso desejo das empresas, que pediam mais liberdade para suas operações, dá autonomia à criação de produtos. Estimula a formação de empresas regionais. Modifica os critérios e requisitos para aplicação de reservas técnicas em ativos mobiliários. Acaba com a exigência de carta-patente para o funcionamento das seguradoras. E para enfrentar a realidade da inflação que corroía valores segurados, promove a indexação dos contratos, que passam a ser atualizados com base na correção monetária.

Estavam criadas as condições de liberdade e realismo contratual, que possibilitariam o crescimento do mercado num ambiente de justa e desejável concorrência.

3.1.4 A Constituição de 88, a Carta de Brasília e o Plano Diretor do Mercado

No processo de discussão da proposta de texto constitucional de 1988, as empresas seguradoras acabaram por conseguir alguns avanços discretos. Tinham atuado, na constituinte, de modo pouco articulado e excessivamente cauteloso, limitando-se quase que ao papel de observadoras, divididas quanto às questões que lhes eram essenciais, mas assim mesmo o seguro, a capitalização e a previdência privada haviam adquirido novo status. Nos termos do Art. 21, item VIII da Constituição Federal, tinham ultrapassado os limites estritos da seguridade e evoluído para o de investidores institucionais, passando a integrar o sistema financeiro nacional, ao lado das demais instituições que, desde então, aguardam a regulamentação de suas atividades, previstas no art.192 da Constituição.

Quatro anos depois, em cerimônia de posse de sua Presidência, a Fenaseg – Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização, dá publicidade a uma declaração de princípios norteadores da atividade seguradora, a Carta de Brasília. Primeira manifestação conjunta e consensual das empresas de seguro, publicamente apresentada como plataforma de demandas e propostas ao Governo, a Carta se construía em torno de três princípios: compromisso com a economia de mercado e a livre competição, responsabilidade econômica e social do setor de seguros diante dos agentes produtivos e da população brasileira, e opção pela modernidade que se baseia na experiência do próprio mercado, cuja voz deve ser mais ouvida. Como propostas de mudanças, a Carta enfatizava a necessidade da ampliação da imagem pública do seguro, a desregulamentação do setor, a colaboração com o Governo em assuntos e operacionalização da previdência no Brasil, a desestatização do seguro de acidente de trabalho, e maior liberdade na operação do seguro-saúde.

Dois meses após a Carta de Brasília, numa ação conjunta do IRB – Instituto de Resseguros do Brasil, SUSEP – Superintendência de e Secretaria de Política Econômica, é lançado um Plano Diretor do Sistema de Seguros, Capitalização e Previdência Complementar. Esse documento reafirmava a importância da desregulamentação do setor, e apresentava propostas de modernização da atividade seguradora: política de liberação de tarifas, controle de solvência das empresas, abertura do setor ao capital estrangeiro, redefinição do

papel do corretor, reestruturação do IRB com a gradual redução do monopólio do resseguro até sua final extinção, retorno do seguro de acidente de trabalho ao setor privado, e regulamentação de novas modalidades de seguros, como o de crédito agrícola e crédito à exportação.

3.1.5 Internacionalização do mercado: os novos tempos

Repercutindo as propostas constantes da Carta de Brasília e do Plano Diretor do Sistema de Seguros, Capitalização e Previdência Complementar, duas importantes medidas, de natureza legal e administrativa, marcam a história do seguro no Brasil no ano de 1996: a liberação da entrada de empresas estrangeiras no mercado, e a quebra do monopólio ressegurador do IRB. A primeira, consubstanciada num parecer da Advocacia Geral da União, em resposta a consulta do Ministro da Fazenda sobre a possibilidade de autorização para o funcionamento de empresa seguradora estrangeira nos ramos vida/previdência. Decidindo pela inconstitucionalidade da Resolução CNSP (Conselho Nacional de Seguros Privados) nº 14/86, que impedia que o capital estrangeiro participasse com mais de 50% do capital ou um terço das ações de seguradora brasileira, o Parecer GO-104 foi o respaldo legal para

que, imediatamente, mais de 20 empresas estrangeiras entrassem no Brasil a partir de junho de 1996.

A segunda medida consta da Emenda nº 13 feita à Constituição Federal, e recebeu declarado acolhimento pelo Governo e apoio da Fenaseg (Federação Nacional de Seguros Privados), ao por fim ao monopólio do resseguro pelo IRB – Instituto de Resseguros do Brasil, e ao dar nova redação ao Art. 192, item II do texto constitucional.

Essa abertura do mercado brasileiro às seguradoras estrangeiras mantém estrita sintonia com a tendência de globalização dos mercados, que nos últimos anos vem ocorrendo em escala planetária. Trata-se de um processo que, abrangendo o mundo inteiro, induz à quebra das barreiras e dos isolamentos geográficos, e ao surgimento de um novo quadro de relações produtivas, em que o capital a cada dia torna-se menos político e mais financeiro que nunca.

E o Brasil, pelo porte de sua economia, desponta com irresistível apelo aos capitais globalizados, e tem sabido aproveitar essa vantagem conjuntural: somente em 1998 o país recebeu mais de U\$ 28,7 bilhões em investimentos estrangeiros diretos.

É relevante destacar que os efeitos da abertura do mercado segurador ao capital externo foram percebidos já em 1996 e 1997, anos marcos por acentuada movimentação institucional e inúmeros processos de fusões de seguradoras brasileiras e estrangeiras. Como consequência, a participação dessas empresas no total de prêmios arrecadados no Brasil, que em 1994 representava apenas 4,16%, sobe para 6,33% em 1996, 17,94% em 1997, e 21,12% no primeiro semestre de 1998.⁴⁹

3.1.6 A regulamentação da abertura do mercado de resseguros no Brasil

Em agosto de 1996, o Congresso Nacional aprovou a quebra de monopólio para a atividade de resseguro no Brasil, delegada, até então, exclusivamente ao IRB-Brasil Re. Um ano depois, o então Instituto de Resseguros do Brasil foi transformado em IRB-Brasil Resseguros, sob a forma de sociedade por ações, permanecendo como empresa estatal de economia mista, com controle acionário da União. A mesma proporção de participação para as empresas seguradoras nacionais foi mantida.

⁴⁹ Dados retirados do sitio <http://www.fenaseg.org.br>

Com a abertura do resseguro, em janeiro de 2007, por meio da Lei Complementar nº 126, o mercado de resseguro brasileiro deu um passo novo na trajetória da modernidade, ao entrar em sintonia com o que já era praticado nos principais países do mundo e ao abrir-se a mais franca participação da experiência e dos capitais estrangeiros.

3.2 O país, a sociedade e o mercado brasileiro de seguros - Relevância Econômica e Social do Setor

“E se eu cair da ponte?” Essa era a atormentadora pergunta que se faziam os operários responsáveis pela construção da imensa ponte sobre a Baía de São Francisco, na Califórnia, na década de 30 do século passado, que, a todo instante, colocavam suas vidas em risco, laborando a uma altura superior a 200 metros, o que equivalente a um prédio de mais de cinquenta andares.

Contra aquela assustadora realidade, foi providenciada a colocação de uma gigantesca rede de cordas sob a referida obra, de modo a se coibir os riscos fatais de uma provável queda. Acredita-se

que a rede não seria totalmente eficaz, mas, a providência quanto à sua colocação traduziu-se em reaquisição da confiança necessária por parte dos operários, que, a partir daí, passaram a trabalhar com maior tranquilidade emocional, acarretando, ainda e conseqüentemente, um acréscimo de produtividade.

Partindo-se desse peculiar exemplo, Cavalieri Filho⁵⁰, de forma didática, esclarece que o seguro assemelha-se a essa gigantesca rede de cordas. Sua existência não elimina o risco da queda, mas na ocorrência dessa há, pelo menos, a expectativa de que a morte possa vir a ser evitada. Assim, “numa linguagem figurada, é possível dizer que o seguro é uma espécie de rede jurídicoeconômica que nos protege contra os riscos a que estamos expostos”⁵¹

Do ponto de vista legal, conforme previsão do art. 757 do Código Civil⁵², define-se contrato de seguro, *in verbis*:

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

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. A trilogia do seguro. In: FÓRUM BRASILEIRO DE DIREITO DO SEGURO, 1., 2000, São Paulo. Anais... São Paulo: Max Limonad, 2001.

⁵¹ (Ibidem, p. 86).

⁵² Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Santos⁵³, debruçando-se sobre o tema, caracteriza tal contrato como verdadeira “instituição”, dele cuidando como “o triunfo da idéia humana sobre as forças cegas da natureza, uma vitória da lógica sobre os problemas ilógicos com que o homem tem de lutar diante da álea”.

A relevância econômica e social do setor pode ser medida em termos quantitativos através de diversos indicadores, entre eles: (i) o volume financeiro de prêmios e contribuições arrecadados que constituem as despesas dos consumidores quando adquirem os produtos do setor, (ii) a escala dos investimentos resultantes da aplicação, em ativos garantidores, dos recursos das provisões técnicas de constituição obrigatória, e (iii) o volume pago em indenizações, capitais segurados, benefícios e resgates.

Existem no Brasil, atualmente, mais de 130 empresas ofertando os mais diversos tipos de seguros, cerca de 20 empresas comercializando títulos de capitalização, 57 empresas operando planos de previdência complementar aberta e 73.653 corretores, pessoas físicas e jurídicas, responsáveis pela geração de mais de 200 mil empregos diretos.⁵⁴

⁵³ SANTOS, R. Bechara. *Direito de seguro no cotidiano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 99

⁵⁴ Dados retirados do sitio <http://www.fenaseg.org.br>

Em 2005, essas empresas retornaram aos agentes produtivos e às famílias, ou seja, à sociedade, R\$ 43 bilhões através dos pagamentos de indenizações, capitais segurados, resgates parciais e totais de recursos alocados em planos de seguros de pessoas de previdência complementar aberta, benefícios e resgates ou sorteios de títulos de capitalização.⁵⁵

No mesmo ano, os repasses da parcela do prêmio do Seguro DPVAT ao Fundo Nacional de Saúde, para atendimento das vítimas de acidentes de trânsito na rede hospitalar do SUS e ao DENATRAN, para campanhas de educação e segurança no trânsito, foram, respectivamente, de R\$ 879 milhões e de R\$ 98 milhões.⁵⁶

Com relação à abrangência e relevância das atividades do setor em nossa sociedade, podemos destacar alguns dados que dão a devida dimensão desta atuação, considerando apenas alguns ramos que estão mais diretamente voltados para o cotidiano das pessoas, o Seguro Saúde, de Veículos e os de Vida e Previdência.

No Seguro Saúde, as seguradoras especializadas responderam por 23 milhões de consultas médicas, 62 milhões de

⁵⁵ Idem

⁵⁶ Ibidem

exames clínicos, 613 mil internações e 22 milhões de outros procedimentos oferecidos a 4,9 milhões de segurados.⁵⁷

No Ramo Automóvel, cerca de 10 milhões de veículos estão cobertos por seguros, equivalente a 30% da frota nacional, tendo sido pagas 2,2 milhões de indenizações, que incluem a reposição de 200 mil automóveis e 450 mil ressarcimentos a terceiros, por danos materiais e pessoais.⁵⁸

Nos seguros de pessoas o volume de indenizações pagas pelas seguradoras foi da ordem de R\$ 3,7 bilhões e as retirados pelos segurados de poupanças acumuladas nos produtos com cobertura por sobrevivência do tipo VGBL – Vida Gerador de Benefício Livre montaram a R\$ 4,8 bilhões.⁵⁹

Uma outra forma de avaliar a relevância econômica e social do setor é através de aspectos qualitativos. Ao promover a repartição dos riscos através do conceito do mutualismo e a formação de reservas de longo prazo, conjugadas à adequada gestão dos ativos garantidores dos recursos das provisões técnicas de constituição obrigatória, ganham relevância os papéis econômico e social do setor para a sociedade.

⁵⁷ Dados retirados do sitio <http://www.fenaseg.org.br>

⁵⁸ Idem

⁵⁹ Ibidem

Ao longo dos anos, o setor de seguros tem-se aprimorado em todo o mundo, adaptando procedimentos e técnicas de avaliação e gestão de riscos, de forma a acompanhar a crescente complexidade de uma sociedade que aumenta a diversificação de suas atividades, amplia suas relações e oferece maiores oportunidades de educação aos seus cidadãos.

A demanda por seguros de todas as naturezas (pessoas, previdência complementar, propriedade, saúde, performance técnica, garantia de crédito e muitos outros), a nosso ver tende a aumentar segundo o grau de desenvolvimento do país e, ao mesmo tempo, reflete o grau de diferenciação estrutural que caracteriza o processo de desenvolvimento econômico e social.

A capacidade do setor de seguros, previdência complementar aberta e capitalização para enfrentar os desafios que a crescente demanda impõe aos seus produtores, depende fundamentalmente do ambiente sócio-econômico e regulatório. No caso brasileiro, onde os desafios pertinentes à aceitação básica dos valores de uma economia de mercado são vistos como compatíveis não apenas com a estabilidade macroeconômica, mas, também, com uma melhor distribuição de benefícios por todas as camadas da sociedade, o setor securitário está consciente do papel a desempenhar e da importância que a evolução harmônica das relações entre Estado e setor privado tem para o pleno desempenho de suas funções.

É importante ressaltar que em seu sentido mais amplo, as atividades desse setor constituem-se em modalidades de solução justa para um dos mais angustiantes problemas dos indivíduos e empresas: a incerteza quanto ao futuro. Não só quanto a perdas materiais, mas, no caso de pessoas, quanto aos riscos de morte, de invalidez, de doenças graves e outros inerentes ao atendimento à saúde. Neste campo o fundamento da atividade seguradora é o mutualismo, resultado da convergência da boa-fé e da solidariedade, duas virtudes cardeais da comunidade humana que, permitindo a partilha dos riscos entre muitos, reduz custos, democratizando o acesso à proteção por parte dos agentes produtivos.

Nessas atividades, em particular naquelas onde o Estado brasileiro, em função das inúmeras demandas exercidas pela sociedade, não tem conseguido atender satisfatoriamente à população, a atuação do setor tem sido fundamental e meritória, na medida em que, oferecendo alternativas eficazes e eficientes, reduzem a pressão sobre as despesas públicas.

3.2.1 Representação do Setor

A Federação Nacional das Empresas de Seguros, Previdência Complementar e Capitalização (Fenaseg), a Associação Nacional das Empresas de Previdência Privada (ANAPP), a Federação Nacional dos Corretores de Seguros (Fenacor) e a Federação Nacional dos Securitários (Fenespic) são entidades que representam um setor de atividades que, em 2005, empregou diretamente mais de 200 mil pessoas, sendo cerca de 44 mil nas sociedades seguradoras, de capitalização e entidades abertas de previdência complementar e, aproximadamente, 156 mil nas atividades de corretagem.⁶⁰

Na área de ensino, pesquisa e qualificação profissional a Escola Nacional de Seguros (Funenseg) vem continuamente ampliando suas atividades, tendo recentemente iniciado um curso superior de Administração com ênfase em Seguros e Previdência. No ano de 2005 mais de 5.400 profissionais da área de seguros e previdência participaram dos cursos da Funenseg, tendo sido editadas 18 novas publicações técnicas.⁶¹

⁶⁰ Dados retirados do sítio www.funenseg.org.br

⁶¹ *idem*

3.2.2 - Relação entre Desenvolvimento, Estabilidade e Distribuição de Renda e o Crescimento do Setor

Desenvolvimento econômico e a importância do setor de seguros, previdência complementar aberta e capitalização na economia e no funcionamento da sociedade são associados. É consensual que o consumo dos produtos e serviços oferecidos pelo setor requer um determinado grau de desenvolvimento social e econômico, pois tanto a cultura de sua utilização, quanto a sua viabilização, a preços razoáveis, no direcionamento e na qualidade adequados em termos de proteção oferecida, requerem que as relações de mercado atinjam um patamar mínimo.

Na maioria dos países de economia madura, as empresas do setor além de estarem presentes em todas as áreas de interesse do cidadão e do sistema produtivo, são, também, os investidores institucionais com o maior valor de ativos sob sua responsabilidade.

Essa associação entre nível de desenvolvimento econômico e a importância do setor, não é uniforme entre os diversos países, estando sujeita tanto a aspectos culturais e históricos, como a aspectos regulatórios. Além disso, a relação entre seguros e previdência complementar também não é a mesma em todos os

países, também refletindo a relevância da diversidade institucional e cultural quando se comparam as diferentes experiências.

Diferenças de experiência histórica (tipo de organização econômica e papel do Estado, histórico de instabilidade econômica, estrutura tributária, entre outras) estão igualmente refletidas nos dados que ilustram a expansão do setor ao longo do tempo, associados aos diversos indicadores de tamanho econômico e de nível de desenvolvimento.

Pelas mais diversas razões, entre elas o longo processo de instabilidade econômica do passado o grau de penetração do setor de seguros, previdência complementar aberta e capitalização no Brasil, medida pela participação dos prêmios e contribuições arrecadados no PIB, é menor do que o de outros países de renda per capita comparável, a exemplo do que ocorre em outros países latino-americanos, que também passaram por experiências de alta instabilidade e inflação.

Na **Tabela 1**, a seguir, apresentam-se os dados comparativos para os diversos países medidos no ano de 2005. O valor da participação dos valores arrecadados (prêmios e contribuições), de 3,39% do PIB, é nitidamente baixo em termos de comparações internacionais, ainda que se leve em conta uma certa

heterogeneidade dos dados para os diferentes países, especialmente quanto à inclusão ou não dos valores das contribuições para instituições fechadas de previdência complementar (fundos de pensão). No Brasil, considerando também os dados dos segmentos de previdência complementar fechada, o grau de penetração (participação da arrecadação no PIB), expressa na Tabela 1, aumenta para 4,6%.

