

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Luiza Linhares Moreira Petersen

RISCO COMO ELEMENTO DO CONTRATO DE SEGURO

Porto Alegre
2017

LUIZA LINHARES MOREIRA PETERSEN

RISCO COMO ELEMENTO DO CONTRATO DE SEGURO

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Orientador: Prof. Dr. Bruno Miragem

Porto Alegre
2017

CIP - Catalogação na Publicação

Petersen, Luiza Linhares Moreira
Risco como elemento do contrato de seguro / Luiza
Linhares Moreira Petersen. -- 2017.
117 f.

Orientador: Bruno Miragem.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do
Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2017.

1. Contrato. 2. Seguro. 3. Risco. I. Miragem,
Bruno, orient. II. Título.

LUIZA LINHARES MOREIRA PETERSEN

RISCO COMO ELEMENTO DO CONTRATO DE SEGURO

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Aprovada em 19/06/2017

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Bruno Miragem
Orientador

Professora Doutora Claudia Lima Marques

Professor Doutor Paulo de Tarso Sanseverino

Professor Doutor Ernesto Tzirulnik

Ao Raphael.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho não teria sido possível sem o apoio e a colaboração de diversas pessoas, que me acompanharam nos últimos dois anos e, de alguma forma, contribuíram para a concretização do mestrado.

Agradeço ao professor Bruno Miragem - exemplo de jurista, pelo qual tenho profundo respeito e admiração - pela orientação e pelos valiosos ensinamentos ao longo do curso de mestrado, que transcendem os domínios do direito.

Na pessoa do professor orientador, agradeço a todos os demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul que contribuíram para a minha formação acadêmica.

Agradeço ao meu tio Marco Aurélio Mello Moreira, responsável pelo despertar do meu interesse pelo Direito dos Seguros, e que tanto me incentivou à realização do mestrado.

Agradeço ao Raphael, meu marido, por tudo: pelo carinho e afeto, pelo constante apoio e estímulo à realização do mestrado, pelos debates e críticas que tanto colaboraram ao aprimoramento do trabalho.

Agradeço aos meus pais, Ana e Felipe, e à minha irmã, Athenaís, pelo conforto que me proporcionaram em Porto Alegre no período do mestrado, e por todo o suporte que me deram, especialmente na fase de conclusão desta etapa.

Enfim, agradeço aos colegas do escritório Müller & Moreira: certamente as discussões travadas no exercício da advocacia, entre os anos de 2008 e 2015, no ramo do Direito dos Seguros, ora se refletem nas páginas do presente trabalho. Igualmente, agradeço aos meus colegas de mestrado, companheiros desta jornada.

RESUMO

O contrato de seguro é polarizado pelo risco. Tendo por finalidade neutralizar os efeitos do risco que ameaça o interesse legítimo do segurado, este tipo contratual se estrutura a partir da troca entre prêmio e cobertura: enquanto o segurado se obriga ao pagamento do prêmio, o segurador se obriga à garantia do interesse do segurado, comprometendo-se a uma prestação eventual, em caso de sinistro. Enquanto possibilidade de um evento adverso ao interesse do segurado, o risco justifica a contratação do seguro. Ademais, conforma a estrutura e a base econômica do contrato, assim como o desenvolvimento de toda a relação contratual. O presente trabalho se encontra estruturado em três partes, tendo por objeto a análise do risco no contrato de seguro. Na primeira, examina-se o percurso histórico, os elementos, a causa e a natureza jurídica do seguro. Na segunda parte, são identificadas as características do risco segurável e o papel do risco na conformação da base econômica do contrato. Na terceira parte, examina-se o risco enquanto elemento que conforma o desenvolvimento da relação contratual, em consideração ao qual se estabelecem direitos e deveres a ambos os contratantes, seja na fase pré-contratual (declaração inicial do risco), seja na fase de execução do contrato (agravamento-diminuição do risco).

PALAVRAS CHAVE: CONTRATO. SEGURO. RISCO.

ABSTRACT

The insurance contract is polarized by risk. In order to neutralize the effects of the risk which threatens the insurable interest, this contractual type is structured from the exchange between premium and coverage: while the insured undertakes to pay the premium, the insurer undertakes to guarantee the insurable interest, committing itself to carrying out a specified duty in case of loss. As an event adverse to the insurable interest, the risk justifies the purchase of insurance. In addition, it conforms the structure and economic base of the contract, as well as the development of the entire contractual relationship. This paper is structured in three parts, and its purpose is to analyze the risk in the insurance contract. In the first part, the historical path, the elements, the cause and the legal nature of the insurance are examined. In the second part, the characteristics of the insurable risk and the role of the risk in the conformation of the economic base of the contract are identified. In the third part, risk is examined as an element in the development of the contractual relationship, taking into account the rights and obligations of both contractors, whether in the pre-contractual stage (misrepresentation and non-disclosure) or in the performance of the contract (aggravation-reduction of risk).

KEY WORDS: CONTRACT. INSURANCE. RISK.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CONTRATO DE SEGURO	13
2.1 HISTÓRIA DO CONTRATO DE SEGURO	13
2.1.1 Origem e formação do contrato de seguro	13
2.1.1.1 Origens remotas: assistência mútua e empréstimo marítimo	14
2.1.1.2 Formação inicial do seguro na modalidade marítima	17
2.1.2 Desenvolvimento do contrato de seguro	21
2.1.2.1 Desenvolvimento moderno	21
2.1.2.2 Desenvolvimento contemporâneo	25
2.2 ESTRUTURA E CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE SEGURO	28
2.2.1 Elementos do contrato	29
2.2.1.1 Sujeitos: segurado e segurador	29
2.2.1.2 Garantia, interesse, risco e prêmio	31
2.2.2 Função e natureza jurídica do contrato	35
2.2.2.1 Função: teorias explicativas da causa	36
2.2.2.2 Natureza jurídica	41
3 RISCO E SUA PROJEÇÃO NO CONTRATO DE SEGURO	47
3.1 NOÇÃO DE RISCO: RISCO E SUAS VERSÕES	47
3.1.1 Risco como fenômeno econômico social	47
3.1.1.1 Risco como perigo e como probabilidade	49
3.1.1.2 Risco na sociedade moderna e pós-moderna	51
3.1.2 Definição de risco: elementos do conceito	53
3.1.2.1 Risco como possibilidade de evento adverso	54
3.1.2.2 Risco em sentido objetivo e risco em sentido subjetivo	56
3.2 RISCO NO SEGURO	59
3.2.1 Características do risco	59
3.2.1.1 Risco como possibilidade de sinistro	60
3.2.1.2 Risco como adversidade do sinistro	63
3.2.1.3 Risco e ato doloso do segurado	66
3.2.1.4 Risco e previsão contratual	69

3.2.2 Risco e base econômica do contrato	71
3.2.2.1 Risco, sistema contratual e cálculo do prêmio	72
3.2.2.2 Pressupostos técnico-econômicos de segurabilidade	76
4 RISCO E DESENVOLVIMENTO DO CONTRATO DE SEGURO	78
4.1 DECLARAÇÃO INICIAL DO RISCO: FASE DE FORMAÇÃO	78
4.1.1 Fundamentos	80
4.1.1.1 Assimetria informativa	81
4.1.1.2 Vontade negocial e sistema contratual	83
4.1.2 Conteúdo, extensão e efeitos do descumprimento	86
4.1.2.1 Conteúdo e extensão	86
4.1.2.2 Efeitos do descumprimento	90
4.2 AGRAVAMENTO-DIMINUIÇÃO DO RISCO: FASE DE EXECUÇÃO	93
4.2.1 Pressupostos	94
4.2.1.1 Alteração do risco e a base econômica do contrato	94
4.2.1.2 Características da alteração do risco	97
4.2.2 Especificação do regime: efeitos da alteração	99
4.2.2.1 Agravamento não intencional e diminuição do risco	100
4.2.2.2 Agravamento intencional do risco	102
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	106
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

Risco e seguro são noções polarizadas. O risco é o elemento que justifica a existência do seguro, é a matéria prima deste.¹ Há seguro porque há perigo, porque há possibilidade de infortúnio, porque há incerteza quanto ao futuro.² Entre risco e seguro se verifica uma estreita relação. Não por acaso, é no contexto do seguro marítimo que o vocábulo risco encontra um dos seus primeiros usos mais expressivos.³

Como um instrumento de administração do risco, o seguro visa neutralizar os efeitos de um evento adverso na esfera patrimonial do segurado. Desde a sua formação na prática mercantil italiana do baixo medievo, a importância socioeconômica do seguro é notória. Como uma forma do ser humano atuar frente ao risco, de se precaver frente à possibilidade de eventos adversos, o seguro constitui um instrumento da mais alta relevância para o desenvolvimento econômico e social, que traz paz e segurança à vida em sociedade. Como observa Peter Bernstein:⁴

Sem o domínio da teoria das probabilidades e de outros instrumentos de administração do risco, os engenheiros jamais teriam projetado grandes pontes que transpõem nossos rios mais largos, os lares ainda seriam aquecidos por lareiras ou fogareiros, as usinas elétricas não existiriam, a poliomielite não teria sido erradicada, não haveria aviões e as viagens especiais seriam apenas um sonho. Sem o seguro em suas muitas variedades, a morte do pai de família reduziria os filhos jovens à penúria ou caridade, assistência médica seria negada a um número ainda maior de pessoas e somente os mais riscos conseguiriam adquirir a própria casa. Se os agricultores não pudessem vender suas safras a um preço estabelecido antes da colheita, produziriam muito menos alimentos [...] 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.

Atualmente, a importância social deste contrato é acentuada pela doutrina, especialmente sob a paradigmática da sociedade de risco,⁵ considerando, nas palavras de Bruno Miragem, que “a evolução tecnológica e as profundas alterações nas relações sociais importam na multiplicação e socialização dos riscos de dano e, com isso, a necessidade de incremento nas técnicas de prevenção, mitigação e garantia em relação a estes riscos”.⁶

¹ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013. p.484.

² EWALD, François. Insurance and risk. In: BURCHELL, G; GORDON, C; MILLER, P. **The Foucault Effect**. Chicago: The University of Chicago Press, 1991. p. 197-210. p. 199.

³ LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory (communication and social order)**. Trad. Rhodes Barrett. New Brunswick: Aldine Transaction, 2005. p. 16-17.

⁴ BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos Deuses: a fascinante história do risco**. Trad. Ivo Korytowski. 2.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2011.

⁶ MIRAGEM, Bruno. O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). **Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 25.

Como um instrumento de dispersão do risco, o seguro envolve a transferência do risco de um sujeito para outro: mediante o recebimento de uma remuneração, o segurador assume o risco do segurado, comprometendo-se a uma prestação eventual, ao pagamento de uma indenização, em caso de sinistro, em caso de concretização do evento adverso. Ademais, a operação pressupõe, por parte do segurador, a organização de um sistema mutual, de uma comunidade de compartilhamento do risco, e a adoção de técnicas quantitativas de medição deste.⁷

Para a garantia do risco do segurado, o segurador realiza uma gestão científica e financeira do risco, estruturando sua atividade num sistema de segurança que reduz ou elimina o risco para aquele que o assume. Mediante a combinação de unidades expostas ao risco, em um número suficientemente grande e homogêneo, o segurador estima as perdas futuras do grupo segurado, estabelecendo previamente quanto cada segurado precisa pagar para fazer frente aos sinistros futuros. Neste sistema, que se apoia na mutualidade e na técnica atuarial, o segurador assume riscos com uma certa segurança de que os prêmios arrecadados farão frente às indenizações futuras.⁸