TABELA 1

Dados 2005	Prêmios (milhões US\$)	PIB (bilhões US\$)	Participação no PIB
Europa & Am. Norte			
Alemanha	197.251	2.808	7,0%
Bélgica	46.393	371	12,5%
Canadá	78.723	1.130	7,0%
Dinamarca	20.935	259	8,1%
Espanha	60.275	1.124	5,4%
Estados Unidos	1.142.912	12.487	9,2%
França	222.220	2.101	10,6%
Holanda	61.073	624	9,8%
Itália	139.194	1.713	8,1%
Portugal	16.692	183	9,1%
Reino Unido	300.241	2.201	13,6%
Suécia	27.710	354	7,8%
Suíça	41.077	367	11,2%
América Latina			
Argentina	4.619	183	2,5%
Brasil	(*) 26.984	796	3,39%
Chile	4.519	126	3,6%
Colômbia	2.750	123	2,2%
México	12.780	768	1,7%
Peru	974	76	1,3%
Venezuela	3.351	136	2,5%

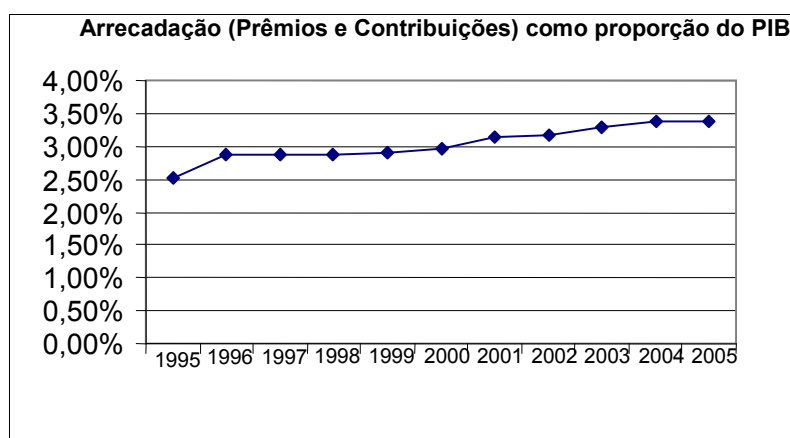
Fonte: Sigma/Swiss-RE; Banco Mundial; Fenaseg

(*) Não estão incluídos os valores referentes ao segmento de Previdência Complementar Fechada (Fundos de Pensão).

Do ponto de vista da evolução nos anos recentes, pode-se ver que, a partir da redução da inflação, a participação do volume de recursos arrecadados no PIB (considerando os segmentos de seguros, previdência complementar aberta e capitalização) mostra um comportamento ascendente (Figura 1), passando de 2,53% do PIB em 1995 para 3,39% em 2005.

Ainda assim, os dados mostram que há um longo caminho a ser percorrido à medida que se consolida a estabilização e que o país retoma o processo de crescimento e a modernização econômica.

Progressos na regulamentação e no tratamento tributário das atividades do setor podem acelerar esta melhoria, que pode ser diretamente associado ao nível de desenvolvimento humano tal como medido pelo índice de Desenvolvimento Humano (IDH) elaborado pela ONU, que compara os países em termos de um conjunto de variáveis sócio-econômicas - PIB per capita ajustado pela paridade do poder de compra, expectativa de vida (que reflete a evolução das variáveis sociais) e níveis de desenvolvimento educacional.

FIGURA 1

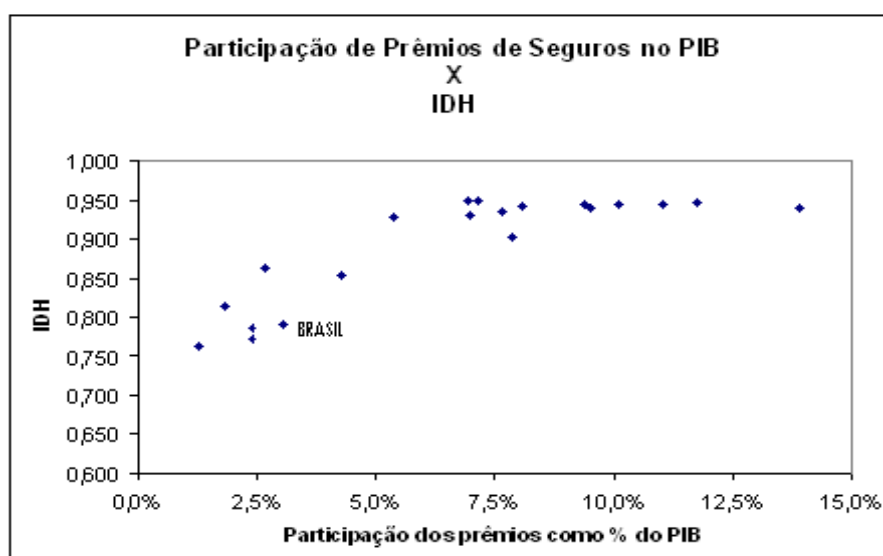
Fonte: sítio da Fenaseg – www.fenaseg.org.br

De fato, quando se comparam os dados do IDH com a participação dos valores arrecadados (prêmios e contribuições) no PIB, esta relação pode ser mais facilmente ilustrada.

Na Figura 2, são apresentadas, para diversos países em 2005 (apresentados na Tabela 1), a posição relativa do país em termos de IDH e a arrecadação de prêmios e contribuições como proporção do PIB. É nítida a divisão em dois grupos, com os países mais desenvolvidos situando-se no quadrante superior direito, ou seja, com um IDH mais elevado, assim como um percentual maior de participação da arrecadação, contrapondo-se com os demais, os latino-americanos.

Através dessa comparação pode-se verificar a relação estreita entre desenvolvimento econômico e social com a importância do setor.

FIGURA 2



Fontes: sítio da Fenaseg – www.fenaseg.org.br e UNDP/ONU

Os gastos com os produtos e serviços oferecidos pelo setor são dirigidos, respectivamente, para a proteção de riscos pessoais (seguros de pessoas e planos de previdência complementar aberta) ou de riscos materiais (diversos tipos de seguros) e para a formação de poupança, atrelada ao sorteio de prêmios (títulos de capitalização).

Em todos os casos, se está contratando um especialista para que este assuma: (i) a responsabilidade pela compensação financeira

pela ocorrência de um evento fora de controle, e que pode acarretar despesas imprevistas, dificuldades para a pessoa e familiares ou custos decorrentes da interrupção de atividade produtiva, seja do indivíduo, seja de empresas, ou (ii) a gestão de recursos visando a prevenção para o futuro, por exemplo, complementação do valor da aposentadoria provida pela previdência social.

O papel social do provedor desses produtos e serviços é, assim, oferecer a proteção financeira para situações que podem vir a se tornar adversas, além de gerir e remunerar poupança de longo prazo.

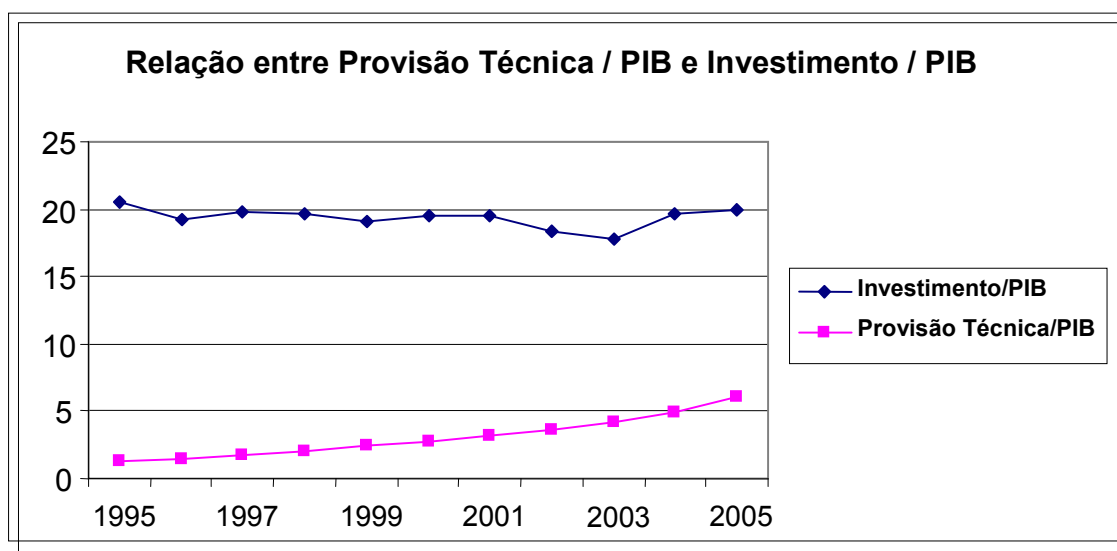
As empresas do setor fazem isso, valendo-se, além da sua capacidade de administrar poupanças, dos princípios do mutualismo e da diversificação e da retenção de reservas atuarialmente sólidas e adequadamente garantidas, que permitem a oferta de proteção a um custo menor do que a pessoa incorreria caso tivesse de comprometer recursos próprios na cobertura das perdas geradas por uma eventual situação de adversidade.

Para uma melhor avaliação da importância do setor de seguros, previdência complementar aberta e capitalização na economia, deve-se comparar o valor das provisões técnicas (reservas) obrigatoriamente constituídas - representativas de

poupança doméstica, ou com o total dos gastos de investimentos, o que pode ser feito a partir dos dados da Figura 3.

Os dados da Figura 3 permitem concluir que as provisões técnicas do setor têm aumentado, relativamente ao PIB, mais rapidamente do que os investimentos totais da economia, o que ilustra a importância da consolidação do ambiente de estabilidade para os negócios do setor, além do seu relevante papel para o crescimento da poupança interna no país.

FIGURA 3



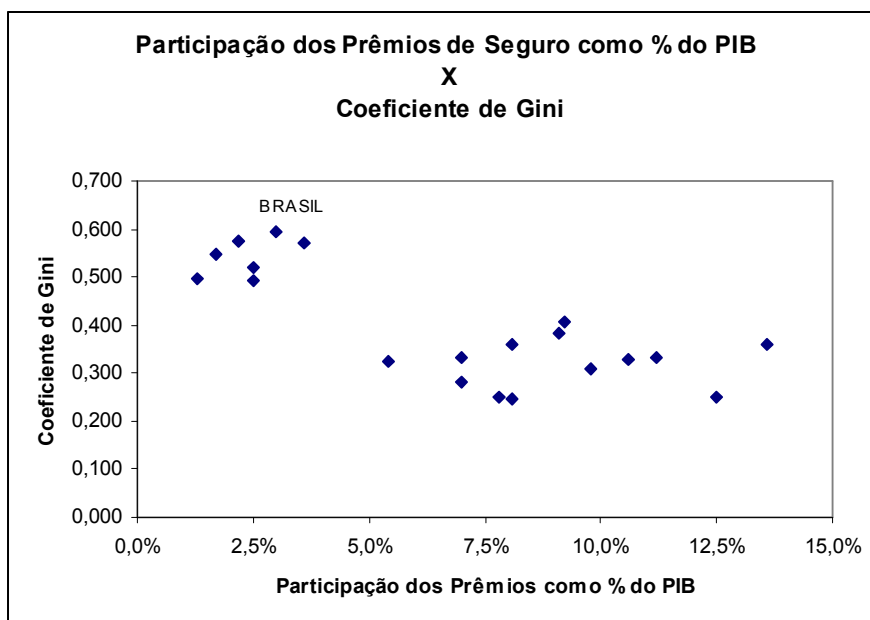
Fontes: IBGE e Fenaseg: [sítio da Fenaseg – www.fenaseg.org.br](http://www.fenaseg.org.br)

Finalmente, pode-se argumentar que países com melhor distribuição de renda têm maior participação da indústria securitária na formação do PIB.

A Figura 4 mostra a relação, para 2004, entre o grau de concentração de renda, medido pelo coeficiente de Gini ⁶²(cujos valores mais próximos de zero indicam menor concentração de renda) e os volumes arrecadados (prêmios e contribuições) como proporção do PIB. Há uma nítida dicotomia entre os países de alta concentração e baixa penetração da indústria securitária de um lado (os da América Latina, constantes da Tabela 1) e os países de distribuição mais igualitária e alta penetração desse setor (os da Europa e América do Norte).

Este resultado, mais uma vez, sugere que a importância do setor aumenta não apenas com a estabilidade, o grau de bem-estar medido pelo IDH mas, principalmente, com o aumento e melhor distribuição da renda.

⁶² O Coeficiente de Gini é uma medida de desigualdade desenvolvida pelo estatístico italiano Corrado Gini, e publicada no documento "Variabilità e mutabilità" (italiano: "variabilidade e mutabilidade"), em 1912. É comumente utilizada para calcular a desigualdade de distribuição de renda mas pode ser usada para qualquer distribuição. Ele consiste em um número entre 0 e 1, onde 0 corresponde à completa igualdade de renda (onde todos têm a mesma renda) e 1 corresponde à completa desigualdade (onde uma pessoa tem toda a renda, e as demais nada têm). O índice de Gini é o coeficiente expresso em pontos percentuais (é igual ao coeficiente multiplicado por 100) Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

FIGURA 4

Fontes: UNDP/ONU e Fenaseg: [sítio da Fenaseg – www.fenaseg.org.br](http://www.fenaseg.org.br)

Por essas razões, a constatada melhoria do desenvolvimento econômico e social do Brasil é cenário no qual aumenta a importância do setor de seguros, previdência complementar aberta e capitalização.

3.2.3 - A Relação entre o Setor e a Intermediação de Poupança para o Crescimento Econômico Sustentado

Sendo o setor de seguros, previdência complementar aberta e capitalização, um setor cujos papéis fundamentais são (i) a formação e administração de poupanças domésticas de longo prazo; e (ii) permitir uma distribuição mais eficiente dos riscos entre os diferentes indivíduos e instituições da sociedade, sua contribuição é fundamental para a cultura de gestão de riscos.

Ao responder às necessidades de proteção da sociedade, para os riscos a que estão sujeitos indivíduos e empresas, o setor exerce, paralelamente, função fundamental, representada pela formação, incremento e gestão de poupança doméstica de longo prazo, componente, inexorável, para o desenvolvimento econômico e social do país.

Na administração dessa poupança, valorizada pelo saldo das provisões técnicas de constituição obrigatória, faz-se presente outro relevante papel do setor, qual seja, o da aplicação prudente desses recursos em ativos que ofereçam segurança e liquidez, de sorte a se poder dar pleno e tempestivo atendimento aos compromissos contratuais assumidos com a clientela.

A importância dessas atribuições evolui com a expansão do setor, especialmente porque, ao gerenciar um volume crescente de recursos de provisões técnicas, com aplicações caracterizadas por critérios estáveis, voltados para o longo prazo, ele passa a contribuir, cada vez mais, para a estabilidade das fontes de financiamento de investimentos do país, como já comentado anteriormente. Um dos processos em andamento na economia brasileira depois da estabilização é o de desenvolvimento do setor financeiro como prestador de serviços de alocação de poupança.

Nos primeiros anos após a estabilização, a alta instabilidade e o nível elevado dos juros nominais, assim como a alta volatilidade de algumas variáveis financeiras (especialmente dos juros reais e das taxas de câmbio) impediram o pleno florescimento da intermediação e certamente atrasaram o desenvolvimento do setor. Mesmo assim, alguns indicadores ilustram o crescimento da importância do setor na intermediação dos recursos dos poupadores.

Esta relevância pode ser constatada na Tabela 2, que apresenta o crescimento dos investimentos (patrimônio e provisões técnicas das seguradoras, empresas de previdência complementar aberta e de capitalização) como proporção do PIB, que se multiplicou por um fator de três vezes a partir do Plano Real, de 2,66% em 1995 para 7,40% em 2005, comparados com um aumento de apenas 1/3 do indicador de penetração do setor (prêmios e contribuições

arrecadadas como participação no PIB), no mesmo período, passando de 2,53% para 3,39% do PIB.⁶³

A avaliação da importância dos ativos garantidores dessas obrigações como proporção dos estoques de ativos financeiros requer uma qualificação, pois o percentual de 7,40% do PIB representa esses ativos das seguradoras, empresas de previdência complementar aberta e capitalização, que correspondiam em 2005 a R\$ 143,3 bilhões. Se também forem considerados os ativos das atividades fechadas de previdência complementar, que não fazem parte do sistema de seguros privados, cujo valor total em 2005 foi R\$ 296,4 bilhões (dos quais R\$ 106,9 bilhões pertencentes a entidades com patrocinadores privados), temos um valor total de ativos de R\$ 439,7 bilhões, correspondendo a 22,69% do PIB.⁶⁴

⁶³ Dados retirados do sítio www.fenaseg.org.br

⁶⁴ *idem*

TABELA 2

Ano	Prêmios Totais /PIB	Ano	Investimento /PIB
1995	2,53%	1995	2,66%
1996	2,87%	1996	2,62%
1997	2,87%	1997	2,81%
1998	2,86%	1998	3,29%
1999	2,90%	1999	3,89%
2000	2,98%	2000	4,09%
2001	3,14%	2001	4,59%
2002	3,16%	2002	5,10%
2003	3,29%	2003	5,94%
2004	3,38%	2004	6,53%
2005	3,39%	2005	7,40%

Fonte: Fenaseg: sítio da Fenaseg – www.fenaseg.org.br

Concluisse assim, que a breve descrição quantitativa da importância do setor de seguros, previdência complementar aberta e capitalização para a economia brasileira ilustra três pontos relevantes para reflexão.

O primeiro é a considerável contribuição do setor para o processo de modernização econômica que deve acompanhar o processo de desenvolvimento econômico e social, já em marcha no Brasil. A relevância do setor adquiriu mais peso, sobretudo, depois que os benefícios de uma estabilização da economia brasileira vieram gerar frutos de maior organização econômica e social.

O segundo é o papel crescente do setor como direcionador de uma parte dos fluxos de poupança privada para aplicações de longo prazo. Este papel aumenta na medida em que o próprio processo de alongamento dos prazos dos passivos públicos e privados ocorre como resultado da queda dos juros e da diminuição da volatilidade financeira que atingiu seu auge no período de alta inflação.

Dada a importância crescente que os recursos das provisões técnicas (reservas), e respectivos ativos garantidores, têm, como fração do estoque total de ativos financeiros, é necessária a devida atenção das autoridades para o pleno desenvolvimento do setor, que reclama, para tanto, um ambiente de estabilidade regulatória, segurança e tratamento fiscal estimulante à aquisição dos produtos, levando-se em consideração o caráter de poupança da maior parte dos prêmios e contribuições arrecadados.

O terceiro é a função social importante que representa a co-participação com o Estado no provimento de suas obrigações de seguridade social, saúde e previdência, reduzindo as pressões sobre o orçamento da União.