Nesse sentido, o risco se projeta como elemento nuclear do contrato de seguro. Enquanto possibilidade de um evento adverso que ameaça o interesse legítimo do segurado, o risco constitui elemento essencial, sem o qual inexistente contrato de seguro. Sua ausência, inicial ou superveniente, põe em crise o contrato, levando à extinção da relação contratual. Ademais, juntamente com os demais elementos caracterizadores do tipo, o risco qualifica o seguro, diferenciando-o das demais modalidades contratuais (dispõe o art. 757 do Código Civil brasileiro: “pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”). Como observa Menezes Cordeiro:⁹

Uma definição do contrato de seguro que dispensasse o risco seria formalmente inatacável: o ‘segurador’ obrigar-se-ia, contra um ‘prêmio, a realizar, a favor do beneficiário, uma prestação convencionada no caso de ocorrer determinado evento aleatório. Mas tal contrato, a ser juridicamente viável, redundaria numa simples aposta.

A justificação significativo-ideológica do seguro reside na cobertura do risco, consubstanciado em determinado interesse. Este elemento justifica a atenção e a tutela do Estado, através de toda uma máquina de supervisão. Além disso, ele está presente nos mais diversos meandros do Direito material dos seguros, afeiçoando regras contratuais

⁷ GREENE, Mark R. **Riesgo y Seguro**. 3. ed. Trad. Hernán Troncoso Rojas. Madrid: Editorial Mapfre, 1979, p. 15-17.

⁸ VAUGHAN, Emmett J; VAUGHAN, Therese M. **Fundamentals of risk and insurance**. 7. ed. New York: John Wiley & Sons Inc, 1996, p. 19-26.

⁹ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 487.

imperativas e supletivas, promovendo princípios e sindicando soluções. Como qualquer Direito: o dos seguros tem um núcleo axiológico que, ao conjunto, dá uma coloração.

Desse modo, como elemento categorial inderrogável, o risco irradia efeitos quanto à função, estrutura, base econômica e desenvolvimento do contrato de seguro, sendo objeto de toda uma disciplina normativa. De um lado, o risco contribui para a compreensão da causa do contrato, com reflexos quanto ao objeto. De outro, delimita a extensão da prestação principal do segurador, como possibilidade de um evento predeterminado no contrato, assim como o valor do prêmio, da contraprestação do segurado. Ainda, o risco acompanha todo o desenvolvimento da relação contratual, como um elemento a partir do qual se estabelecem direitos e deveres, ônus ou encargos, a ambos os contratantes, tanto na fase de formação como na fase execução do contrato.¹⁰

A necessidade das partes conhecerem o risco, para a formação da vontade negocial e cálculo do prêmio, justifica, na fase pré-contratual, a imposição de deveres recíprocos de informação. O segurador tem o dever de prestar esclarecimentos, ao segurado, quanto ao conteúdo e condições do contrato, especialmente quanto ao âmbito de riscos cobertos. O segurado, por sua vez, tem o dever de declaração inicial do risco, de descrever, ao segurador, as circunstâncias que caracterizam o risco a ser segurado. Igualmente, eventual alteração do risco na fase de execução do contrato dá azo a todo um regime jurídico: frente à possibilidade de variação do risco, seja de agravamento, seja de diminuição, a ordem jurídica intervém, quer possibilitando a revisão ou resolução do contrato, quer vedando o agravamento intencional do risco ou impondo, ao segurado, a comunicação de circunstâncias agravantes do risco coberto.

Observa-se que a temática do risco suscita questões práticas interessantíssimas, objeto de intenso debate na doutrina e na jurisprudência. Em grande medida, a maioria dos conflitos levados ao judiciário no âmbito das relações de seguro relacionam-se com o risco e sua disciplina normativa; seja com a declaração inicial (e.g. omissão de doença preexistente à contratação; realização de exames ou vistorias prévias pelo segurador); seja com o dever do segurador de informar o âmbito de riscos cobertos (e.g. disponibilização das Condições Gerais na internet); seja com as cláusulas de exclusão ou de limitação da cobertura e sua eventual abusividade frente ao CDC (e.g. exclusão do dano moral no seguro de responsabilidade civil; coparticipação do segurado em caso de internação hospitalar); seja com relação às hipóteses que levam à perda da cobertura por configurar agravamento do risco (e.g. embriaguez ao

¹⁰ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 487-491.

volante) ou à vedação de cobertura de ato doloso do segurado (e.g. cobertura no caso de suicídio).

Tendo por objeto a análise do risco enquanto elemento do contrato de seguro, o presente trabalho se encontra estruturado em três partes. Na primeira, apresenta-se um panorama geral do contrato de seguro. De um lado, analisa-se o seu percurso histórico como um instrumento de dispersão do risco, identificando suas origens remotas, sua fase de formação na modalidade marítima, seu desenvolvimento moderno e contemporâneo. De outro lado, identificam-se a estrutura e as principais características deste tipo contratual: qualificam-se seus elementos essenciais (garantia, interesse, risco e prêmio); os principais sujeitos da relação; a causa do contrato, assim como sua natureza jurídica. Esta análise global é essencial à compreensão do papel e da disciplina do risco no contrato de seguro, revelando o seu alcance enquanto elemento categorial.

Na segunda parte do trabalho, analisa-se o risco e a sua projeção no contrato de seguro. Inicialmente, examina-se o risco enquanto fato social, e as diversas concepções traçadas a seu respeito, em diferentes momentos históricos e áreas do saber. Sendo o risco uma noção imprecisa, identificam-se os elementos mínimos do conceito. Após, passa-se a analisá-lo dentro do contrato de seguro: identificam-se as características do risco segurável e o papel do risco na conformação da base econômica do contrato, considerando o sistema contratual que subjaz o seguro e os pressupostos técnico-econômicos de segurabilidade que dele derivam.