Estas e outras questões de caráter geral e específico demandam a atenção das autoridades para que o setor possa desempenhar, no processo de consolidação do crescimento

econômico que se projeta para os próximos anos, seu papel de contribuir para a distribuição dos frutos do progresso para um maior número de brasileiros.

CAPÍTULO IV - ELEMENTOS DO CONTRATO DE SEGURO

4.1 Antecedentes Históricos do Contrato

Contractus significa unir, contrair.

No Direito Romano não era o único termo utilizado para finalidades semelhantes. Convenção, de conventio, provém de cum venire, vir junto. E pacto, provém de pacis si – estar de acordo.

Como linguagem figurativa, podemos usar modernamente as expressões como sinônimos, embora somente o contrato tenha sentido técnico.

Convenção é termo mais genérico, aplicável a toda espécie de ato ou negócio bilateral.

O termo pacto fica reservado para cláusulas acessórias que aderem a uma convenção ou contrato, modificando seus efeitos naturais.

No Direito Romano primitivo, os contratos, como todos os atos jurídicos, tinham caráter rigoroso e sacramental. As formas deviam ser obedecidas, ainda que não expressassem exatamente a vontade das partes. Na época da Lei das XII Tábuas, a intenção das partes estava materializada nas palavras corretamente pronunciadas à vista dos interessados.

Quando da queda do domínio romano e sendo o Direito Germânico, um direito menos avançado e dominado pelo simbolismo, para se obrigar, havia a necessidade de um ritual. Esse procedimento simbólico conservou-se até a alta Idade Média.

As práticas medievais evoluem para transformar a stipulatio⁶⁵ romana no traditio cartae (carta de entrega), o que indica a entrega de um documento. A forma escrita passa, então, a ter predominância. A influência da igreja e o renascimento dos estudos romanos na Idade Média vieram enfatizar o sentido obrigatório do contrato.

⁶⁵ Foi a forma básica do contrato no Direito Romano, feita no formato de pergunta e resposta.

4.2 Breve evolução histórica do direito dos contratos

A análise da relação do direito com os contratos de seguro nos leva a percorrer um interessante histórico do direito dos contratos, imprescindível para compreender o significado e conteúdo atuais da teoria geral dos contratos estudada no Direito Civil.

No ano de 1804, ano da publicação do Código Civil francês identificamos um dos maiores marcos da teoria geral dos contratos.

Dentre as causas deste marco, encontramos concepções políticas e questionamentos sobre a relação entre Estado e Sociedade. O paradigma liberal sobre a relação entre Sociedade e Estado justifica-se como reação ao paradigma absolutista, modelo de um Estado sem limites no direito, autor de abusivas intervenções no setor privado. Ao lado desse modelo, a estrutura de classes (nobreza, clero, plebe) fornecia os elementos para a violenta reação que foi a Revolução Francesa, ou Revolução Burguesa, ainda no final do século XVIII.

É nesta transição entre o absolutismo e o liberalismo que se encontram as raízes de uma das mais fortes ideologias jurídicas do

Direito Civil: o liberalismo econômico, o individualismo, o voluntarismo.

A classe burguesa, classe econômica emergente, encontrava suas atividades negociais limitadas a institutos de origem feudal, com dificuldade para a livre circulação de riquezas e o livre acesso à aquisição de bens.

Para que esta classe expandisse suas atividades e, conseqüentemente, seu poder, era necessária uma nova forma de regramento das relações privadas.

Para a doutora em direito civil pela PUC de São Paulo, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, os belos ideais da Revolução Francesa, principalmente a igualdade e a liberdade, pois a "fraternidade" não trouxe, para o Direito Civil, reflexos jurídicos relevantes⁶⁶, foram incorporados ao discurso jurídico e fundamentaram dois importantíssimos princípios da teoria clássica dos contratos: a igualdade formal das partes contratantes e a liberdade de contratar (incluindo aí a liberdade contratual).

⁶⁶ A atual teoria geral dos contratos, 2004.

As reivindicações de que todos fossem iguais perante a lei e que todos fossem livres, atendiam às necessidades da burguesia no que tange ao acesso a qualquer forma de bens, inclusive aos que, historicamente, eram reservados à nobreza e ao clero.

Naquele contexto, o discurso era de que se todos fossem iguais perante a lei e livres entre si e perante o Estado, poderiam estabelecer relações jurídicas contratuais livremente, e o que fosse pactuado seria justo. Na expressão francesa: "qui dit contractuel dit juste"⁶⁷. A decorrência natural é o "pacta sunt servanda"⁶⁸. Se o contratado era justo (justiça decorrente da liberdade e da igualdade das partes), o pacto deveria ter força obrigatória. Contratado desta forma, com base na autonomia da vontade, nem ao Estado era permitido intervir no conteúdo da relação contratual, salvo raras exceções de ordem pública e contrariedade aos bons costumes.

São notórios os efeitos práticos da junção destes ingredientes. Com a liberdade de contratar e a igualdade formal, o contrato acabou, muitas vezes, sendo um instrumento de exploração do ser humano, com a chancela do direito.

⁶⁷ "Quem diz contratual, diz justo". Tradução livre

⁶⁸ "Os pactos devem ser cumpridos". Tradução livre

O fato é que tantos foram os abusos, que tanto liberalismo acabou gerando também uma reação. Aquele Estado mínimo liberal recebia demandas crescentes de intervenção nas relações privadas, com o objetivo de equilibrar as relações contratuais, estabelecer condições mínimas de igualdade entre as partes e proteger os que se obrigassem em condições de vulnerabilidade.

Surge, assim, o Estado Intervencionista, ou Estado do Bem-Estar Social, com funções de promoção impensáveis para o modelo liberal. Com a revolução industrial, a urbanização, a economia de massa e as guerras europeias, a intervenção do Estado nas relações contratuais era inevitável.

Esta intervenção pública nos contratos provocou forte reação dos civilistas clássicos, que denunciaram a publicização do direito civil, além da crise da autonomia da vontade e da crise do contrato.

Foi com este intervencionismo que novos ramos do Direito se destacaram do Direito Civil, como o Direito do Trabalho e o Direito do consumidor. Além disso, leis esparsas foram surgindo para regulamentar contratos de fortes efeitos sociais.

A descentralização do direito civil causou certo esvaziamento da teoria geral dos contratos, pois leis extravagantes traziam novas regras que excepcionavam o Direito Civil, formando-se micro-sistemas cujos fundamentos divergiam da doutrina liberal clássica.

A segunda guerra mundial⁶⁹ foi outro momento histórico que também refletiu na teoria geral dos contratos. Por conta dos abusos e dos atentados contra a dignidade da pessoa humana, uma nova luz acendeu-se para a teoria geral dos contratos. As constituições da época inseriram nos seus textos cláusulas gerais de proteção da dignidade da pessoa humana, com reflexo no direito dos contratos, falando-se de um abandono da ordem patrimonial e de uma repersonalização do Direito Civil. A preocupação era a valorização da pessoa humana, em sua dignidade existencial, devendo este aspecto preponderar sobre as questões de ordem patrimonial.

⁶⁹ (1939–1945) Conflito que causou mais vítimas em toda a história da Humanidade. As principais potências aliadas eram a China, a França, a Grã-Bretanha, a União Soviética e os Estados Unidos. O Brasil se integrou aos Aliados em agosto de 1942. A Alemanha, a Itália e o Japão, por sua vez, perfaziam as forças do Eixo. Muitos outros países participaram na guerra, quer porque se juntaram a um dos lados, quer porque foram invadidos, ou por haver participado de conflitos laterais. Em algumas nações (como a França e a Jugoslávia), a Segunda Guerra Mundial provocou confrontos internos entre partidários de lados distintos.

O líder alemão de origem austríaca Adolf Hitler, Führer do Terceiro Reich, pretendia criar uma "nova ordem" na Europa, baseada nos princípios nazistas que defendiam a superioridade germânica, na exclusão — e supostamente eliminação física incluída — de algumas minorias étnicas e religiosas, como os judeus e os ciganos, bem como deficientes físicos e homossexuais; na supressão das liberdades e dos direitos individuais e na perseguição de ideologias liberais, socialistas e comunistas. Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 representou, ao mesmo tempo, o intervencionismo público, a "socialização", a "publicização", a "despatrimonialização" e a "repersonalização" do direito civil.

4.3 Evolução da Teoria Contratual

A matéria contratos está inserida na Parte Especial do Novo Código Civil⁷⁰, no Livro I, destinado ao Direito das Obrigações, a partir do artigo 421, no Capítulo V destinado aos Contratos em Geral.

O Código Civil de 1916 retratava a ideologia dominante no Século XIX e tornara-se inadequado frente aos valores sociais, políticos, filosóficos e econômicos desenvolvidos desde meados do Século XX.

A constatação da disparidade entre a realidade econômica e a jurídica serve de incentivo à criação deste novo direito que estreita a distância e concilia o ordenamento às necessidades da sociedade que o mesmo regula.

⁷⁰ Lei nº 10.406, de 10/01/2002, que entrou em vigor em 11/01/2003.

Foi preciso repensar o direito privado, adequá-lo à nova realidade para proporcionar à sociedade relações ao mesmo tempo mais justas e suficientemente seguras, capazes de sustentar o progresso econômico e social, objetivo que de fato somente poderia ser alcançado por um sistema jurídico composto por Cláusulas Gerais, flexíveis e capazes de recepcionar a evolução do pensamento e do comportamento social.

Mas, o que são cláusulas gerais?

As Cláusulas Gerais importam em avançada técnica legislativa de enunciar, através de expressões semânticas relativamente vagas, princípios e máximas que compreendem e recepcionam a mais variada sorte de hipóteses concretas de condutas tipificáveis, já ocorrentes no presente ou ainda por se realizarem no futuro – são os chamados conceitos jurídicos indeterminados.

São normas jurídicas legisladas, incorporadoras de um princípio ético orientador do juiz na solução do caso concreto, autorizando-o a que estabeleça, de acordo com aquele princípio, a conduta que deveria ter sido adotada no caso. Exige, para tanto, um trabalho judicial prévio e criador da própria regra concreta do caso.

Vale dizer, ao juiz não é dado deixar de julgar determinada controvérsia que se apresenta a seu exame, sob alegação de que inexistente no ordenamento jurídico vigente norma que regula a questão, devendo, ainda, julgá-la com base numa norma pertencente ao sistema. Estamos diante do que Bobbio denominou de dogma da completude.⁷¹

Para Bobbio "completude" significa "falta de lacunas". Ou seja, será o ordenamento jurídico completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, isto é, não há caso que não possa ser regulado com norma pertencente ao sistema.⁷²

As cláusulas gerais, segundo as palavras de Gustavo Tepedino,⁷³ *“são normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação de demais disposições normativas.”*

⁷¹ Teoria do ordenamento jurídico. 10. ed. Brasília: UNB, 1982. p. 118.

⁷² idem, p. 113

⁷³ Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In: A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. XIX.

Constitui uma característica marcante do novo Código Civil, ao lado da unificação do direito das obrigações, a adoção das cláusulas gerais, ao lado da técnica regulamentar, como resultado de um processo de socialização das relações patrimoniais. Restou codificado, assim, a função social do contrato e da propriedade privada.

A adoção das cláusulas gerais, revelando uma atualização em termos de técnica legislativa, para Tepedino,⁷⁴ exige cuidado especial do intérprete, posto que por si só, não significam transformação qualitativa do ordenamento. Lembra Tepedino que o Código Comercial brasileiro de 1850 continha regra⁷⁵ determinando a aplicação da boa-fé objetiva, mas não chegou a jamais ser utilizada.

Um dos principais objetivos das cláusulas gerais é possibilitar a evolução do pensamento e do comportamento social, com segurança jurídica. Assim, somente com "flexibilização" e ao mesmo tempo "segurança" teremos um sistema eternamente em construção,

⁷⁴ Ob.cit. p. 18.

⁷⁵ Código Comercial (Lei 556 de 1850) Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; 2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; 3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato; 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; 5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.

conforme conclui Adriana Mello,⁷⁶ o que se dá com as cláusulas gerais.

Acerca, ainda, da conceituação das cláusulas gerais, vale a transcrição da lição de Judith Martins-Costa:⁷⁷

As cláusulas gerais, mais do que um "caso" da teoria do direito --- pois revolucionam a tradicional teoria das fontes (11) --- constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.

⁷⁶ A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo código civil brasileiro. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 16, mar./abr.2002, p. 142-59.

⁷⁷ O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Disponível em: Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, mai.2000. . Acesso em: 18 dez. 2008.

Com efeito, ainda na esteira do magistério de Judith Martins-Costa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, de forma proposital, uma linguagem de tessitura "aberta", "fluida" ou "vaga". Esta disposição é dirigida ao juiz que diante do caso concreto, cria, complementa ou desenvolve normas jurídicas, que poderá fazer uso de elementos que estejam fora do sistema, o que evidencia a importância da fundamentação das decisões.

Em estudo sobre o tema, a professora Judith⁷⁸ assevera que a vantagem das cláusulas gerais é exatamente a mobilidade proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da *fattispecie*⁷⁹ que contém, pelo que é afastado o risco do imobilismo porquanto é utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade.

Sendo assim, pode-se afirmar que a função precípua das cláusulas gerais é a de permitir, num sistema jurídico de direito escrito e fundado na separação das funções estatais, a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz. Tal função, em última análise, permite que o código acompanhe a velocidade das mudanças sociais que ocorrem no dia a dia.

⁷⁸ O Direito Privado como um "Sistema em Construção" – As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Revista dos Tribunais, ano 87, v. 753 - julho/1998, p. 29

⁷⁹ O conceito pressupõe a estruturação da norma jurídica como um tipo condicional *Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.*

Estes novos tipos de normas buscam a formulação de hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm intencionalmente significados abertos e vagos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados, tais como urgência, ordem pública, justo preço, calamidade pública, medidas adequadas ou proporcionais, necessidade pública, utilidade pública e interesse público.

Especificamente no que tange à Teoria Geral dos Contratos, a técnica legislativa de estipulação da cláusula geral foi manejada seguindo a tendência das modernas legislações ocidentais, justamente para limitar a autonomia das vontades na estipulação das obrigações contratuais, na produção do que se costumou conceituar como lei privada.

Esta exposição visa acentuar o debate sobre tema de relevantíssima importância para a compreensão de toda e qualquer relação contratual e que servirá de norte para as mais numerosas lides e pendências contratuais, que é o Declínio da Autonomia da Vontade como fonte originária do direito contratual e os Limites da Ingerência do Estado no Âmbito da Lei Privada.

Essa tendência do Estado Moderno teve reflexo no Código Civil⁸⁰. Note-se que a primeira e maior novidade desse novo compêndio foi a limitação da liberdade de Contratar pela chamada Função Social do Contrato, disposta no artigo 421, *in verbis*:

"Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."

Esse princípio tem o poder de impor condutas ou restringir a liberdade de auto-imposição de direitos e obrigações. Trata-se de nítida Norma Restritiva da Autonomia Contratual.

A segunda norma⁸¹ deste mesmo capítulo das Disposições Gerais obriga os contratantes a agir com Probidade e Boa-Fé. Confira-se: (*in verbis*)

"Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé."

⁸⁰ Lei nº 10.406, de 10/01/2002, que entrou em vigor em 11/01/2003

⁸¹ Idem

Nota-se, por isso, uma evidente intenção do sistema de abrandar a máxima Pacta Sunt Servanda (os contratos devem ser cumpridos), permitindo que permeiem o direito privado noções e valores tipicamente públicos: Dirigismo Estatal, Função Social, Publicização das Relações Privadas.

E essas mudanças se fizeram através de Cláusulas Gerais, que à primeira vista podem gerar uma certa insegurança e perplexidade, mas que podem perfeitamente conviver no sistema jurídico se respeitados os pilares da organização política, jurídica e econômica da sociedade.

4.4 O contrato de seguro: Garantia, Interesse, Risco, Prêmio e empresarialidade

O artigo 757 do Código Civil⁸² dispõe que: (*in verbis*)

“Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse

⁸² Ibidem

legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.”

A definição do contrato de seguro acolhida pela norma comentada é construída, segundo Ernesto Tzirulnik, Flávio Cavalcanti e Ayrton Pimentel⁸³, a partir de cinco elementos: garantia, interesse, risco, prêmio e empresarialidade.

Antes porém, do estudo dos elementos acima destacados, é importante salientar o alcance da alteração legislativa, lembrando o artigo correspondente no Código Civil de 1916⁸⁴, a saber: *(in verbis)*

“Art. 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.”

⁸³ O contrato de seguro: de acordo com o novo código civil brasileiro. 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003

⁸⁴ Lei 3.071 de 01 de janeiro de 1916.

Referido dispositivo firmava a idéia de indenização e bilateralidade estrita, frutos da concepção individualista daquele código, aliás, como já se viu.

O novo dispositivo, além de afastar o conceito de indenização como elemento essencial do contrato, como figurava no anterior e introduzir o conceito de interesse, acolhe uma visão moderna na qual os elementos garantia e empresarialidade compatibilizam a textura legal com a realidade econômica e técnica intrínseca ao negócio jurídico do seguro: a comutação entre os prêmios e garantia, e a imperiosa massificação de sua operação.

A garantia tem como objeto o legítimo interesse do segurado. Ao dizer que a garantia se reporta ao interesse, a norma se refere a uma relação juridicamente relevante, isto é, o interesse há de ser protegido pela ordem jurídica.

Pontes de Miranda, afirmando que a dicção atual do artigo 757 do Código Civil esclarece de vez a situação manifestou-se:

“O que se segura não é propriamente o bem, razão por que, nas expressões ‘seguro de bens’ ou ‘seguros de coisas’ e ‘seguro de responsabilidade’, há elipse. O

que se segura é o 'status quo' patrimonial ou do ser humano (acidentes, vida). Segura-se o interesse positivo como se segura o interesse negativo. Assim, há o seguro contra incêndio, o seguro de vida, o seguro de responsabilidade, que é o seguro para indenizar o que resulte de dívida ou obrigação que nasça ao segurado. O seguro feito pelo afretador ou pelo locatário da embarcação é seguro de responsabilidade”⁸⁵

Por sua vez, o interesse legítimo deve necessariamente se achar submetido a risco. Risco é a possibilidade de ocorrência de um evento predeterminado capaz de lesar o interesse garantido.

Para o seguro, o risco é apreendido em sua dimensão social, coletiva. Não se tomam em conta a incerteza e a insegurança estritamente individuais e sim a previsão, obtida por meio de estudos estatísticos e atuariais, de incidência do evento predeterminado capaz de lesar o interesse.

É aqui que os autores Ernesto Tzirulnik, Flávio Cavalcanti e Ayrton Pimentel defendem a relação entre a garantia e a comutatividade, afastando a idéia de que o contrato de seguro é aleatório.

⁸⁵ Tratado de direito privado – Parte especial, 3 ed. São Paulo: RT, 1984, vol. XLV, p. 275

“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 o prêmio (prestação) e a garantia (contraprestação).

Ao obter garantia do interesse para a hipótese de realização do risco predeterminado (sinistro), o segurado obtém uma vantagem ou atribuição patrimonial sem a qual permaneceria em estado potencial de dano.

É por isso que a garantia, como prestação devida pela seguradora, deve estar respaldada em provisões patrimoniais bastantes que, ausentes, caracterizariam inadimplemento independentemente da efetiva ocorrência de sinistros.”⁸⁶

Luigi Farenga, citado por Ernesto Tzirulnik., Flávio Cavalcanti e Ayrton Pimentel⁸⁷ sintetiza o assunto com grande precisão:

⁸⁶ O contrato de seguro: de acordo com o novo código civil brasileiro. 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

⁸⁷ Idem

“De outra parte, ainda que os intérpretes sejam tradicionalmente inclinados a definir o contrato de seguro como contrato aleatório, categoria esta diferenciada pela incerteza (alea), no momento da estipulação, sobre qual das partes virá a suportar o maior sacrifício ou qual terá maior vantagem, por conseguinte com um substancial desequilíbrio entre as prestações, na realidade, esta configuração não parece completamente satisfatória no que diz respeito à operação securitária. Não se pode falar, com efeito, de Alea na perspectiva do segurador, pois para este último, a ocorrência do sinistro, e a conseqüente obrigação de pagamento da indenização, constitui evento amplamente previsto e precisamente calculado com instrumentos atuariais. O que não se pode prever é ‘qual’ entre os riscos assegurados se realizará em sinistro a ser indenizado; mas a circunstância é absolutamente indiferente para o segurador. Não se pode falar de alea para o segurado, pois o eventual pagamento da indenização não significa uma vantagem, mas a simples reparação econômica de um dano inesperado. A não ocorrência do sinistro, não pode, igualmente, ser concebida como uma ‘perda’, significando a inutilidade do pagamento do prêmio. Também a garantia do futuro tem o seu custo: o segurado paga para encontrar tranqüilidade, não com a esperança de que ocorra o sinistro. (...) O segurador não arrisca nunca, porque os riscos são amortizados pela massa dos prêmios recolhidos e pelo cálculo segundo hipóteses atuariais. O prêmio pago pelo segurado, a seu turno, constitui o correspectivo

*necessário para sustentar os custos desta particular atividade empresarial, à medida que no benefício para o segurado é imediatamente perceptível mediante a segurança e tranquilidade no futuro que justificou um sacrifício econômico. Em conclusão, a colocação do contrato de seguro no âmbito dos contratos aleatórios somente tem significado se se considerar o contrato um contrato isolado e em relação a uma componente da prestação do segurador (pagamento da indenização, da renda ou do capital). Entretanto, uma vez que se identifique a função do contrato na neutralização do risco e se considere a operação isolada inserida numa massa de riscos homogêneos, o conceito da aleatoriedade perde grande parte de seu significado”.*⁸⁸

Ainda nessa esteira, assevera Humberto Theodoro Júnior⁸⁹, que o seguro, tal como é praticado em nosso tempo, deixou de ser contrato aleatório para ser tratado como negócio comutativo em que o segurador assume a obrigação de prestar garantia ao segurado mediante o pagamento de determinado preço, garantia essa que se apóia numa poupança programada e realizada com recursos captados junto a um grupo de participantes de cobertura similar proporcionada pelo mesmo segurador.

⁸⁸ FARENGA, Luigi. Diritto delle assicurazioni private. Turim: G. Giappichelli, 2001.

⁸⁹ O contrato de seguro e a regulação do sinistro. CD Magister n.º 20, abr. maio, 2008

“Se entre a eventual indenização no caso de sinistro e o prêmio pago não existe equivalência econômica, o certo é que nenhum contrato de seguro se pratica isoladamente, mas sempre dentro de um conjunto de operações, onde várias pessoas sujeitas ao mesmo risco integram um plano comum de cobertura. A seguradora, fundando-se nos princípios da mutualidade e da estatística atuarial, estipula prêmios que formam um capital capaz de cobrir os danos previsíveis e proporcionar-lhe um lucro para remunerar-lhe os serviços de gestão do fundo comum.

...

*Dentro desse esquema funcional, o contrato de seguro não pode ser analisado isoladamente, sob pena de desnaturá-lo em simples negócio de jogo ou aposta, aí sim negócio puramente aleatório. Uma vez, porém, inserido na mutualidade global do sistema, o seguro corresponde a uma atividade empresarial cujo exercício nada tem de aleatório e que se desenvolve técnica e profissionalmente em clima de comutatividade estabelecido à base da comunhão dos riscos e dos respectivos custos. Não há especulação sobre sorte ou azar. As prestações dos diversos participantes - segurador e segurados - aparecem de plano determinados, desde o momento da celebração do contrato.”*⁹⁰

⁹⁰ Idem

Calmon de Passos, citado pelo Ministro José Augusto Delgado⁹¹ muito bem demonstra a natureza jurídica da atividade securitária, destacando sua correlação com o terreno dos interesses coletivos e transindividuais:

"A doutrina contemporânea já precisou a natureza peculiar do contrato de seguro. É ele um contrato comutativo, em verdade um negócio jurídico coletivo, integrado pelos muitos atos individuais que aportam para o fundo comum os recursos tecnicamente exigidos para segurança de todos em relação às incertezas do futuro. A massa comum dos recursos financeiros a ninguém pertence, em termos de propriedade individual, sendo algo em aberto e permanentemente disponível para atender às necessidades que surjam e para cuja satisfação foi constituída".

O prêmio, por sua vez é a prestação essencial do segurado ou do estipulante. É o preço da garantia.

Esta conceituação reforça a teoria da garantia como elemento essencial do contrato, pois quem focar a indenização como elemento essencial do contrato e não a garantia, observará a desproporção

⁹¹ *Comentários ao novo Código Civil cit*, v. XI, t. I, p. 202.

entre a prestação ínfima - o prêmio e a outra gigantesca – a indenização, como assente está no ensinamento de Ernesto Tzirulnik, Flávio Cavalcanti e Ayrton Pimentel⁹².

Pelo estudo do risco deve-se alcançar um prêmio adequado para fazer frente aos eventos, o que somente será possível por meio da massificação e homogeneização do risco, o que dependerá da empresarialidade, outro elemento essencial do contrato.

A empresarialidade nada mais é do que a qualificação jurídica da seguradora, vislumbrada no parágrafo único do artigo 757 do Código Civil, ao exigir como parte “entidade para tal fim legalmente autorizada”.

“Outrossim, só pode atuar no mercado de seguro empresa autorizada pelo governo e que observe planos de seguridade previamente aprovados pelo órgão público competente.”⁹³

⁹² Ob. Cit., p. 38

⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato de seguro e a regulação do sinistro. CD Magister n.º 20, abr. maio, 2008.

A técnica securitária exige que as operações se processem de maneira empresarial. Citado por Ernesto Tzirulnik, Flávio Cavalcanti e Ayrton Pimentel⁹⁴, Cesare Vivante, já em 1885 reconhecia:

*“O seguro não se pode considerar atualmente como um negócio isolado, como no século passado, quando os comerciantes assumiam quaisquer riscos em busca da boa sorte, sem se dedicarem a uma atividade sistemática de seguros (...) No comércio de seguros hoje exercido, atuam exclusiva e sistematicamente por grandes empresas comerciais, com uma série contínua de negócios homogêneos. (...) Esta base econômica influi na construção jurídica das empresas e do contrato de seguro.”*⁹⁵

Assim é que as entidades seguradoras dependem de especial autorização estatal para que possam empreender atividade, afinal, são administradoras de fundos comuns ou fundos de poupança coletiva constituídos pela multidão de contribuições proporcionais (prêmio) prestados por cada uma das economias individuais (segurados, estipulantes) para um fim preciso.

Desta forma, a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, nos uso de suas atribuições legais resolveu por meio da

⁹⁴ Ob. Cit., p.39 e 40.

⁹⁵ Il contratto di assicurazione, Milão, 1885, vol. I, p. 76

resolução do Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP n.º 178, de 17 de dezembro de 2007, dispor regras mínimas sobre o capital mínimo para autorização e funcionamento das sociedades seguradoras no Brasil.

Nos termos da referida circular, capital mínimo é o montante de que uma seguradora deverá manter, a qualquer tempo, para poder operar.

O artigo 6º da abordada circular determina ainda que as sociedades seguradoras deverão apresentar, quando do encerramento de seus balancetes mensais, patrimônio líquido ajustado maior ou igual ao capital mínimo requerido.

A tabela 3 abaixo define os valores pertinentes ao capital base que é constituído do somatório da parcela fixa, correspondente à autorização para atuar com seguros de danos e de pessoas, e da parcela variável para operação nos mesmos ramos em cada uma das regiões do País.

A parcela fixa do capital base será de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais). A parcela variável do capital base será

determinada de acordo com a região em que a sociedade seguradora foi autorizada a operar, nos termos vistos a seguir na tabela.

Tabela 3
Parcela Variável por Região

Região	Estados	Parcela Variável
1.	AM, PA, AC, RR, AP, RO	R\$ 120.000,00
2.	PI, MA, CE	R\$ 120.000,00
3.	PE, RN, PB, AL	R\$ 180.000,00
4.	SE, BA	R\$ 180.000,00
5.	GO, DF, TO, MT, MS	R\$ 600.000,00
6.	RJ, ES, MG	R\$ 2.800.000,00
7.	SP	R\$ 8.800.000,00
8.	PR, SC, RS	R\$ 1.000.000,00
Observação: O capital base para operar em todo País é de R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais).		

Fonte: sítio da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP.
<http://www.susep.gov.br/principal.asp>

CAPÍTULO V - O TRATAMENTO LEGAL BRASILEIRO AOS CONTRATOS DE SEGURO: DECRETO LEI 73/66, CÓDIGO CIVIL DE 1916, CÓDIGO CIVIL DE 2002, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E PROJETO 3555/2004

Sendo um contrato típico na sistemática do direito pátrio, o contrato de seguro vinha definido no art. 1.432 do Código Civil de 1.916 como *"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"*.

Esta disciplina não difere materialmente da dada pelo Código de 2002, que, em seu art. 757, define este contrato como aquele pelo qual *"o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados"*.

Em ambos os casos encontramos os mesmos elementos: partes e objeto. Contudo, a nova redação apresenta uma técnica mais apurada já que evita utilizar-se do verbo "indenizar" que, no entendimento de Sílvio Venosa⁹⁶, é imprópria, pois envolve a idéia de

⁹⁶ Direito Civil volume III, Contratos em Espécie, ed. Atlas, 2ª edição, p. 367

inadimplemento de obrigação e culpa, quando, no contrato em questão, é contraprestação contratual.

No mais, o novo código alterou a conceituação e ao definir o instituto no artigo 757 privilegia a garantia do interesse segurável, em detrimento da simples indenização.

Ernesto Tzirulnik, Flávio Queiroz Cavalcanti e Ayrton Pimentel⁹⁷, como já asseverado, entendem que a nova codificação atribuiu ao contrato natureza comutativa, espancando de vez a concepção de que nas obrigações das seguradoras haveria álea.

Já na visão de Ricardo Bechara Santos⁹⁸, a nova codificação:

“(...) introduz um conceito unitário do contrato de seguro que serve tanto ao seguro de dano como ao seguro de pessoa, ao estabelecer que o seguro objetiva garantir um interesse legítimo do segurado contra riscos predeterminados no contrato, e não a indenizar prejuízos somente. É a adoção da teoria da

⁹⁷ O contrato de seguro: de acordo com o novo código civil brasileiro. 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

⁹⁸ Ricardo Bechara Santos – Guia Fenaseg – Novo Código Civil Brasileiro, pg. 16.

necessidade. Pois o traço comum entre os seguros é a satisfação de uma necessidade, concreta (seguros de danos) ou abstrata (seguro de pessoas), que obviamente não se cumpre em regra de forma primária (devolução da própria coisa roubada, destruída, etc), mas de forma secundária com o pagamento de uma indenização ou capital segurado previamente ajustado, em dinheiro, daí porque o seguro não encerra uma obrigação de fazer, mas genuinamente obrigação de dar, de pagar certa quantia em dinheiro.”

Fato é que o advento do Novo Código Civil – Lei 10.406, de 10.01.2002 – constituiu um grande momento para a sociedade brasileira e em particular para a atividade seguradora. O novo Código consolidou a legislação recente sobre a pessoa humana e a sociedade civil com a incorporação dos avanços conquistados pelo direito contemporâneo.

Miguel Reale⁹⁹, em condição particularmente privilegiada, designou o código como a Constituição do homem comum.

Para o setor de seguros o novo código representou fundamental repositório de normas regentes da atividade, que

⁹⁹ Jurista e filósofo – coordenador da comissão que elaborou o anteprojeto do Código Civil.

consubstanciam determinadas relações entre empresas e indivíduos, regulados, portanto, pelo direito privado, cuja fonte maior é o Código Civil.

Ao reger parte importante dessas relações, o novo código salvaguardou muitas das disposições ainda válidas do Código anterior, mas trouxe também inúmeros e relevantes inovações.

Reconheça-se que na redação das disposições referentes ao contrato de seguro, o legislador esmerou-se em compor conjunto coerente de normas, revestidas, quase sempre de rigor técnico. O respeito pela boa técnica, aliás, foi boa notícia em tempos em que o apelo emocional das situações e vicissitudes individuais seduz, fazendo-se esquecer dos fundamentos técnicos jurídicos do seguro.

Nesse contexto é importante lembrar que tratar o contrato de seguro como relação isolada, sem levar em conta o mutualismo e suas bases técnicas, com ênfase para a exigência de cálculo da taxa de prêmio a partir da estatística, só serve para enfraquecer o instituto e prejudicar muitos em benefícios de poucos.

A nosso ver, portanto, acertou o Código Civil de 2002 ao tratar o seguro a partir dos seus fundamentos e por manter a exigência da

mais estrita boa fé e veracidade dos contratantes na sua celebração. A nova lei, verdadeiramente, foi além, inovando ao requerer a boa fé em grau superlativo, não só na conclusão do contrato, mas também no que se refere à sua execução, artigo 765, *verbis*:

“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.”

Nada obstante, entendemos que as definições apresentadas no Código Civil de 1916 e no Código de 2002 para o contrato de seguro são genéricas, assim como todo o tratamento dado por estes diplomas legais ao instituto. Tendo em vista o imenso campo de abrangência dos seguros na sociedade hodierna e a rápida evolução das necessidades sociais, pensamos que o legislador preferiu deixar para a legislação extravagante a disciplina das diversas subespécies de seguro. Ao Código restou a disciplina geral deste contrato, que, pela sistemática brasileira, é unitário, embora integrado por espécies diferentes.¹⁰⁰

¹⁰⁰ LOUREIRO, Carlos André Guedes. Contrato de seguro. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003, disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3777>. Acesso em: 25 fev. 2007.

Como já se viu, a atividade securitária em nosso país acha-se sob o controle do Estado, através de seus órgãos competentes, tendo sido criado o Sistema Nacional de Seguros Privados, que foi regulamentado pelo Decreto Lei nº 073, de 21 de Novembro de 1966.

Este, por sua vez, regulamentou as operações de seguros e resseguros, conforme definido no art. 1º que diz que as operações de seguros privados feitas no país estão subordinadas ao mencionado Decreto-lei.

Citado decreto dispõe que compete ao Governo Federal a formulação da política dos seguros privados, bem como legislar sobre as normas e, igualmente, exercer a função fiscalizadora das operações no mercado nacional. Além disto, criou outras composições: Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP; Superintendência de Seguros Privados – SUSEP; Instituto de Resseguros do Brasil – IRB; Sociedades autorizadas a operar em seguros privados; corretores habilitados.

Esses órgãos regulam a atividade securitária no país, no sentido burocrático-administrativo, editando normas gerais de contabilidade e estatística a serem observadas pelas sociedades seguradoras, organizando seu funcionamento e fiscalizando suas atividades, disciplinando as operações, delimitando capitais, enfim,

tratam da área administrativa do seguro, cabendo à legislação pátria – Código Civil e Código de Defesa do Consumidor – a regulamentação jurídica dos contratos de seguro.

O conceito de consumidor está positivado na legislação consumerista, no art. 2º, que traz a seguinte redação: (*in verbis*)

"Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final"

O CDC utilizou a expressão "destinatário final" exatamente para delimitar aquele ou aqueles que adquirem ou utilizam serviço ou produto para si e não como intermediários.

O artigo 3º dispõe: (*in verbis*)

"fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou

comercialização de produtos ou prestação de serviços" (CDC, 2003, p. 470).

Para que haja a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de seguro, é preciso, primeiramente, que o segurado enquadre-se nos termos do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Deste modo, nota-se inicialmente que é equivocada a idéia de que alguém ou alguma empresa é, por excelência, fornecedora ou consumidora. Cada caso definirá a aplicabilidade ou não das normas contidas no Código de Defesa do Consumidor.

Na simples leitura do supra citado art. 3º, conclui-se que a seguradora é pessoa jurídica, podendo ser nacional ou mesmo estrangeira, e desenvolve atividade no mercado de consumo. Aliás, não deixando qualquer dúvida, o parágrafo 2º do artigo em estudo é claro ao enfatizar que a atividade securitária está incluída nas atividades abrangidas pelo CDC.

Assim, conclui-se que a relação jurídica firmada entre seguradora e segurado é uma relação jurídica de consumo, não olvidando, entretanto, o fato de que esta afirmação não tem por

consequência, a exclusão da incidência de outras normas. Este fato, portanto, cria a possibilidade de incidência cumulativa do Código de Defesa do Consumidor com outras normas aos contratos de seguro.