Na terceira parte, examina-se o risco enquanto elemento que conforma o desenvolvimento do contrato, em relação ao qual se estabelecem direitos e deveres a ambos os contratantes durante toda a relação contratual. Quanto à fase de formação do contrato, analisa-se a disciplina da declaração inicial do risco: seus fundamentos, conteúdo, extensão e efeitos em caso de descumprimento. Quanto à execução do contrato, destacam-se as normas relativas ao agravamento-diminuição do risco: seus fundamentos, pressupostos e efeitos quanto à relação contratual.

2 CONTRATO DE SEGURO

O contrato de seguro surgiu e se desenvolveu polarizado pelo risco, para atender à necessidade do ser humano de se precaver frente à possibilidade de um infortúnio, de uma perda patrimonial. Esta é a sua razão de ser, sua função sócioeconômica. Sua causa é a garantia de um risco que ameaça um interesse legítimo do segurado, é a neutralização dos efeitos de um risco na esfera patrimonial do segurado.

2.1 HISTÓRIA DO CONTRATO DE SEGURO

Ao longo da sua história, desde o seu surgimento no séc. XIV, o contrato de seguro passou por um processo de mutação. Em linhas gerais, é possível analisar sua história a partir de quatro principais fases. Na primeira fase, que abarca a Antiguidade e a Idade Média (até o séc. XIV), encontram-se, em esquemas rudimentares de compartilhamento e de transferência do risco, as origens remotas do contrato. Na segunda fase, de formação, que vai do séc. XIV até a metade do séc. XVII, o seguro surge e se estrutura na modalidade marítima, desenvolvendo-se na prática mercantil.¹¹

Na fase de desenvolvimento moderno, da metade do séc. XVII ao final do séc. XVIII, assiste-se à expansão dos seguros terrestres e ao surgimento da empresa seguradora. Por fim, a fase contemporânea, que compreende o séc. XIX até os dias atuais, é marcada pela expansão da indústria de seguros e pela massificação do contrato. Neste momento, o seguro torna-se um bem de consumo, submetendo-se, juntamente com a atividade securitária, a um amplo controle estatal.¹²

2.1.1 Origem e formação do contrato de seguro

O contrato de seguro encontra suas origens remotas em esquemas de administração do risco desenvolvidos na Antiguidade e na Idade Média (até o séc. XIV). Embora seu surgimento seja mais recente, não se verificando, antes do séc. XIV, um tipo contratual com finalidade precípua de dispersão do risco, é nesta fase que dois dos seus elementos estruturantes, mutualidade e transferência do risco, apresentam estágio inicial de desenvolvimento, o que se

¹¹ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 54.

¹² DONATI, *loc. cit.*, p. 54.

verifica, respectivamente, em esquemas de assistência mútua e no contrato de empréstimo marítimo.¹³

2.1.1.1 Origens remotas: assistência mútua e empréstimo marítimo

O espírito de assistência mútua, de solidariedade e cooperação entre os membros de determinado grupo, surgiu muito cedo como forma de superação das adversidades pelo ser humano. Desde as sociedades antigas, verifica-se uma tendência natural do indivíduo ao fenômeno da mutualidade, à união de muitas pessoas para compartilhamento dos riscos que atingem cada uma delas de forma isolada.¹⁴

Inicialmente, a assistência mútua apareceu na família e na tribo.¹⁵ Na navegação, também encontram-se formas rudimentares do fenômeno. Já em 3.000 a.C, é registrado, entre os comerciantes chineses, interessante prática de compartilhamento do risco.¹⁶ Ao viajar pelo rio Yangtze, os comerciantes reuniam as mercadorias de todos e as distribuíaam entre as embarcações, de modo que cada embarcação levava parte do carregamento de cada comerciante e, em caso de naufrágio, nenhum deles suportava uma perda total.¹⁷

Na Antiguidade, assumem papel de destaque, como forma de assistência mútua, as associações religiosas ou de classe, as quais, em uma função subsidiária, socorriam os associados em caso de infortúnio, como morte, doença ou acidente. Organizadas pelo mutualismo, estas associações “compreendiam, nas suas funções, papéis de entreatajuda e de assistência mútua relativamente aos seus membros”,¹⁸ ora com a formação de um fundo comum, de onde saíam os recursos para amparo aos necessitados, ora com a repartição do prejuízo de alguns pelos membros do grupo.¹⁹ Na Grécia antiga, inicialmente com caráter religioso, estas associações prestavam assistência funerária;²⁰ em Roma, sob a denominação de *sodalitia* ou *collegia*, amparavam os indivíduos mais pobres, garantindo-lhes assistência médica, funeral, sepultura honrosa etc.²¹

¹³ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 55.

¹⁴ ALVIM, Pedro. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 2.

¹⁵ ALVIM, *loc. cit.*, p. 2.

¹⁶ VAUGHAN, Emmett J; VAUGHAN, Therese M. **Fundamentals of risk and insurance**. 7. ed. New York: John Wiley & Sons Inc, 1996, p. 57.

¹⁷ GREENE, Mark R. **Riesgo y Seguro**. 3. ed. Trad. Hernán Troncoso Rojas. Madrid: Editorial Mapfre, 1979, p.16.

¹⁸ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 56

¹⁹ DONATI, *op. cit.*, p. 55-56.

²⁰ DONATI, *op. cit.*, p. 55.

²¹ ALVIM, *op. cit.*, p. 3.

Na Idade Média, o fenômeno da assistência mútua ganha força, com o surgimento, por toda a Europa, de associações de classe - com função secundária de assistência - dos mais variados gêneros. O grande exemplo deste modelo associativo são as guildas germânicas, difundidas a partir do séc. XI, que, “para além da finalidade político religiosa, desempenhavam funções de assistência”, prestando, aos seus associados, auxílio funerário e ressarcimento pelos danos suportados em razão de diversos infortúnios, como incêndio, inundação, roubo, morte de gado etc.²²

Neste período inicial, a assistência mútua também encontrou um amplo campo de desenvolvimento no âmbito marítimo. Já na antiguidade registram-se, em diferentes regiões, esquemas de contribuição mútua entre os navegantes, em que todos os integrantes do grupo ou da expedição se cotizavam para a reparação do dano causado por um infortúnio marítimo.²³ Igualmente, na Idade Média, verificam-se diversos esquemas de compartilhamento dos riscos do mar, como as viagens em comboio, as mútuas de pescadores para a reposição da embarcação destruída, a prática da avaria grossa ou de regimes de completa comunhão nas perdas do empreendimento marítimo.²⁴

Nesse contexto, desde a Antiguidade assiste-se ao desenvolvimento de esquemas de compartilhamento dos riscos. Tais esquemas, embora muito distantes do contrato de seguro moderno, revelam, porém, o estágio inicial de desenvolvimento da mutualidade, a qual, mais tarde, ao longo da Idade Moderna, será incorporada ao seguro empresarial, como um dos seus elementos estruturantes.²⁵

De outro lado, paralelamente à mutualidade, a transferência do risco - de um sujeito para outro - também aparece, na Antiguidade e na Idade Média, como importante técnica de dispersão do risco. Não tão antiga quanto aquela, esta modalidade pressupõe técnicas jurídicas mais apuradas e um mercado organizado, “com troca de mercadorias, transporte e dinheiro”.²⁶

²² ALMEIDA, J. C. Moitinho. **O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado**. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1971, p. 6.

²³ Registra-se que, com a evolução do tráfego marítimo, a contribuição nos riscos do mar transformou-se em uma prática obrigatória, imposta a todos aqueles que tinham interesse na expedição. Neste esquema, todos interessados no empreendimento marítimo – proprietário do barco, proprietário das cargas, passageiros, afretador etc – contribuíam para eventuais perdas e despesas de salvamento. Imposta inicialmente pela praxe, esta prática foi incorporada pelas legislações antigas, como a Lei de Rodes, até chegar aos dias atuais sob a denominação de avaria grossa. (ALVIM, Pedro. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 8-11).

²⁴ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 59.

²⁵ *Ibid.*, p. 55. Nesse sentido, registra-se que a mutualidade aparecerá, mais tarde, no campo dos seguros, sob uma dupla perspectiva. De um lado, a partir do séc. XVI, conformará o seguro de tipo associativo, como um verdadeiro “sistema operacional”. De outro, a partir da Idade Moderna, conformará o seguro empresarial, como um “princípio fundamental” PASQUALOTTO, Adalberto. **Contratos Nominados III. Seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação e compromisso**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 31.

²⁶ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 48.

Impulsionada pelo comércio, com a finalidade de “amenizar o risco de determinadas operações”,²⁷ inclusive daquelas relacionadas ao transporte marítimo, a transferência do risco aparece, nesta fase, especialmente como cláusula acessória de outros contratos.²⁸ Assim, desempenhando uma função secundária nas diversas modalidades contratuais, não chega a operar por meio de um tipo contratual autônomo, com a finalidade precípua de assunção do risco, mediante contraprestação em dinheiro.²⁹

O principal exemplo deste esquema de transferência do risco é o empréstimo marítimo, também conhecido como empréstimo a câmbio marítimo, a partir do qual, mais tarde, em meados do séc. XIV, o contrato de seguro florescerá. Neste contrato, cuja finalidade principal era financiar viagens marítimas comerciais,³⁰ empréstimo e cobertura dos riscos se confundiam na mesma operação.³¹ Entre as civilizações antigas, ainda que de forma rudimentar, esta prática é documentada em várias regiões e épocas distintas, como na Mesopotâmia,³² na Grécia antiga³³ e em Roma, onde aparece sob denominação de *phoenus nauticum*.³⁴ Na Idade Média, o empréstimo marítimo também se fez presente, adquirindo importância a partir do século XI, com a floração do comércio marítimo.

Através desse contrato - que iniciou no transporte marítimo e, posteriormente, expandiu para o terrestre - um comerciante concedia a outro uma soma em dinheiro, na forma de mútuo, para a realização de determinado empreendimento marítimo. Se o empreendimento fosse exitoso e o navio voltasse ao porto de origem, o mutuário tinha a obrigação de devolver ao mutuante a quantia recebida, com o pagamento de juros. Todavia, caso a expedição não tivesse êxito, ocorrendo, por exemplo, um naufrágio ou a perda das mercadorias, o risco era do mutuante, e o mutuário desobrigava-se da restituição da quantia e dos juros.³⁵ Nesta

²⁷ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 48.

²⁸ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 56.

²⁹ GASPERONI, Nicola. Contratto di Assicurazione. In: **Novissimo Digesto Italiano**. vol. IV. Torino: Unione Tipografica Editrice Torinese, 1964-1975, p. 566.

³⁰ DONATI, *op. cit.*, p. 55.

³¹ ALVIM, Pedro. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 21.

³² Como relata Menezes Cordeiro, o Código de Hammurabi (1800 a.C) previa situações em que risco da caravana corria a cargo do financiador. Ao regular o empréstimo comercial, o Código dispunha: “se, ao executar viagem de negócios, o inimigo lhe fizer perder tudo o que o comissário (ou viajante) levava, este jurará sobre o Deus e ficará liberado (de toda a responsabilidade)” (*op. cit.*, p. 50).

³³ Na Grécia, já em IV a. C., o contrato de empréstimo marítimo é documentado. “Regulado fundamentalmente pelos usos e pelo Direito consuetudinário, tinha natureza comercial, sendo praticado a cada viagem por mar. Distinguia-se o mútuo *amphoteroploun*, quando cobrisse a ida e a volta, e o *eteroploun*, relativo apenas à ida”. DONATI, *op. cit.*, p. 50-51.