Este Código, de acordo com Flávio Queiroz¹⁰¹, ao tratar das práticas contratuais, dá a entender que os dispositivos protetores se aplicariam a todas as relações contratuais. Ainda segundo o mesmo autor, o critério adotado pelo CDC para trazer obrigações face ao consumidor não são as relações necessariamente contratuais. Basta tão somente a colocação de produtos ou serviços no mercado. E para um contrato de seguro se caracterizar como relação de consumo – ou melhor, para uma determinada situação advinda do contrato de seguro ser observada sob a ótica do CDC - deve necessariamente ser constatada uma das duas formas de dano causado ao segurado/consumidor: ou pelo vício do produto (do serviço) – ou seja, pelo não funcionamento adequado – ou pelo fato, que se caracteriza quando causar dano exterior ou simples não funcionamento. Quando uma dessas situações ocorrerem, aplicam-se as regras do CDC.

Um exemplo desse tipo de situação é o contrato de seguro que não fornece ao segurado qualquer garantia. Um contrato de seguro que seja desprovido de garantias naturalmente é um contrato com vício de serviço. Ocorrendo isso todas as implicações do CDC

¹⁰¹ QUEIROZ, Flávio. A prescrição da ação de seguro no Código de Defesa do Consumidor. In: CARNEIRO, Athos Gusmão. **Seguros: uma questão atual**. São Paulo: ed. Max Limonad, 2001, p.114.

vão incidir, tais como prazos de prescrição, declaração de nulidade de cláusulas, dentre outras.

Complementando o autor acima, Sanseverino¹⁰², leciona que enquanto os defeitos são falhas do produto ou do serviço que afetam a segurança legitimamente esperada pelo consumidor, causando-lhe danos pessoais ou patrimoniais, os vícios são falhas, ocultas ou aparentes, que afetam, via de regra, apenas o próprio produto ou serviço, tornando-os inadequados ao uso a que se destinam por não apresentarem a qualidade ou quantidade esperada pelo consumidor, inclusive por deficiência de informação.

Não se pode ignorar que o contrato de seguro é em sua maioria tipicamente de adesão, e por isso tem a fiscalização do Código de Defesa do Consumidor.

Apesar de o anterior Código nada mencionar, o atual Código Civil reserva um espaço para tratar especificamente dos contratos de adesão (artigos 423 e 424), ratificando em outras palavras o já contido no artigo 54 do CDC.

¹⁰² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor. São Paulo: Saraiva, 2002.

Por sua vez, o Projeto de Lei 3.555, de 2004, da autoria do Deputado José Eduardo Cardozo, que regulamenta as novas regras para o setor de seguros, surgiu da constatação por alguns de que há uma lacuna no ordenamento brasileiro não suprida pelo Código de Defesa do Consumidor e nem pelo novo Código Civil. No entanto, este projeto de lei é alvo de muitas críticas por parte do empresariado do setor, todas no sentido do excesso de regulação da proposta legislativa.

A crítica do empresariado nos remete a outra dúvida mais jurídica do que a insatisfação observada, ou seja, codificar ou não?

Tal discussão, segundo Flávio Tartuce¹⁰³, remonta aos embates entre Savigny e Thibaut, tendo o Direito Alemão feito a opção pela codificação, o que culminou com a promulgação do BGB alemão, código que inspirou muitos outros que surgiram.

Sem dúvidas que a codificação traz inúmeras vantagens, como a de facilitar a visualização dos institutos jurídicos, bem como a auto-suficiência legislativa. Mas também traz desvantagens, já que

¹⁰³ Tendências do Novo Direito Civil: Uma Codificação para o 3º Milênio. Compreendendo a Nova Codificação”, disponível em www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/tendencias_site.doc - acesso em 25.fev.2009.

muitas vezes, estático que é, não consegue o Código Civil acompanhar as alterações pelas quais passa a sociedade.

Isso faz com que, ao lado da codificação privada, apareça o que Tartucce define como um “*big bang legislativo*”, com o objetivo de suprir eventuais deficiências que emergem com o surgimento da codificação. O Direito Civil deixa de ser baseado só em uma lei codificada, mas em muitas outras leis específicas com aplicação a diversos setores da ordem privada.

Ricardo Luís Lorenzetti¹⁰⁴ afirma que “*os códigos perderam a sua centralidade, porquanto esta se desloca progressivamente. O Código é substituído pela constitucionalização do Direito Civil, e o ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais*”.

Segundo Tartuce, a tendência de codificação encontra fundamento no Direito Romano, sobretudo no “*Corpus Iuris Civile*”, ponto inicial para todas as ordenações ibéricas. Houve, na realidade, um ressurgimento dessa tendência de codificação, a partir do período napoleônico, o que foi seguido por vários países da Europa, adeptos do sistema da “*Civil Law*”.

¹⁰⁴ Fundamentos do Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1ª Edição, 1998, p. 45.

Nosso País trilhou esse mesmo caminho, com a promulgação do primeiro Código Civil no ano de 1916, tendo como principal idealizador Clóvis Bevilacqua.

Muitas vezes, percebe-se na doutrina uma crítica em relação à codificação, tida como insuficiente e inapropriada para acompanhar as mudanças pelas quais passa a sociedade. O próprio Ricardo Lorenzetti¹⁰⁵ aponta que *“a noção de cidadão, de origem francesa, surge para suprimir desigualdades provenientes da distinção entre a realeza e as classes inferiores. Esta noção abstrata serviu para regular as relações privadas com igualdade. O Código já não cumpre essa função. O cidadão, quando compra, é regido pelas leis de consumo, que diferem do Código. Se trabalha, pelas leis trabalhistas; se comercializa, pelas leis comerciais. Ao vincular-se ao Estado, pelo Direito Administrativo”*.

Afastando tal crítica, Renan Lotufo¹⁰⁶ ensina que Natalino Irti escreveu, no ano de 1975, obra em que *“sustentava que se encerrara a época da Codificação, pois o Direito Civil tinha deixado de ter como centro o Código para ter como centro a Constituição. Era exatamente o princípio daquilo que chamamos e ensinamos como Direito Civil*

¹⁰⁵ *Ob., cit., p. 53*

¹⁰⁶ Da oportunidade da codificação civil. In Novo Código Civil. Aspectos Relevantes. Revista dos Advogados da Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXII, nº 68, dezembro/2002, p. 21.

Constitucional”. Mais à frente, rebatendo tal posicionamento, conclui o professor:

“Não há como negar a importância do Código na vida do cidadão comum, pois só ele, na condição de lei ordinária, será capaz de dar efetividade às regras consubstanciadas na Constituição Democrática. Isso faz com que as conclusões de Natalino Irti percam o objeto, o que não é novidade, pois desenvolvidas em época e circunstâncias legislativas totalmente diversas da de hoje, o que talvez não tenha sido relativizado por seus leitores, hoje críticos do Projeto de Código”.

Finalizando a demonstração da controvérsia, já que não é objeto deste trabalho, trazemos Gustavo Tepedino¹⁰⁷, em comentários ao Código Civil de 2002, que abaixo transcrevemos:

“Esta louvável mudança de perspectiva que se alastra no espírito dos civilistas, não há de ser confundida, contudo, com uma postura passiva servil à nova ordem codificada. Ao revés, parece indispensável manter-se um comportamento atento e permanentemente crítico em face do Código Civil para que, procurando lhe conferir a máxima eficácia social,

¹⁰⁷ Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. RJ-SP: Editora Renovar, 2ª Edição revista, 2003, p. XV.

não se percam de vista os valores consagrados no ordenamento civil-constitucional”

A questão é que independentemente da crítica a favor ou não da codificação, o Projeto de Lei tramita no congresso nacional e conta com a colaboração de diversos juristas brasileiros e estrangeiros, entre ao quais Judith Martins Costa, Ministro Athos Gusmão Carneiros, Donaldo Armelin, Humberto Theodoro Júnior, Antônio Carlos Marcato, Fabio Ulhoa Coelho, Ministro Antonio Herman Benjamin, Ministro Eduardo Ribeiro, Vera Helana de Mello Franco, Pedro Calmon Filho. Entre os estrangeiros, Ruben Stiglitz (Argentina), Hubert Groutel e Luc Mayaux (França), Alberto Monti, Luigi Farenga e Aurélio Donato Candian (Itália), Bernard Dubuisson e Vicent Callewart (Bélgica), Luis de ângulo Rodriguez, Maria Luísa Muñoz Paredes, José Luiz Sanchez Belda e José Maria Muñoz Paredes (Espanha).

A justificativa pode ser traduzida nas palavras do Ministro Castro Filho¹⁰⁸, do Superior Tribunal de Justiça, durante palestra conferida em 2007, referindo-se ao PL 3.555/2004:

“Seria de conveniência que houvesse um avanço maior. Seria necessário que o Código viesse mais

¹⁰⁸ Seguros e Previdência - 1º Congresso Brasileiro de Seguros e Previdência. Ed. Juruá, 2008, pp. 190-1.

ajustado aos nossos anseios, não da modernidade só, mas até da pós modernidade. Como não o fez, houve a intenção de aprovar uma lei, ampla, abrangente, que pudesse realmente regular, disciplinar a matéria no Brasil. (...) Parece que o projeto era bom, talvez merecendo, quem sabe, algum reparo, mas, no geral, um projeto bom.”

Ernesto Tzirulnik, presidente do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro é mais enfático e no artigo denominado “Uma legislação para os contratos de seguro”, publicado no Jornal Valor Econômico de 31 de julho de 2007, assevera que a última década do século XX foi marcada por uma fúria anti-Estado e anti-regulação que varreu vários países - inclusive o Brasil, fazendo-se necessário mudar o estatuto e os resquícios sobreviventes do modelo nacional-desenvolvimentista e os excessos regulatórios das economias autarquizadas.

Com o passar do tempo e à luz da experiência, segundo Tzirulnik, se reconheceu que, mesmo na era do capitalismo global, são necessárias regulações públicas para que os mercados possam funcionar sem o “*temor de canibalizações disfuncionais das economias.*”

Afirma ainda que a primeira década do século XXI é marcada por uma consistente afirmação do papel regulador do Estado e, no plano global, pelo papel crescentemente regulador dos organismos multilaterais.

Sustenta Ernesto Tzirulnik que: *“no rastro da crise das hipotecas nos Estados Unidos, vários economistas de todas as tendências, inclusive os liberais, reclamaram a ausência de um marco regulatório eficaz para o sistema financeiro daquele país. Muitos chegaram a sugerir que a crise jamais teria ocorrido no Brasil por estar protegido com um bom sistema regulador do mercado financeiro. Seguindo a velha sabedoria, é preciso reconhecer que a virtude está no meio termo e no bom senso: se o excesso regulatório é paralisante, sua falta pode conduzir a desastres.”*

Com este entedimento, Tzirulnik, afirma no mesmo artigo: *“que um importante mercado brasileiro carece de uma regulação mais consistente para definir as relações contratantes que lhes são inerentes. Trata-se do mercado de seguros. O Projeto de Lei nº 3.555, de 2004, de autoria do deputado José Eduardo Cardoso (PT-SP), visa exatamente suprir essa carência normativa dos contratos de seguros.”*

A estimativa de Tzirulnik é que, cerca de 400 milhões de contratos de seguros são comercializados todo ano, tratando-se, portanto de um gigantesco mercado que envolve valores de boa parcela do PIB brasileiro, aliás o que já restou demonstrado neste trabalho.

Segundo Ernesto Tzirulnik, a professora Judith Martins-Costa, argumenta que a aprovação do projeto *"constitui um importante passo na atualização do direito de seguros no Brasil"*. Enquanto que outros juristas brasileiros e estrangeiros, pensam que sua aprovação dotaria o país com uma das mais modernas leis de contratos de seguros da atualidade.

Ernesto finaliza seu apoio destacando aspecto relevante da aprovação de uma lei de contratos de seguro que diz respeito ao fato de que o próprio Poder Judiciário seria desafogado de milhares de processos anuais causados pelos abusos e pela falta de regulação nas relações entre segurador e segurado, pois acabaria com algumas brechas que conclama para o litígio e ao consignar de forma clara os direitos dos segurados, que não estão previstos ou estão previstos de forma insuficiente no Código de Defesa do Consumidor ou em outras leis, inibe abusos, moderniza e torna mais transparentes as relações de um mercado que é a cada dia mais abrangente e mais complexo.

CAPÍTULO VI - O CÓDIGO CIVIL DE 2002: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E FILOSÓFICA. O CULTURALISMO DE REALE COMO FONTE INSPIRADORA DO CC/02. A NOVA ORDEM CONTRATUAL E SUA REPERCURSÃO NOS CONTRATOS DE SEGURO

Fomentador da doutrina culturalista no Brasil, em conjunto com Tobias Barreto¹⁰⁹, Miguel Reale, nascido em São Bento do Sapucaí, 6 de novembro de 1910 e falecido em São Paulo, 14 de abril de 2006, pregava que todas as ciências deveriam estar em conexão com a Filosofia, qualquer ramo do conhecimento deveria beber do espírito filosófico para real compreensão do seu objeto de estudo.

Assim, entende-se por culturalismo a abordagem da cultura de um ponto de vista filosófico. O culturalismo renega a abordagem puramente sociológica da cultura¹¹⁰. A Sociologia não fica excluída, porém a Filosofia assume papel relevante em sua teoria.

¹⁰⁹ Filósofo, poeta, crítico e jurista brasileiro e fervoroso integrante da Escola do Recife (movimento filosófico de grande força calcado no monismo e evolucionismo europeu). Foi o fundador do condoreirismo brasileiro e patrono da cadeira nº 38 da Academia Brasileira de Letras

¹¹⁰ Experiência e Cultura disponível em: <http://www.trigueiros.com.br/filosofia/reale.htm>. acesso em 27.fevereiro.2009.

Na Antiguidade Clássica, a doutrina filosófica assumia uma conotação abstrata. Ao se debruçar sobre assuntos mais teóricos, Platão e Aristóteles, representantes da Filosofia Grega Clássica, fizeram perdurar por anos seus postulados, permanecendo atuais nos dias de hoje mesmo após dois mil anos.

Já na Filosofia Moderna prevalecem os estudos sobre problemas práticos. Há a preocupação de resolução dos problemas sociais nos campos da política e da economia. Percebe-se um verdadeiro empirismo nos estudos filosóficos.

Reale lastreou sua doutrina mesclando os aspectos teóricos e a *práxis*, procurando solucionar as aporias da sociedade, principalmente no campo jurídico, não olvidando de uma filosofia atemporal.

Ao ver de Reale, cultura “é o conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar-se a si mesmo”¹¹¹.

¹¹¹ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 2000. p.25.

Neste conceito dois elementos são de fundamental relevância: homem e natureza. Esta “significa o que é inato ao homem (natureza humana), e também o que existe fora dele sem sua intervenção (natureza física)”¹¹². O ser humano com intuito de realizar algo percebe o objeto natural e através da razão o modifica, destinando este novo objeto, o “construído”, com a finalidade de satisfazer determinada necessidade, surgindo, pois, o objeto cultural.

Nesta relação, homem e natureza, há de inserir o fator experiência. No dizer BRUGGER, ela “designa, de modo ordinário o conhecimento obtido pelo convívio reiterado com os homens e coisas, em oposição ao saber adquirido nos livros”¹¹³. Conforme Miguel Reale é através dela que o homem conhece a natureza, elimina as obscuridades, podendo assim fazer o juízo de valor do “dado” para concretização de seus interesses.

Fiel ao pensamento, no primeiro parágrafo do seu livro Teoria do Direito e do Estado, Miguel Reale expõe resumidamente seu entendimento sobre o Direito e o Estado. Transcrevemos:

¹¹² BRUGGER, Walter. Dicionário de Filosofia, Trad. Portuguesa de Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Herder, p. 146.

¹¹³ BRUGGER, Walter. Ob. cit., p. 226.

“Entre o exagero daqueles que confundem o Estado com a própria realidade social, e nos apresentam o Direito como um simples tegumento das relações de convivência, e o exagero daqueles que fazem abstração da sociedade, para só apreciar o mundo jurídico como um mundo puro de normas, há uma posição de justo equilíbrio, a que se prende a doutrina culturalista do Estado e do Direito”¹¹⁴.

Duguit, Ehrlich, Ferri e Gurvitch, da mesma forma não concebiam o direito como simples complexo sistematizado de normas, entendiam que o direito era um fenômeno social que se filiava à sociologia. Entendiam até que o direito tinha autonomia, porém o estudo do direito sem uma infra-estrutura sociológica desvirtuaria o sentido da Ciência Jurídica. Era impossível a compreensão da norma fracionada do seu germe criador.

Para Reale, “O direito é, antes de mais nada, fato social, realidade psicossocial em perene transformação, e as normas não subsistem, nem são possíveis, sem a realidade de que resultam como conclusões necessárias que impõem a todos, tanto aos governantes como aos governados”¹¹⁵.

¹¹⁴ Reale, Miguel. Teoria do Direito e do Estado. Ed Saraiva 4ªed. São Paulo, 1984. p. 3

¹¹⁵ Ob. cit., p. 5

Percebendo-se que o Código de Beviláqua já perdurava por quase um século regendo as relações privadas dos cidadãos, e sentido-se a necessidade de atualizá-lo em decorrência das profundas alterações vivenciadas pela sociedade, Reale foi convidado para supervisionar a comissão elaboradora do Código Civil brasileiro de 2002.

De início, ao esclarecer sobre a necessidade da revisão do antigo Código, reafirmou sua teoria¹¹⁶:

Não é menos verdade, porém, que o nosso tempo se mostra mais propício a vislumbrar as linhas do futuro do que o de CLÓVIS, quando ainda o planeta não fora sacudido pela tormenta de duas guerras universais e pelo impacto dos conflitos ideológicos. Muito embora sejamos partícipes de uma “sociedade em mudança”, já fizemos, no Brasil, a nossa opção pelo sistema e o estilo de vida mais condizentes com as nossas aspirações e os valores de nossa formação histórica. Se reconhecemos os imperativos de uma Democracia Social, repudiamos todas as formas de coletivismo ou estatismo absorventes e totalitários. Essa firme diretriz não só nos oferece condições adequadas à colocação dos problemas básicos de nossa vida civil,

¹¹⁶ REALE, Miguel. Visão geral do projeto de código civil. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 752, jun. 1998, p. 22-30.

como nos impõe o dever de assegurar, nesse sentido, a linha de nosso desenvolvimento.

Superado de vez o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do Código vigente, reconhecendo-se cada vez mais que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação, não pode ser julgada temerária, mas antes urgente e indispensável, a renovação dos códigos atuais, como uma das mais nobres e corajosas metas de governo.