³⁴ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 51.

³⁵ DONATI, *op. cit.*, p. 57.

modalidade, portanto, o empréstimo ficava “associado à fortuna do mar”,³⁶ o risco da expedição era transferido ao mutuante de forma acessória ao empréstimo.

Para além do empréstimo marítimo, a transferência do risco também aparece, neste período, como cláusula acessória de outros contratos. Em Roma, não raro, por disposição das partes, o risco era atribuído ao depositário, ao invés do depositante, ao mutuário, ao invés do mutuante, com a fixação de um preço pela assunção do risco.³⁷ Igualmente, na Idade Média, especialmente a partir do séc. XI, os riscos do transporte eram objeto de disposição das partes em contratos de compra e venda, *commenda* e mútuo, bem como de especulação entre os comerciantes: mediante a cláusula *salvi in terra*, o estipulante assumia o risco; com a cláusula *a rischio, pericolo e fortuna di mare*, o rejeitava.³⁸

Dessa forma, já na Antiguidade e na Idade Média, verifica-se o desenvolvimento de interessantes esquemas negociais de transferência do risco, vários deles muito próximos ao contrato de seguro. Não obstante, nestes esquemas, a transferência opera como cláusula acessória, e não como um tipo contratual autônomo, com a finalidade precípua de assunção do risco, mediante contraprestação, nos moldes do contrato seguro. Daí a razão pela qual a doutrina majoritária entende que este período não conheceu o seguro a prêmio.³⁹

2.1.1.2 Formação inicial do seguro na modalidade marítima

Apenas no século XIV, com o florescimento da atividade mercantil nas cidades italianas, é que se verifica o surgimento do contrato de seguro a prêmio, de um tipo contratual autônomo, independente de outra relação jurídica, com a finalidade precípua de dispersão do risco. A partir de então, inicia-se a sua fase de formação. Neste período, compreendido até a metade do séc. XVII, o seguro aparece e conforma a sua estrutura na modalidade marítima, caracterizando-se, porém, como um operação securitária rudimentar, de base empírica e instável.⁴⁰

³⁶ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 55.

³⁷ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 56. Ademais, em Roma, houve um período em que o risco marítimo era transferido ao Estado. Inicialmente, durante as guerras púnicas, o Estado passou a assumir os riscos relativo ao transporte marítimo de mercadorias em caso de tempestade e ataque de inimigos. Posteriormente, “devido à falta de trigo e visando facilitar sua importação para Roma”, o Imperador Cláudio (41.d.C) “assumia o custo de qualquer perda que os mercadores pudessem sofrer por tempestades” (GASPERONI, Nicola. *Contratto di Assicurazione*. In: **Novissimo Digesto Italiano**. vol. IV. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1964-1975. p. 566).

³⁸ DONATI, *op. cit.*, p. 60.

³⁹ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 57; DONATI, *op. cit.*, p. 56-57; GASPERONI, *op. cit.* p. 566.

⁴⁰ DONATI, *op. cit.*, p. 60 et seq.

O contrato de seguro surge no comércio marítimo para a garantia dos riscos da navegação. Fruto do aprimoramento dos esquemas precedentes de transferência do risco, especialmente do contrato de empréstimo marítimo, o seguro nasce gradualmente; no momento em que a contratação do risco se descola das demais modalidades contratuais e, de contratação acessória e dependente, torna-se principal e autônoma.⁴¹

É lugar comum na doutrina moderna que os primeiros contratos de seguro a prêmio surgiram nas cidades italianas ao longo do séc. XIV.⁴² Conforme observa Antigono Donati, teses em sentido contrário, que sustentavam a origem do contrato de seguro na região dos Flandres e em Portugal, já teriam sido superadas.⁴³

É difícil, porém, precisar a data do aparecimento do primeiro contrato de seguro. Alguns autores, com base em documentos como os Estatutos de Calimala (1301- 1322), o Breve Portus Kallaritani de Pisa (1318), os livros de comércio de Francisco del Bene de Florença (1318-1320), e, sobretudo, a Quietanza (“quitação”) Grossetana (1329), sustentam que o seguro a prêmio já seria praticado no início do séc. XIV.⁴⁴ Outros, sob o argumento de que estes documentos seriam obscuros, deixando dúvidas sobre a existência do seguro, sustentam que este teria surgido mais tarde.⁴⁵ Segundo esta corrente, o mais antigo contrato de seguro seria de 1347.⁴⁶

Não obstante, de uma forma ou de outra, o certo é que, já na primeira metade do séc. XIV, o contrato de seguro havia florescido na Itália. Ademais, na segunda metade deste século, estava amplamente difundido nas cidades do Alto Tirreno, como Florença e Gênova, e, mais tarde, nas cidades do Alto Adriático, especialmente em Veneza. Posteriormente, das cidades italianas, o seguro a prêmio se disseminou, rapidamente, pela Europa. Inicialmente, nas

⁴¹ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 60-64.

⁴² Nesse sentido: GOLDSCHIMIDT, Levin. **Storia universale del diritto commerciale**. Trad. Vittorio Pouchain e Antonio Scialoja. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913, p. 277; GASPERONI, Nicola. Contratto di Assicurazione. In: **Novissimo Digesto Italiano**. vol. IV. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1964-1975, p. 566; DONATI, *op. cit.*, p. 61.

⁴³ Conforme relata o autor, as notícias de um cronista a respeito da existência de uma câmara de seguro a prêmio em Bruges, em 1310, já teriam sido invalidadas pela doutrina. Ademais, quanto ao seguro para perdas de navios imposto em Portugal pelo Rei Fernando, entre 1367 e 1383, esta prática já teria sido precedida pelas primeiras apólices de seguro nas cidades italianas (DONATI, *op. cit.*, p. 62).

⁴⁴ BENZA, Enrico. **Il contratto di assicurazione nel medio evo: studi e ricerche**. Whitefish: Kessinger Publishing, LLC, 2010 (Orig. 1884); GOLDSCHIMIDT, *op. cit.*, p. 277.

⁴⁵ CHECCHINI, Aldo. I precedenti e lo sviluppo storico del contratto di assicurazione. **Atti dell’Istituto Nazionale delle Assicurazioni**, v. III. Roma: dell’Istituto Nazionale delle Assicurazioni, 1931, p. 73.

⁴⁶ Conforme explica Moitinho de Almeida, “nos arquivos da cidade de Génova existem vários contratos de seguro, dos quais o mais antigo remonta a 1347. Mas outros documentos, designadamente uma quitação de 1329 tem sido interpretada como repostando-se a contratos de seguro” (ALMEIDA, J. C. Moitinho. **O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado**. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1971, p. 6).

cidades mediterrâneas da França e da Península Ibérica; mais tarde, ao norte da França, a Flandres, aos Países Baixos e à Inglaterra.⁴⁷

Neste primeiro momento, o contrato de seguro surge e se desenvolve preponderantemente na modalidade marítima, para a garantia dos riscos do mar, como a perda da embarcação e de mercadorias transportadas.⁴⁸ Muito embora se verifique, a partir do séc. XIV, o desenvolvimento de outras modalidades - como o seguro de transporte terrestre, de liberdade, de escravos, de crédito e de vida -⁴⁹ estas eram secundárias, muitas desenvolvidas de forma acessória à marítima.⁵⁰ Nesse contexto, até a segunda metade do séc. XVII, é nos domínios do seguro marítimo que o contrato de seguro se desenvolve e conforma a sua estrutura.

Nesta fase inicial de desenvolvimento, o contrato de seguro aparece como uma operação de transferência do risco, em que um contratante (segurador) assume o risco de outrem (segurado) mediante uma contraprestação em dinheiro (prêmio), comprometendo-se ao pagamento de uma quantia em caso de sinistro (de perda patrimonial).⁵¹ Assim, se caracteriza e se distingue das demais modalidades contratuais, de um lado, pela sua natureza assecuratória, pela sua finalidade precípua de dispersão do risco, de outro, pela sua estrutura, que pressupõe a transferência do risco e a reciprocidade entre a assunção do risco e a contraprestação.

A operação de seguros, contudo, passou por um longo processo até atingir autonomia contratual, até ter sua natureza assecuratória afirmada. Inicialmente, aparece sob a veste de um contrato de empréstimo marítimo: o segurador simulava ter recebido um empréstimo do segurado sob o pacto de que a obrigação de restituição seria resolvida caso o navio e as mercadorias chegassem a salvo no destino final.⁵² Logo depois, como resultado da equiparação do empréstimo marítimo à usura,⁵³ aparece sob a forma de uma compra e venda: o segurador comprava o navio e as mercadorias sob a condição resolutiva de *salvo arrivo*, obrigando-se a

⁴⁷ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 61-62.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 63.

⁴⁹ Quanto ao seguro de vida, registra-se que este foi, inicialmente, desenvolvido para segurar a vida de mulheres grávidas. Posteriormente, contudo, foi desvirtuado, transformando-se em uma verdadeira aposta sobre a vida de outrem. “Sob a forma de seguro, realizavam-se apostas sobre a vida de parturientes, de pessoas importantes, como príncipes e dignitários da Igreja, comprometendo-se uma das partes ao pagamento de determinada soma em dinheiro, caso sobrevivessem a certa data” (ALVIM, Pedro. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 31).

⁵⁰ DONATI, *op. cit.*, p. 63.

⁵¹ CASSANDRO, Giovanni. Assicurazione (storia). In: Enciclopedia del Diritto. v. III. Varese: Dott. A. Giuffrè, 1958, p. 421.

⁵² DONATI, *op. cit.*, p. 66.

⁵³ HALPERIN, Isaac. **Exposición Crítica de las Leyes 17.418 y 20.091**. v. 1. Buenos Aires: Depalma, 1983, p. 2.

pagá-las apenas se os bens não chegassem a salvo no porto.⁵⁴ Posteriormente, de compra e venda da coisa, se transforma em uma compra e venda do risco, até ter sua autonomia afirmada, sendo reconhecido pela doutrina como um contrato atípico e recebendo na prática a denominação de *assicurazione*.⁵⁵

Ademais, nesta fase inicial, não apenas nos domínios do seguro de vida, mas também no âmbito do seguro marítimo, o seguro, não raro, era confundido com a aposta, assumindo caráter especulativo, como uma possível fonte de lucro para o segurado.⁵⁶ Porém, logo iniciou-se um movimento em sentido contrário na doutrina, na legislação e na prática;⁵⁷ o seguro passou a ser diferenciado da aposta, sendo delineado não como uma possível fonte de lucro para o segurado, mas como uma fonte de reparação do dano, assumindo os contornos, não de um contrato de natureza especulativa, mas indenitária.⁵⁸

Neste processo de desenvolvimento, o contrato de seguro gradualmente adquire suas características próprias: deixa de ser ocasional, adquirindo certa regularidade; deixa de ser verbal, passando a ser formalizado através da apólice; surgem as primeiras sociedades seguradoras, os corretores de seguro, o cosseguro e o resseguro; aparecem as regras do interesse legítimo, da declaração inicial do risco, da máxima boa-fé (*uberrimae fidei*) e do pagamento do prêmio de forma antecipada e incondicionada, independente da ocorrência do sinistro.⁵⁹

Por outro lado, praticado de forma empírica, o contrato de seguro aparece, nesta fase, como uma operação instável e extremamente arriscada para o segurador,⁶⁰ com a álea negativa de uma verdadeira aposta para aquele que assumia o risco.⁶¹ Na ausência de instrumentos técnicos-científicos que permitissem a quantificação objetiva do risco, a análise da sua

⁵⁴ Como observa Moitinho de Almeida, nestas operações, “o segurador prometia um preço pelos objetos seguros se o navio ou a carga não chegassem a salvo no porto de destino, mediante o pagamento de um prêmio”. Assim, tratavam-se de operações de “natureza exclusivamente seguradora, nenhuma quantia sendo recebida pelo segurado antes do sinistro” (ALMEIDA, J. C. Moitinho. **O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado**. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1971, p. 6).