Miguel Reale defende assim, que a socialização do Direito é uma das grandes contribuições da nova codificação. Esta socialização faz parte do culturalismo de Reale que pode ser facilmente observado em suas obras, com destaque para “Cinco Temas do Culturalismo”, Editora Saraiva e inclusive nos seus artigos publicados, em especial o denominado “Visão sobre a amizade”, datado de 8 de julho de 2000, sendo oportuno o destaque de alguns trechos:

Nada mais desolador do que o indivíduo isolado, sem laços que o prendam aos demais componentes da sociedade. São conhecidos os versos de John Donne

quando nos ensina que "nenhum homem é uma ilha", acrescentando que "não cabe indagar por quem os sinos dobram".

E, no entanto, a cidade grande é um fator de insulamento, sendo raros os que sabem o nome de seus vizinhos. O telefone celular parece que surge, felizmente, como um meio poderoso de fácil comunicação e presença, encurtando as distâncias, o que constitui um valor inestimável.

A escola da amizade, que é a virtude mais próxima do amor, talvez possa ser o caminho mais adequado ao superamento da onda de violência que nos aterroriza. Um caminho e um ensinamento, visto como a amizade situa dois seres em uma linha comum de intersubjetividade, de troca de interesses e de comunhão de afetos.

Não é preciso nos perdermos na utopia - talvez esta seja essencial ao aperfeiçoamento ético e cívico do ser humano - para reconhecermos que a verdadeira democracia, mais do que uma aspiração de cidadania, deve ser um imperativo da amizade.

Essa consciência amistosa do convívio social não deve ser esquecida quando nos pomos a meditar sobre as condições ou pressupostos de uma sociedade na qual prevaleça a paz, e não a guerra, a agressão que é própria dos que só cuidam de si e dos próprios interesses, tratando como resto os demais

membros da coletividade. Essa atitude inimistosa já representa um ato de agressão, levando a converter a pessoa humana em mero instrumento para consecução de egoísticos desígnios.

Como se vê, a amizade deve ser considerada o elemento essencial de conexão da convivência, implicando o que Adam Smith denominou a "ética da simpatia", da compreensão de que o outro é o complemento indispensável de nossa própria personalidade.

...

Assim, é que após germinar no Congresso Nacional desde o ano de 1975, mesmo sob críticas, enfim entra em vigor o Novo Código Civil, com a pretensão de entre outras: manter a estrutura do Código revogado; preservar sempre que possível a sua redação; atualizá-lo para superar os pressupostos individualistas que o moveram, além de introduzir novos institutos jurídicos, exigidos pela sociedade.

Em que pesem as discussões doutrinárias, o mais importante a ser frisado é que o Código Civil de 2002, ao adotar como seus pilares de sustentação os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade, resgatou a importância da Ética nas relações privadas,

algo que havia sido relegado a um plano secundário na antiga codificação.

O princípio da eticidade tem por escopo valorizar o ser humano na sociedade, o que se dá mediante a efetivação dos princípios constitucionais, mormente o da dignidade da pessoa humana.

Alexandre dos Santos Cunha¹¹⁷ defende que referido princípio, apesar de inserido na Constituição Federal, é, pela sua origem e pela sua concretização, um instituto de direito privado.

Carlyle Popp¹¹⁸ enfatiza que a dignidade da pessoa humana "significa a superioridade do homem sobre todas as demais coisas que o cercam; é o homem como protagonista da vida social. Representa, então, a subordinação do objeto ao sujeito de direito".

A valorização do ser humano se dá na medida em que a confiança e a lealdade passam a ser imperativos das relações

¹¹⁷ Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). A reconstrução do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 260.

¹¹⁸ O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial – a proteção contratual no direito brasileiro" *in* Direito Civil Constitucional, cadernos I, São Paulo: Max Limonad, 1999, p.153

privadas, bem como pelo fato de o julgador ter maior poder na busca da solução mais justa e eqüitativa para os casos concretos que lhe são submetidos, mediante análise subjetiva da questão. Isso implica, em última análise, no afastamento do formalismo jurídico reinante durante a vigência da codificação anterior.

Miguel Reale, definidor do Código Civil como "a constituição do homem comum", pondera que o princípio da eticidade afasta o excessivo rigorismo formal ao conferir ao juiz "não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos".

O Ministro José Augusto Delgado aduz que "interpretar as regras do Código Civil com base em princípios éticos é contribuir para que a idéia de justiça aplicada concretamente torne-se realidade, o que é anseio de todos os cidadãos."

O princípio da socialidade, por sua vez, como bem assevera Judith Martins-Costa¹¹⁹, guarda íntima relação com o princípio da eticidade, sendo certo que a distinção feita entre eles é meramente metodológica. Isso porque as regras dotadas de conteúdo social são

¹¹⁹ O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 753, jul. 1998, p. 26.

fundamentalmente éticas e as normas éticas têm afinidade com a socialidade.

Antonio Jeová Santos¹²⁰ diz que a preocupação do legislador do Código Civil vigente foi regular os interesses do "homem situado" e não mais do "homem isolado" como fazia a codificação anterior, na medida em que a vida de relação exige que o homem se projete no mundo e dele participe não como mero espectador, mas como alguém que interfira no resultado. Dessa forma, a finalidade do princípio da socialidade é afastar a mera aplicação do Direito Civil às relações dos particulares, eis que esses vínculos, em diversas oportunidades, podem interessar à sociedade como um todo, autorizando, por conseguinte, a intervenção estatal. Em suma: o princípio da socialidade objetiva afastar a visão individualista, egoística e privatista do Código Civil de 1916.

Por derradeiro, o princípio da operabilidade objetivou a facilitação da aplicação do novo Código Civil, ao afastar a idéia de completude da codificação anterior, e disciplinou a possibilidade de se recorrer a elementos exteriores para se atingir a Justiça, o que se dá, precipuamente, por meio das cláusulas gerais.

¹²⁰ Direito intertemporal e o Novo Código Civil. 2ª edição. 2004. Revista dos Tribunais, São Paulo.

Observa Antonio Jeová Santos que o Código Civil de 2002 pretendeu se livrar do rótulo das "leis que não pegam", que são aquelas que não foram promulgadas para o mundo real, "mas para a satisfação de algum parlamentar que quis engrossar o seu currículo com o patrocínio de mais uma lei".¹²¹

Nesse contexto, José Augusto Delgado diz que, com a entrada do novo Código Civil em vigor, as normas passaram não apenas a existir, mas também a serem válidas, eficazes e efetivas, já que o poder conferido aos juízes teve por escopo além de garantir a busca da solução mais justa para o caso concreto, conferir maior executividade às sentenças e decisões judiciais.

Bem se vê, pois, que a busca pela Justiça por meio do equilíbrio entre os interesses dos indivíduos e da sociedade é a marca fundamental do Código Civil de 2002, o que representa avanço significativo na integração necessária entre Ética e Direito.

6.1 Constitucionalização e Interdisciplinaridade

Em que pese o respeito ao entendimento de Reale quanto a idéia da codificação, temos que esta idéia de completude, como

¹²¹ Idem

virtude inerente às codificações em geral, mostrou-se uma inviabilidade histórica. Sabe-se que a era das codificações, que sucedeu à queda dos regimes ditatoriais na Europa, assinala uma evolução no campo da técnica jurídica, pois representa uma forma de delimitação de poder. Apesar disso, as codificações, irrompidas no Século XIX, no afã de impedir o retorno ao regime absolutista culminaram por impregnar os sistemas ocidentais de preceitos, regras e instrumentos que hoje não têm o menor sentido e aplicabilidade prática, embora assimilados por boa parte da cultura jurídica.

O Código Austríaco, por exemplo, produzido também no Século XIX, vedava a interpretação não literal de seus enunciados, mostrando-se coerente com a legislação de 1804, informada pela regra *in claris cessat interpretatio*. Um e outro Código pretendiam-se auto-suficientes e centro regulador da vida do ser humano, razão por que valorizaram sobretudo a liberdade, a literalidade e o formalismo. Nesse modelo legislativo egocêntrico, idéias como a da autonomia da vontade e a da propriedade absoluta são erigidas ao estado de princípios do direito privado e, em nome de uma suposta igualdade entre os homens e de uma pretensa segurança nas relações jurídicas, toleram-se situações iníquas.

Como vimos, até pouco tempo atrás vigia entre nós o Código Civil publicado em 1916 e elaborado nos estertores do Século XIX. Poucos estatutos jurídicos, é bem verdade, gozaram de vida tão

longeva, a ponto de assistirem a duas viradas de século. Mas, concebido numa época em que o liberalismo, embora deformado, lavrava infrene na cultura latino-americana, o Código de 1916 foi abeberar-se no modelo napoleônico, centrado no paradigma da completude, segurança jurídica e exegese estreita. Decorrencia disso é que uma abordagem precipitada do sistema civil positivo fez-nos crer no Código como centro do sistema privado, ao redor do qual gravitariam outras normas jurídicas só aplicáveis nos casos de lacuna ou antinomia. Logo, a idéia de que o contrato *faz lei entre as partes* ou o aforismo de que *o combinado não é caro*, levados à condição de dogma, faziam parte do universo cultural de não escassas obras de Direito Civil.

A noção do Código como centro nevrálgico do Direito Civil começa a ruir nos anos trinta, quando vêm à baila as teorias da constitucionalização e da publicização do direito privado e, mais recentemente, com o estudo interdisciplinar, multidisciplinar e transdisciplinar dos ramos científicos. Sob essas novas angulações, capta-se o direito privado a partir da ótica constitucional, entendida a Constituição como fator aglutinador da sociedade, a cujos objetivos, fundamentos e princípios preside. Antes, o texto só era chamado em situações especiais; agora, figura como fundamento material do direito privado.

O Direito Civil deixou de constituir um sistema fechado e agora interroga outras disciplinas, mesmo metajurídicas, para oferecer a melhor solução ao caso concreto. Exemplo palpitante encontra-se no biodireito, em que o jurista é obrigado a socorrer-se do biólogo para solucionar o problema do embrião e das células-tronco. No futuro, as relações entre direito e biologia tornar-se-ão ainda mais estreitas, na medida em que o ser humano se aproxima da clonagem de si mesmo, evento do qual não se está muito distante, pois a especulação científica jamais reverenciou a ética.

Assiste-se ao fenômeno da repersonalização do Direito Civil. O sujeito, não o patrimônio, passa a ser o centro de preocupação e o fator de interesse da norma privada. Disso decorre que a abordagem do direito privado, especialmente no tocante aos contratos, mas sem excluir a propriedade e a família, não pode ver o Código como uma ilha, mas como parte integrante de um sistema complexo, presidido por uma base comum.

Logo, discorrer sobre os contratos é tarefa a ser empreendida à luz da Constituição da República e de alguns outros sistemas, como o consumerista. Não quer isso dizer tenha o Direito Civil deixado seu sítio natural, o direito privado. Na verdade, a própria dicotomia direito público/direito privado é que está em questão. Mas não há que se negar, nos tempos atuais, o contrato, visto desde a concepção oitocentista até agora, vem ganhando uma conotação cada vez mais

publicista. Sua principiologia, seus contornos, limites e conteúdo ora se abeberam em dispositivos privados ora vão socorrer-se da norma de direito público. Cuida-se de uma simbiose característica dos sistemas jurídicos contemporâneos.

6.2 Os princípios

Um dos maiores entraves ao discorrer sobre princípios repousa em precisar-lhes antes o significado. Afinal, o que se deve entender com o vocábulo princípio? No sentido vulgar, sabe-se que o princípio é um ponto de partida, um começo, o primeiro momento da existência de algo ou de uma ação ou processo. Esse o significado que lhe atribui a boa filologia¹²². Segundo a conhecida conceituação de MIGUEL REALE, princípios são verdades fundamentais que servem de suporte ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos¹²³. Em idêntico senso posiciona-se JOSÉ CRETELLA NETTO, para quem os princípios são proposições básicas, fundamentais e típicas, as quais *condicionam as estruturas e desenvolvimentos subseqüentes de uma ciência*¹²⁴.

¹²² Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2299

¹²³ Filosofia do Direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 54.

¹²⁴ Fundamentos Principiológicos do Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 4

Percebe-se do ensinamento dos doutos certa comunalidade com a noção vulgar de princípio, significando como ponto de partida. Nesse sentido, o princípio jurídico é ponto de partida porque é a chave para conhecer, interpretar e aplicar um dado comando jurídico. Parte-se do princípio como substrato lógico-fundante de uma proposição jurídica. Assim é que a propriedade só se justifica e legitima se conforme ao princípio da função social; a adoção só é concedida se trazer reais vantagens ao menor e o contrato só é válido se não violar a boa-fé e probidade. Todas as regras jurídicas *de lege lata* e *de lege ferenda* deverão guardar obediência a esses cânones. Vale dizer, nenhuma lei permitirá a ociosidade das terras (violaria o princípio da função social da propriedade); nenhum juiz dará adoção a quem não for capaz de suportá-la (violaria o princípio da real vantagem ao menor); nenhum segurado aumentará o risco sobre a coisa sem comunicar o segurador (violaria o princípio da boa-fé e probidade).

Por isso os princípios fundam o ordenamento. Conhecê-los é penetrar o âmago da realidade jurídica. Toda sociedade politicamente organizada baseia-se numa tábua principiológica, que varia segundo se altera e evolui a cultura e modo de pensar. Entre nós, o respeito à vida é princípio; em certas nações, admite-se a pena de morte mesmo em tempo de paz. Os princípios podem não ser os mesmos entre os vários povos, mas o que os torna fundantes é o fato de terem sido galgados à condição de cânone escrito pelos representantes da

nação ou de regra costumeira à qual democraticamente aderiu o povo.

Uma questão que tem suscitado algum debate no campo da hermenêutica reside na posição ocupada pelos princípios no sistema jurídico. Segundo o art. 4º. da Lei de Introdução ao Código Civil, *quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito*. As várias obras sobre o assunto inserem o dispositivo no âmbito das lacunas do Direito, o que pode levar à conclusão de que sua aplicabilidade é acessória, supletiva ou residual, só incidindo onde a norma positiva não incidisse.

Será isso verdadeiro? De modo algum.

A impropriamente chamada Lei de Introdução ao Código Civil, concebida ainda nos anos quarenta, tem pendores nitidamente kelsenianos e está assentada no terreno do direito como norma positivada. Sob esta visão, os princípios seriam, de fato, supletivos apenas, pois, para a conhecida arquitetura do jurista austríaco, norma é a que está positivada. Como os princípios não são normas no sentido técnico, senão enunciados gerais, jazem dormentes até serem chamados a decidir um caso lacunoso. Essa visão, contudo, já não se sustenta.

Superada essa fase, os princípios passam a ser encarados como verdadeiras regras jurídicas, comandos impositivos, normas cogentes que pertencem ao sistema como outra norma pertence. Podem conter um grau de abstração e generalidade maiores que as normas em geral, mas nem por isso deixam de ser norma. Acaso a lei constitucional deixa de ser norma por ter generalidade maior que as demais leis? Por que, então, os princípios não seriam normas? Podem sequer estar escritos, mas os costumes também não são escritos, e nem por isso ninguém os deixa de ver como norma.

Como conclui MULLER NEVES, *é inegável que a renovação e a funcionalização do Direito Civil, voltadas para a valorização da pessoa, e a criação de uma sociedade livre, justa e solidária, não prescindem da teoria dos princípios como marco teórico, nem da Constituição como repositório primaz destes princípios*¹²⁵.

6.2.1 Princípio da autonomia da vontade

O direito de livre contratar é expressão maior do ideário burguês pós-revolucionário e constitui um princípio vinculado à noção

¹²⁵ Os princípios entre a teoria geral do direito e o Direito Civil Constitucional. in Diálogos sobre Direito Civil. Construindo a Racionalidade Contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 16;

de liberdade e igualdade presente na decantada Declaração de Direitos. É um dos pilares do Código de 1804 e está presente em todos os sistemas do mundo ocidental. Mercê desse cânone, à pessoa humana, enquanto ser dotado de personalidade e como cidadão livre, é dado pactuar nas condições que julgar adequadas, contratando como, com quem e o que desejar. Trata-se da faculdade de dispor cláusulas, firmando o conteúdo do contrato e criando, inclusive, novas modalidades contratuais, vale dizer, os contratos atípicos.

Há uma explicação histórica para essa liberdade. Livre das peias do absolutismo, o homem pode agora interagir e buscar o que de melhor há para si, cumprindo ao Estado intervir apenas para assegurar a execução do contrato não cumprido, ou seja, para fazer valer a palavra empenhada e não honrada. A essa esfera de poderes, que impede a ingerência do Estado, abrindo espaço para a movimentação do particular, costuma-se chamar direitos de primeira geração.

A liberdade na contratação parte da premissa de que a vontade de ambos os contratantes tem o mesmo peso e que a contratação é lícita e legítima pelo só fato de respeitar a vontade de cada um. Disso se cunhou as expressões antes referidas, de que o *contrato faz lei entre as partes* e o *combinado não é caro*. Essa premissa permitiu, por exemplo, que trabalhadores europeus, no auge

da Revolução Industrial, fossem contratados para laborar mais de doze horas por dia em troca de um salário de fome e sem qualquer assistência social. Não tardaria a que a classe operária, iludida pela Revolução de 1789, deflagrasse conflitos por toda a França, pondo em xeque as conquistas burguesas.

A ambição burguesa leva ao extremo o papel da vontade, firmando uma falsa idéia: a de que, sendo os homens naturalmente livres e iguais, a vontade do contratante, sendo livre e igual à do outro contratante, é suficiente para legitimar a convenção. Tal raciocínio seria verdadeiro se os homens fossem naturalmente livres e iguais, mas não o são nem o poderiam ser. Os textos pós-revolucionários estabelecem o primado da liberdade e igualdade para todos, mas isso não vai além do formalismo. Igualdade material, que pressupõe tratamento desigual para situações desiguais, é algo não cogitado ou propositadamente esquecido.

HOBBS, no seu *Leviatã*, via no homem um lobo na relação com o semelhante. ROUSSEAU, em seu *Contrato Social* e com a teoria do bom selvagem, dizia ser o homem bom por natureza, porém corruptível na vida gregária. Não se trata de uma visão pessimista do gênero humano; é uma visão realista. Nos últimos anos do Século XIX e primeiros do Século XX, o governo brasileiro estimulou a vinda de braços europeus para trabalhar nas fazendas de café do Sudeste. Aqui chegando, enfrentavam os imigrantes ambiente hostil e salário

miserável e muitos se queixavam, trabalhando contrariados. Não entendia o barão do café, em sua mentalidade misoneísta, como alguém podia se queixar de cumprir a palavra empenhada, afinal o *combinado não é caro*. Que alternativa restava ao infeliz imigrante senão submeter-se aos desígnios do empregador? Por isso, tanto o governo alemão como o italiano, ainda no Século XIX, proibiram a emigração para o Brasil, decisão revista décadas mais tarde.

Chegou um tempo em que o Estado interveio no campo dos contratos. Primeiro, fê-lo na locação de serviços, disciplinando o contrato de trabalho para o fim de delimitar a jornada diária, estabelecer o direito a férias, ao salário mínimo, à assistência previdenciária, dentre outros benefícios. Mais recentemente, na disciplina consumerista, reconheceu a condição de inferioridade do consumidor, assegurando-lhe direitos até recentemente impensáveis, como a facilitação do acesso à justiça com a inversão do ônus da prova e, especialmente, na disciplina dos contratos de adesão.

Num e noutro caso percebe-se a tentativa do Estado de preservar o equilíbrio contratual impondo um contrapeso na balança. As partes (empregador e empregado, fornecedor e consumidor) são materialmente desiguais; a vontade de uma prepondera sobre a da outra (o consumidor precisa do produto, o empregado não pode prescindir do salário). Logo, do poder público se exigem providências para manter o equilíbrio, seja pelo dirigismo contratual seja pela

delimitação da vontade, seja, finalmente, pela criação de mecanismos facilitadores de direitos à parte em desvantagem. Como atesta LORENZETTI, *a ordem jurídica atual não deixa em mãos dos particulares a faculdade de criar ordenamentos contratuais, equiparáveis ao jurídico, sem um interventor*¹²⁶. No caso, ao Estado reserva-se o papel de fiel da balança.

O princípio da autonomia da vontade continua válido e informa todo o sistema contratual, mas não subsiste senão interagindo com outros princípios.

6.2.2 Princípio da função social do contrato ou supremacia da ordem pública

A ninguém será dado negar o caráter essencial da vontade como elemento do negócio jurídico. Mas há de reconhecer e compreender, também, o extremismo a que foi ela levada pela burguesia pós-revolucionária, a qual, uma vez assentada no poder, tratou de afastar de si o Estado e seu absolutismo. Superado isso tudo, também não há que negar as limitações impostas ao direito de

¹²⁶ Fundamentos do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 540. trad. Vera Maria Jacob de Fradera

contratar, conforme se viu ao final do item anterior. Todavia, surge agora o problema de saber sob quais fundamentos e por quais razões a vontade, outrora levada ao seu mais alto grau, foi sendo lentamente delimitada pelo legislador.

Sabe-se ser a sociedade uma condição necessária ao ser humano, que, para realizar-se e alcançar seus propósitos, não pode isolar-se como náufrago em ilha deserta. Por isso o homem, um ser carente de riquezas, conserva-se em sociedade e nela busca sua realização pessoal. O contrato é um dos meios para essa auto-realização. Um homem apreciador de boa bebida não sabe fabricá-la nem pode furtá-la; pode adquiri-la por compra e venda. Assim, manifesta a vontade de comprar e, pagando o preço, obtém a coisa. Este é um negócio lícito, que satisfaz a ambas as partes, incrementa a circulação de riquezas e atende aos escopos do Estado, que é o da felicidade das pessoas.

Mas é possível que, ao expressar a vontade e produzir um dado efeito jurídico, o contratante desborde do comportamento razoável e produza uma lesão à ordem pública, cujos interesses então restarão violados. O fim último do Estado é o bem-estar dos indivíduos que dele fazem parte e, assim, o contrato não só deve satisfazer os contratantes como também deve respeitar os interesses da coletividade em geral. Contrato de transporte de entorpecentes, pode satisfazer a ambas as partes, mas não cumpre uma função

social; o contrato para caça de animais selvagens também pode ser da conveniência das partes, mas não observa uma funcionalização, pois viola interesse coletivo, representado pelo ambiente sadio e equilibrado.

Logo, nem sempre a conjunção das vontades, embora do agrado de ambos, será suficiente para legitimar e imprimir força a um contrato.

GUSTAVO TEPEDINO narra o curioso exemplo ocorrido há poucos anos no sul da França, onde, num determinado bar noturno, os convivas, já animados pelo estado etílico, punham-se a arremessar um anão de mesa em mesa, como a atirar um objeto. A esta pilhéria, digna de uma aventura quixotesca e que se convencionou chamar *arremesso de anão*, não se opunha o pequeno e bom homem; aliás, a brincadeira rendia-lhe algum dinheiro e, ao que parece, estava ele contratado pelo estabelecimento para prestar-se ao pitoresco papel. O Ministério Público local pediu a interdição da brincadeira, ao argumento de lesão à personalidade do anão, cujo trabalho ofendia-lhe a dignidade. Mesmo diante do arrazoadado do trabalhador, de que lhe seria difícil obter ocupação lucrativa, até por sua compleição física desfavorável, ainda assim o Judiciário francês proibiu o evento¹²⁷.

¹²⁷ Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas, em Temas de Direito Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 55;

Trata-se de um caso em que a vontade, livremente manifestada e conveniente a ambos os contratantes, não prevaleceu por ofensa à dignidade do próprio contratante.

Precisar a amplitude do interesse público não é tarefa tão fácil quanto parece. Em relação à propriedade o tema encontra-se sedimentado, pois sua função social está positivada no sistema desde 1934. Mas a função social do contrato, como norma positivada, era cânone desconhecido da legislação anterior a 2002. Às vezes têm-se critérios seguros para apurar a funcionalização das convenções: não haverá função social quando ilícito ou impossível seu objeto, como no exemplo do transporte de entorpecentes (ilicitude) ou no caso de alienação de coisa fora de comércio (impossibilidade). No primeiro caso, o ato refoge à ordem social, que conhece os males provocados pela droga; no segundo, não existe circulação de riquezas. Nenhum dos contratos interessa à sociedade, porque ambos lhe são hostis.

Mas, diante de numerosos casos, o intérprete se vê na dúvida e a ausência de preceito expresso não traz segurança para adotar uma solução. A questão repousa em saber qual o limite da vontade e em que caso o interesse público é violado. No exemplo do anão parece haver um conflito axiológico, representado pela colisão entre dois valores: o direito à livre iniciativa (autonomia da vontade) e a dignidade da pessoa humana (função social). Ninguém há duvidar de que a dignidade do homem constitua um interesse público, pois à

sociedade repugna tanto a escravidão quanto o trabalho degradante. Então, a solução para o problema é de hermenêutica, repousando em saber se o trabalho desempenhado pelo anão é ou não degradante de sua honra.

A exegese de um contrato escapa ao campo privatista e alcança o terreno constitucional. Na interpretação de um contrato há de levar em conta, antes de tudo, o rol dos fundamentos e objetivos propostos para a nação e, entre nós, estão eles no art. 1º. a 4º. do Texto de 1988. Um deles é primaz e jamais será esquecido em qualquer negócio jurídico. Trata-se do princípio da dignidade da pessoa humana, valor para o qual converge todo o sistema privado brasileiro. Por força desse cânone de aplicação plena, o *ser* passa a desempenhar um papel maior que o *ter*. A idéia da repersonalização derroga a mentalidade da patrimonialização do contrato.

Logo, o contrato cumpre uma função social quando, respeitando a dignidade do contratante, não viola o interesse da coletividade, à qual não interessam nem a ilicitude do objeto nem a ociosidade das riquezas. Para assegurar a funcionalização das avenças, foi preciso que o Estado interviesse no campo contratual, qualificando seu conteúdo e dando ensejo ao que se chama direitos de segunda geração. Há um evidente contraste, pois os direitos de geração anterior eram caracterizados pela ausência do Estado; os direitos oriundos da função social do contrato são marcados pela

postura contrária, vale dizer, pela ingerência do poder público no campo privado.

Daí a regra lapidar do art. 421 do Código Civil, em cuja *mens legis* se percebe a clara intenção de conectar o princípio da autonomia da vontade à idéia da funcionalização das convenções, de forma a que um princípio não exclua o outro, mas de molde a que ambos interajam.

(in verbis) “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

6.2.3 O contrato de seguro como relação individual e social

É da essência do contrato de seguro a solidariedade. ISAAC HALPERIN¹²⁸ destaca que *economicamente, o seguro é um procedimento pelo qual um conjunto de pessoas sujeitas as eventualidades de certos fatos danosos (riscos), reúnem suas*

¹²⁸ Lecciones de Seguros. Buenos Aires. Depalma, 1997.

contribuições a fim de ressarcir ao integrante desse conjunto que venha a sofrer as consequências desses riscos. (tradução livre) ¹²⁹

STIGLITZ¹³⁰, citando FRIEDMANN¹³¹, confirma que o seguro não elimina o dano mas tolera que suas consequências resultem transferidas para o sujeito amenizado por um evento economicamente desfavorável, a outro (segurador) que, para esses fins, constituiu uma mutualidade especialmente “preparada para absorver o risco da indenização” (tradução livre)¹³²

Complementa STIGLITZ¹³³ afirmando que do exposto implica aceitar, de início, que o seguro não é possível compreender em sua função econômica e técnica, como a assunção isolada das consequências danosas de um risco a que se ache submetido um sujeito. Daí que, constitui fundamento essencial da operação, a constituição de uma mutualidade que consciente na repartição entre aquela pluralidade de sujeitos expostos aos riscos, a carga

¹²⁹ “Económicamente, El seguro ES um procedimiento por el cual um conjunto de personas sujetas a las eventualidades de ciertos hechos dañosos (riesgos), reúnen sus contribuciones a fin de ressarcir al integrante de ese conjunto que llegue a sufrir las consecuencias de esos riesgos.”

¹³⁰ Derecho de Seguros. Buenos Aires. Abeledo – Perrot, 1996.

¹³¹ FRIEDMANN, W., El Derecho em una sociedad em Transformación, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pág. 144.

¹³² “el seguro no elimina el daño sino que tolera que suas consecuencias resulten transferidas (trasladadas) por el sujeto amenazado por um evento económicamente desfavorable, a otro (asegurador) que, a esos fines, ha constituido una mutualidade especialmente “preparada para absorber el riesgo de indemnización”

¹³³ Ob.cit.

*econômica que implica sua efetiva realização (sinistros). (tradução livre)*¹³⁴

Do que se vê, poder-se-ia entender que o seguro se explica pela idéia de proteção coletiva que o individuo busca para fazer frente aos riscos. Contudo, deve-se asseverar que essa coletividade não é a soma das individualidades. No dizer de MARTINS CONSTA¹³⁵, *existe algo mais, que o interesse comum do grupo, daí porque o contrato de seguro não pode ser igualado aos demais contratos baseados no interesse individual. O mutualismo é a chave de compreensão encerrada no contrato de seguro.*

Daí a importância, desde logo, de se encontrar a distinção entre interesse individual ou individualista do segurado e o interesse legítimo do segurado, este último articulado com a idéia de uma comunidade de interesses, sendo o seguro um contrato comunitário.

¹³⁴ “Lo expuesto implica aceptar, de inicio, que el seguro no es posible comprenderlo en su función económica ni técnica, como la asunción aislada de las consecuencias dañosas de un riesgo al que se halla sometido un sujeto. De allí que, constituye fundamento esencial de lá operación, la conformación de una mutualidad que consiente el reparto entre aquella pluralidad de sujetos expuestos a riesgos, de la carga económica que implica su efectiva realización (sinistros).”

¹³⁵ Palestra conferida na AIDA – Associação Internacional de Direito do Seguro – Seção Brasileira – sobre o Tema “Conversando sobre o contrato de seguro”

MARTINS CONSTA¹³⁶ assevera: *“o quadro existencial de nossa época é o sujeito que não consegue pensar no direito coletivamente, mas apenas no seu direito individual, contra o interesse do outro.”*

O contrário do quadro acima exposto é o mundo perfeito defendido por Coase em seu teorema, como já destacado neste trabalho.

Sendo os contratos o meio de participação dos membros da sociedade nas atividades econômicas que a todos interessa, é preciso considerar o resultado global, ou seja, o produto do interesse conjunto das partes, ainda que em prejuízo de eventuais vantagens imediatas de caráter individual. Em razão disso, a vantagem indevidamente concedida a um ou a outro, não pode contrariar o interesse legítimo que na prática securitária é equiparado à medida de valor.

Os princípios da liberdade contratual, da função social do contrato e da boa-fé, consagrados nos artigos 421 e 422 do Código Civil visam ao objetivo inscrito no artigo 3º, I, da Constituição, a saber, a construção de uma sociedade solidária.

¹³⁶ Idem

A idéia de solidariedade remete, inevitavelmente, à doutrina solidarista preconizada por Émile Durkheim¹³⁷. Há, nas sociedades mais simples, com indistinção dos papéis sociais, uma forma de solidariedade um tanto quanto automática, dita mecânica. Nas sociedades mais complexas, com acentuada divisão do trabalho, a solidariedade é orgânica, à semelhança do que ocorre nos organismos animais superiores.

É do próprio Durkheim a afirmação de que, se é verdade que as obrigações contratuais podem fazer-se e desfazer-se unicamente com o acordo das vontades, não menos certo é que esse poder de ligar e de desligar é conferido pela sociedade.

Partindo da afirmação de que "os fatos sociais devem ser tratados como coisas", Durkheim forneceu uma definição do normal e do patológico aplicada a cada sociedade, em que o normal seria aquilo que é ao mesmo tempo obrigatório para o indivíduo e superior a ele, o que significa que a sociedade e a consciência coletiva são entidades morais, antes mesmo de terem uma existência tangível. Essa preponderância da sociedade sobre o indivíduo deve permitir a realização desse, desde que consiga integrar-se a essa estrutura.

¹³⁷ Considerado um dos pais da sociologia moderna. Durkheim foi o fundador da escola francesa de sociologia, posterior a Marx, que combinava a pesquisa empírica com a teoria sociológica. É reconhecido amplamente como um dos melhores teóricos do conceito da coesão social. Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

Assim, para que reine certo consenso nessa sociedade, deve-se favorecer o aparecimento de uma solidariedade entre seus membros. Uma vez que a solidariedade varia segundo o grau de modernidade da sociedade, a norma moral tende a tornar-se norma jurídica, pois é preciso definir, numa sociedade moderna, regras de cooperação e troca de serviços entre os que participam do trabalho coletivo, o que Durkheim chamou de preponderância progressiva da solidariedade orgânica.

A solidariedade social orgânica implica a idéia de cooperação entre os membros de uma determinada sociedade, de modo a que sua integração e soma permitam que se estruture e mantenha o funcionamento da mesma sociedade.

Nessa idéia de cooperação, não só entre os contratantes, mas também em relação a terceiros, é que se concretiza, no direito contratual, a idéia solidarista insculpida no artigo 3º, I, da Constituição Federal. (*in verbis*):

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;”

Essa idéia de cooperação objetivando uma sociedade solidária é a mesma que deve ser aplicada no mundo dos seguros.

O artigo 421 do Código Civil reconhece a liberdade básica de contratar, mas, “em razão e nos limites” da função social do contrato. Com isto a liberdade de contratar fica condicionada à função social do contrato. No momento em que esta deixa de ocorrer, a liberdade de contratar não se mantém, por não estar cumprindo a sua função.

Contudo, o Código não aponta qual seria essa função social nem os mecanismos para assegurá-las. Restou ao intérprete determiná-los.

É inegável que a economia moderna se estrutura, fundamentalmente, a partir de relações contratuais. Relações que traduzam uma troca de bens e valores a permitir assim a circulação das riquezas. Os contratos são os instrumentos jurídicos de circulação e ativação da economia moderna.

Por isso, pode-se dizer que o contrato cumprirá a sua função social na medida em que permita a manutenção das trocas econômicas.

Aliás, é o que diz NELSON NERY JÚNIOR¹³⁸:

“...a função mais destacada do contrato é a de propiciar a circulação da riqueza, transferindo-a de um patrimônio para outro. Essa liberdade parcial de contratar, com objetivo de fazer circular a riqueza, tem de cumprir sua função social, tão ou mais importante do que o aspecto econômico do contrato. Por isso fala-se em fins econômicos sociais do contrato como diretriz para sua existência, validade e eficácia.”

Para isto, é importante que as trocas sejam justas e úteis, pois se não o forem, os contratantes, certamente, deixarão de cumprir os contratos firmados, e isto resultará em uma quebra da finalidade da liberdade contratual. O essencial no contrato não é a manutenção absoluta da vontade inicial, mas a conformidade com a justiça comutativa.

A intensificação das relações inter-humanas em seus aspectos políticos, econômicos e sociais, que acompanhou a sociedade de consumo, logo fez notar profundas alterações no comportamento e nas condições que se estabelecem na vida cotidiana nos dias presentes, a exigir mecanismos eficazes de proteção à pessoa humana em suas contingências e em seu patrimônio.

¹³⁸ in Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

Houve um aumento significativo dos riscos, decorrentes da industrialização, dos transportes, das atividades laborais, da degradação causada ao meio ambiente etc., que afetam indistintamente todas as classes sociais. J. J. Calmon de Passos¹³⁹ afirma, com muita precisão, que *o risco se fez integrante do próprio modo de ser da sociedade contemporânea*.

E com ele aumenta a probabilidade da ocorrência de danos, a que se tenta minorar os efeitos, conquanto na grande maioria dos casos seja impossível evitá-los. Evidenciou-se, pois, a necessidade de segurança nas relações jurídico-sociais, o que se dá pela busca cada vez maior de uma cobertura para os fatos futuros contra os quais as pessoas demonstram ser impotentes e, com isso, em razão de que desejam a todo custo resguardar-se.

Neste contexto, a idéia do seguro é posta como “uma espécie de rede jurídico-econômica que nos protege contra os riscos a que estamos expostos”¹⁴⁰, resultado da evolução que experimentou o pensamento econômico que *“permitiu a adaptação de um mecanismo mais adequado pelo qual mediante o aporte de uma soma*

¹³⁹ O risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica do contrato de seguro. In: Anais do 1º Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho” / Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. São Paulo: Max Linonad, 2000. p. 12.

¹⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. A trilogia do seguro. In: Anais do 1º Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho” / Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. São Paulo: Max Linonad, 2000. p. 86.

relativamente reduzida, o sujeito potencial do dano obtenha da outra pessoa direito de ser indenizado pelo que puder ser o resultado do acontecimento de um sinistro.”¹⁴¹ (tradução livre)¹⁴².

Com efeito, o instituto do seguro, enquanto meio capaz de oferecer a segurança enunciada, revigora-se hodiernamente e não apenas no sentido exclusivamente individual como antes concebido.

Vale ressaltar sempre que o mutualismo consiste na “reunião de um grupo de pessoas, com interesses seguráveis comuns, que concorrem para formação de uma massa econômica, com a finalidade de suprir, em determinado momento, necessidades eventuais de algumas daquelas pessoas”.¹⁴³

O seguro desta forma configurado justifica plenamente sua inserção no campo das preocupações do Poder Público, seja assumindo seu gerenciamento, como no caso do seguro público, seja pela intervenção estatal e pelo dirigismo contratual, em se tratando do seguro privado, fatores que o colocam como instituto pertencente à

¹⁴¹ MEILIJ, Gustavo Raúl. Seguro de responsabilidad civil. Buenos Aires: Depalma, 1992.p.2

¹⁴² “permitió la adopción de un mecanismo más adecuado, por el cual, mediante el aporte de una suma relativamente reducida, el sujeto potencial del daño obtenía de otra persona el derecho a ser indemnizado por el que pudiese ser el resultado del acaecimiento de un siniestro”

¹⁴³ ⁵ FUNENSEG-Fundação Escola Nacional de Seguros. Elementos básicos de seguros. Caderno informativo. s./l., s./e., s./d. p. 3.

seara do chamado Direito Social¹⁴⁴.

Nestes termos, o seguro está destinado a exercer a imprescindível tarefa de socialização dos riscos, dos danos e do dever de indenizar. Sua operabilidade depende de profissionais especializados, conhecedores das vicissitudes e peculiaridades de sua gestão e na atuação neste setor econômico e jurídico.

É inegável nos tempos atuais que os contratos sofreram a intervenção estatal para mitigar e superar o individualismo econômico. Contudo, não se poderá jamais afastar os princípios clássicos que regem essa indispensável categoria jurídica.

Para Humberto Theodor Júnior¹⁴⁵, o princípio da função social do contrato não se volta para o relacionamento entre as partes contratantes, mas para os reflexos do negócio jurídico perante terceiros, ou seja, para o meio social.

Pode-se dizer, portanto, que o favorecimento desvirtuado de para um contratante em detrimento de outro pode ser bom para o

¹⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Manual de contratos e obrigações unilaterais da vontade. São Paulo: Atlas, 1997. p. 268 e 273.

¹⁴⁵ O contrato e sua função social . 3ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2008.p 13.

favorecido, contudo, será ruim para a sociedade que o mesmo compõe, ou ainda, no exemplo do contrato de seguro, para a massa segurada que integra.

Ainda segundo THEODORO JÚNIOR¹⁴⁶, função é papel a desempenhar, obrigação a cumprir pelo indivíduo ou instituição. Social concerne a sociedade, é relativo a comunidade ou conjunto de cidadãos de um país.

Logo, o contrato de seguro estudado sob o critério da função social do contrato, e considerando o seu caráter social, jamais poderá ser interpretado individualmente. Deverá sempre resgatar a trilogia principiológica fundamentadora deste instituto, boa fé objetiva, mutualidade e solidariedade.

Não interpretar o contrato de seguro individualmente é fazer observar que após formalizado, o contrato deixa de ser coisa apenas dos contratantes, passando a refletir positiva e negativamente diante de terceiros.

Há que se observar que jamais existirá equivalência material entre o pequeno prêmio pago pelo segurado e a vultuosa garantia

¹⁴⁶ Idem.

oferecida pela seguradora, isto se verificarmos o contrato de forma isolada.

Daí a reafirmar-se que o contrato de seguro não existe isoladamente, mas sim, sempre de forma coletiva, É a solidariedade da sociedade.

Esta inclusive é a visão de Pedro Alvim¹⁴⁷ quando afastando o segurador da relação contratual afirma que:

“O segurador é sempre um intermediário entre os segurados; estes é que pelo caráter da mutualidade, imanente a todo o seguro, são as verdadeiras partes contratantes.”

Sendo assim, e na linha dos precedentes da Ministra Nancy Andrighi, para quem a função social do contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é econômico, este jamais poderá ser ignorado a pretexto de cumprir uma atividade beneficente. Ao contrato incumbe uma função social, mas não de assistência social. Por mais que o indivíduo mereça tal assistência, não será no contrato que encontrará remédio para tal carência.

¹⁴⁷ O contrato de Seguro. 3ª Ed. Forense. 1999.

O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador. A função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim, como limite da liberdade dos contratantes em promover a circularização de riquezas.

É assim, portanto, que as cláusulas contratuais firmadas no contrato de seguro não podem ser ignoradas ou interpretadas sob a visão equivocada da socialização. O contrato de seguro privado, repita-se, não se nega que tenha cunho social, mas é distante, porém, da visão de assistencialidade que por vezes se busca emprestar.

CONCLUSÕES

Como se viu neste trabalho, a sociedade em geral e o direito em especial têm passado por sensíveis alterações. De dois séculos para cá notaram-se apreciáveis mudanças na economia, na tecnologia, na organização da família, e outros, o que influenciou sobremaneira as normas jurídicas.

Mesmo o direito contratual secular tido de grande estabilidade é objeto dessas mudanças. De fato, hoje em dia observa-se a desmaterialização da riqueza e o uso de novas tecnologias. Verifica-se que é paradigmático o uso da internet, o que permitiu, segundo Arnold Wald¹⁴⁸ “uma aceleração da produção industrial e do comércio interno e internacional, que jamais poderia ser concebida em meados do século XIX”.

Realmente, as mudanças que se apresentam são da maior envergadura, modificando pontos centrais do direito em geral e, em especial, do direito contratual. E é nesse ambiente que surge positivada e expressa a cláusula geral da função social do contrato no Código Civil de 2002.

¹⁴⁸ A função social e ética do contrato como instrumento jurídico de parcerias e o novo Código Civil. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 364, p. 21, 2002.

A perfeita apreensão dessas mudanças e de suas repercussões no ordenamento jurídico pode ser melhor realizada neste trabalho após analisada historicamente, colocando-se lado a lado paradigmas e princípios.

A função social do contrato, no aspecto histórico, está relacionada à mudança do paradigma e da ideologia do Estado Liberal para o Estado Social e a uma tendência cada vez mais presente de limitação da autonomia da vontade.

Pode-se definir a função social do contrato como a cláusula geral que justifica a existência do contrato e limita a autonomia privada e a relatividade dos contratos, caracterizando-se, também, por outras regras, especialmente no Código Civil, que visam garantir a utilidade e a justiça contratual.

Quanto a aplicação da cláusula geral da função social nos contratos de seguro, há que se verificar primeiramente que em razão da sistemática e finalidade deste tipo de contrato, a seu respeito se valoriza ainda mais sua observância.

Isto porque as repercussões do contrato de seguro vão muito além dos interesses individuais das partes contratantes, refletindo

sobre grandes grupos sociais, e pondo em jogo relevantes valores econômicos.

O seguro, tal como é praticado em nosso tempo, deixou de ser contrato aleatório para ser tratado como negócio comutativo em que o segurador assume a obrigação de prestar garantia ao segurado mediante o pagamento de determinado preço, garantia essa que se apóia numa poupança programada e realizada com recursos captados junto a um grupo de participantes de cobertura similar proporcionada pelo mesmo segurador.

Se entre a eventual indenização no caso de sinistro e o prêmio pago não existe equivalência econômica, o certo é que nenhum contrato de seguro se pratica isoladamente, mas sempre dentro de um conjunto de operações, onde várias pessoas sujeitas ao mesmo risco integram um plano comum de cobertura. A seguradora, fundando-se nos princípios da mutualidade e da estatística atuarial, estipula prêmios que formam um capital capaz de cobrir os danos previsíveis e proporcionar-lhe um lucro para remunerar-lhe os serviços de gestão do fundo comum. Outrossim, só pode atuar no mercado de seguro empresa autorizada pelo governo e que observe planos de seguridade previamente aprovados pelo órgão público competente.

Dentro desse esquema funcional, o contrato de seguro não pode ser analisado isoladamente, sob pena de desnaturá-lo em simples negócio de jogo ou aposta, aí sim negócio puramente aleatório. Uma vez, porém, inserido na mutualidade global do sistema, o seguro corresponde a uma atividade empresarial cujo exercício nada tem de aleatório e que se desenvolve técnica e profissionalmente em clima de comutatividade estabelecido à base da *comunhão dos riscos* e dos *respectivos custos*. Não há especulação sobre sorte ou azar. As prestações dos diversos participantes - segurador e segurados - aparecem de plano determinados, desde o momento da celebração do contrato.

Como o valor dos prêmios e a cobertura dos sinistros previsíveis determinam a formação do capital comum, sobre cuja liquidez se assenta a garantia dos segurados, é fácil de entrever o forte cunho social de que se reveste o sistema. Natural, portanto, que se exija maior rigor na submissão dos contratantes aos ditames da função social do contrato.

É que qualquer liberalidade indevida ou fraude na indenização de um sinistro ou na determinação do prêmio individual pode comprometer o sucesso da operação coletiva.

Nessa ordem de idéias, ao segurador, cumpre não apenas pagar as indenizações previstas, mas controlar e zelar para que somente se indenizem os sinistros previstos no seguro e apenas dentro dos limites e condições nele estatuídos.

Do ponto de vista coletivo, cabe ao segurador, em outras palavras, administrar os valores constitutivos do capital comum, de modo a tornar tecnicamente possível o funcionamento do mecanismo securitário. Este será normal desde que mantido em nível suficiente para proporcionar um lucro ao segurador e, acima de tudo, garantir a prestação de segurança devida aos segurados.

Os interesses em jogo no negócio de seguro, dessa maneira, ultrapassam os dos signatários de cada contrato, para abarcar todo o grupo que necessariamente se forma em torno do risco comum assumido pelo segurador. Daí poder-se falar numa função social relevante desempenhada pelo contrato de seguro, em atenção à tarefa catalizadora desempenhada pelo segurador para tornar operacional a mutualidade em torno da cobertura do risco comum.

Desta forma, a função social do contrato que se pretendeu desvendar neste trabalho é aquela que busca envolver toda a massa segurada com a preocupação da saúde do sistema, sempre

pensando no contrato de forma coletiva, independentemente da contratação individual levada a efeito.

Em outras palavras é pregar que devidamente esclarecido, seja o interesse individual inteiramente destinado ao coletivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Pedro. O contrato de seguro, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 25 e 26.

ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do contrato. Coimbra. Almedina, 2007.

ASCARELLI, Túlio. O conceito unitário do contrato de seguro, Problemas das Sociedades Anônimas e direito comparado, Campinas: Bookseller, 2001, p. 302 e SS.

BECKER, Gary. The Economic Approach to Human Behavior.

BERNSTEIN, Peter L. Desafio aos deuses: a fascinante história do risco. Tradução Ivo Korylowski. – Rio de Janeiro: Elsevier, 1977. 17ª reimpressão;

BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito; tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamini. Barueri, SP. Manole, 2007.

_____. Teoria do ordenamento jurídico. 10. ed. Brasília: UNB, 1982.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. A trilogia do seguro. In: FÓRUM BRASILEIRO DE DIREITO DO SEGURO, 1., 2000, São Paulo. Anais... São Paulo: Max Limonad, 2001.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 41ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2008.

COASE, R. (1960) The problem of social cost. Journal of law and economics, V. 3, 1.

CRETELLA NETTO, José. Fundamentos Principiológicos do Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002;

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). A reconstrução do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 260.

DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. 3. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

DONNINI, Rogério Ferraz. A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1999.

FUNENSEG-Fundação Escola Nacional de Seguros. Elementos básicos de seguros. Caderno informativo. s./l., s./e., s./d.

GOMES, Orlando. Contratos. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito civil: estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ENGISCH, KARL. Introdução ao pensamento jurídico. 9ª Ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

FONTAINE, Marcel. Droit des Assurances. Bruxelas. Larcier, 1996.

GARRIGUES, Joaquim. Contrato de Seguro Terrestre. Madrid. Copyrigh, 1973, Printed in Spain;

HALPERIN, Isaac. Lecciones de Seguros. Buenos Aires. Depalma, 1997.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Batista Machado. São Paulo. Martins Fontes, 2006.

KEYNES, John Maynard. Teoria geral do emprego, do juro e da moeda (General theory of employment, interest and money). Tradutor: CRUZ, Mário Ribeiro da. São Paulo: Editora Atlas, 1992.

KRIEGER FILHO, Domingos Afonso. O contrato de seguro no direito brasileiro. Niterói: Frater et Labor, 2000.

LAZZARINI, Andréa; LEFÈVRE, Flávia. Análise sobre a possibilidade de alterações unilaterais do contrato e descredenciamento de instituições e profissionais da rede conveniada. In: Marques, Cláudia Lima; Lopes, José Reinaldo de Lima; Pfeiffer, Roberto Augusto Castellanos. Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. (Biblioteca de direito do consumidor, v. 13).

Lei nº 10.406, de 10/01/2002, que entrou em vigor em 11/01/2003.

LEMOS FILHO, Flávio Pimentel de. Direito potestativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. Contratos difusos e coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOPES, Maria Clara. Responsabilidade civil extracontratual. Lisboa: Rei dos Livros, 1997.

LORENZETTI, Ricardo L. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. trad. Vera Maria Jacob de Fradera;

MAGALHÃES, Raphael de Almeida. O Mercado de Seguros no Brasil. Rio de Janeiro. Editora Funenseg, 1997;

MARENSI, Voltaire. O contrato de seguro à luz do novo Código Civil: doutrina e legislação. 3ª Ed. São Paulo. IOB Thomson, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999;

_____, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 3. ed. rev., atual e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. (Biblioteca de direito do consumidor, v. 1).

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. São Paulo, 1998. Revista dos Tribunais.

_____. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999;

MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais. 14. ed. rev. e atual. 5. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS, João Marcos Brito. O contrato de seguro: comentado conforme as disposições do Código Civil, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 7.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEILIJ, Gustavo Raúl. Seguro de responsabilidad civil. Buenos Aires: Depalma, 1992.

MESSINEO, Francesco. Trattato di diritto civile e commerciale. Milano: Giuffrè, 1973. v. 21. t. 1.

MELLO, Adriana. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo código civil brasileiro. *In*: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 16, mar./abr.2002, p. 142-59.

MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. Prefácio: Claudia Lima Marques. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2006.

NEVES, Gustavo K. M. Os princípios entre a teoria geral do direito e o Direito Civil Constitucional. in Diálogos sobre Direito Civil. Construindo a Racionalidade Contemporânea. org, Carmem Lucia Silveira Ramos et al. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;

PASSOS, J. J. Calmon. O risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica do contrato de seguro. In: *Anais do 1º Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho” / Instituto Brasileiro de Direito do Seguro*. São Paulo: Max Linonad, 2000. p. 12.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 10. ed. 11. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 3.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado – Parte especial. 3. Ed. São Paulo: RT, 1984.

POP, Carlyle. "O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial – a proteção contratual no direito brasileiro" in *Direito Civil Constitucional, cadernos I*, São Paulo: Max Limonad, 1999, p.153

POSNER. RA. *Economic Analysis OD Law* - 1992 - Little, Brown and Company.

QUEIROZ, Flávio. A prescrição da ação de seguro no Código de Defesa do Consumidor. In: CARNEIRO, Athos Gusmão. Seguros: uma questão atual. São Paulo: ed. Max Limonad, 2001, p.114.

REALE, Miguel. Visão geral do projeto de código civil. São Paulo. Revista dos Tribunais, v. 752, jun. 1998, p. 22-30.

_____.Novo Código Civil, Exposição de Motivos, disponível em <http://www.senado.gov.br>, acesso em 22 fevereiro 2009.

_____.Visão geral do novo Código Civil . Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n.54, fev. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br>, acesso em: 22 fevereiro 2009

_____. *Filosofia do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1969;

ROPPO, Enzo. O contrato / trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SANTOS, Antonio Jeová da Silva. Direito intertemporal e o Novo Código Civil. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2ª edição. 2004.

SANTOS, António Miranda Pinheiro dos. Direitos do consumidor. Lisboa: Rei dos Livros, s./d.

SANTOS, R. Bechara. Direito de seguro no cotidiano. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 99.

_____.Direito do seguro no novo Código Civil e legislação própria. Rio de Janeiro. Forense, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Relações jurídicas comunitárias e direitos subjetivos. In: Anais do 1º Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho” / Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. São Paulo: Max Linonad, 2000.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Interesses difusos e coletivos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. (Série fundamentos jurídicos).

SMITH, Adam. An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations. Reino Unido: Clarendon.

STIGLITZ. R.S. Derecho de Seguros. Buenos Aires. Abeledo – Perrot, 1996.

_____.Seguro contra la responsabilidad civil. 2ª ed. Buenos Aires. Abeledo – Perrot, 1994.

TARTUCE, Flávio. Função social dos contratos: do Código de defesa do Consumidor ao Código de 2002. São Paulo. Método, 2007.

TEIXEIRA, Raul. Os reflexos do novo Código civil nos contratos de seguro. Rio de Janeiro. Forense, 2004;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e sua função social. Rio de Janeiro. Forense, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. *In*: A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Problemas de Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000;

_____. Temas de Direito Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

TZIRULNIK, Ernesto. Apontamentos sobre a operação de seguros. Revista Brasileira de Direito de Seguro. Rio de Janeiro: ed. Manuais Técnicos de Seguros, n.1, p. 23, set. 1997

TZIRULNIK, Ernesto, CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra, PIMENTEL, Ayrton. O contrato de seguro: de acordo com o novo código civil brasileiro. 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil volume III, Contratos em Espécie, ed. Atlas, 2ª edição, p. 367

_____. Teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas,

1997.

_____. Manual de contratos e obrigações unilaterais da vontade. São Paulo: Atlas, 1997.

WALD, Arnould. A função social e ética do contrato como instrumento jurídico de parcerias e o novo Código Civil. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 364, p. 21, 2002.