⁵⁵ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 66.

⁵⁶ ALVIM, Pedro. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 31-32.

⁵⁷ DONATI, *op. cit.*, p. 67-68.

⁵⁸ Nesse contexto, muitas legislações vedaram o seguro de vida: entre os séculos XVI e XVII, os seguros de vida foram proibidos, por exemplo, pelas ordenações da Antuérpia (1570); pelo Guidon de la Mer (final do séc. XVI); pelas ordenações de Amsterdã (1598); de Middelburg (1600); de Rotterdam (1694); bem como pela Ordenação francesa de 1681. Ademais, surgiram as regras do interesse legítimo: para contratar o seguro era necessário ter interesse na coisa segurada, o risco deveria afetar o segurado, representando uma possibilidade de perda para este, e da proibição de seguro da coisa por inteiro valor, as quais sinalizavam para a natureza indenitária do seguro. DONATI, *op. cit.*, p. 67-6 e 75.

⁵⁹ DONATI, *op. cit.*; MONTI, Alberto. **Buona Fede e Assicurazione**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2002, p. 1-5.

⁶⁰ ALVIM, *op. cit.*, p. 27-29.

⁶¹ VIVANTE, Cesare. **Del Contratto di Assicurazione**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1936, p. 3.

probabilidade estatística, este era objeto de especulação, era estimado de acordo com a crença subjetiva dos contratantes, a partir da experiência de cada um e do conhecimento detalhado da expedição.⁶² Por consequência, o prêmio era fixado muito mais de acordo com a lei da oferta e da demanda do que a partir da consciência efetiva do risco.⁶³ Dessa forma, o elevado grau de incerteza quanto ao risco objeto do contrato prejudicava a existência de um equilíbrio econômico entre as prestações,⁶⁴ tornando a operação instável. Não por acaso, foi nesse contexto que surgiram técnicas destinadas a conferir maior segurança ao contrato, como o cosseguro, o resseguro e o seguro de crédito, assim como o princípio da máxima boa-fé.⁶⁵

2.1.2 Desenvolvimento do contrato de seguro

A segunda metade do séc. XVII marca o início de uma nova fase de desenvolvimento do contrato de seguro: assiste-se ao desenvolvimento dos seguros terrestres, à expansão das companhias de seguro, bem como ao advento da empresa seguradora e, com ela, a verdadeira técnica assecuratória. É nesta fase, que vai até o final do séc. XVIII, que a atividade de seguros se fortalece, assumindo os contornos de um comércio sistemático e prudente.⁶⁶

2.1.2.1 Desenvolvimento moderno

A partir da segunda metade do séc. XVII, já ao final da Idade Moderna, o contrato de seguro ganha novos horizontes. “O desenvolvimento industrial da Inglaterra está na base da evolução do seguro neste período”,⁶⁷ impulsionando a expansão não apenas da forma

⁶² Registra-se que o único dado objetivo para o cálculo do risco e do prêmio advinha da declaração inicial do risco, da descrição pormenorizada, pelo segurado, dos detalhes da expedição (MONTI, Alberto. **Buona Fede e Assicurazione**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2002, p. 2-3).

⁶³ VIVANTE, Cesare. **Del Contratto di Assicurazione**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1936, p. 3.

⁶⁴ MONTI, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁵ Neste momento, a “insegurança da operação induzia os seguradores a limitarem sua responsabilidade em cada negócio”, o que ocorria mediante o fracionamento do risco entre mais de um segurador; seja mediante a subscrição da apólice por diversos seguradores, cada qual responsável por determinada parcela do todo (cosseguro), seja mediante a subscrição da apólice por um único segurador, responsável perante o segurado pela totalidade do risco, com a transferência do excesso da sua capacidade para outros seguradores (resseguro). Na mesma linha, porém, com duração mais curta, surgiu o seguro de crédito, contra a insolvência do segurador. Igualmente, foi neste período que surgiu o princípio da máxima boa-fé. Devido à instabilidade da operação, os deveres de boa-fé e cooperação eram intensos, impondo às partes o compartilhamento não apenas dos detalhes da expedição, mas também da experiência, do conhecimento de cada um quanto aos riscos em jogo (ALVIM, Pedro. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 29-30; DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 63; MONTI, *op. cit.*, 1-5).

⁶⁶ VIVANTE, *op. cit.*, p. 7. Esta é a razão pela qual, para muitos autores, é apenas na Idade Moderna, com o início da sua etapa científica, que se verifica o surgimento do “verdadeiro seguro” (HALPERIN, Isaac. **Exposición Crítica de las Leyes 17.418 y 20.091**. v. 1. Buenos Aires: Depalma, 1983, p. 2-3).

⁶⁷ ALMEIDA, J. C. Moitinho. **O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado**. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1971, p. 7.

marítima, mas também das modalidades terrestres. De um lado, com o deslocamento do poder econômico para os portos do norte, a Inglaterra passa a dominar o comércio marítimo e, por consequência, Londres tona-se o centro de desenvolvimento do seguro marítimo.⁶⁸ Não por acaso, é neste período que, em um café fundado por Edward Lloyd, em 1686,⁶⁹ onde seguradores e corretores se reuniam para tratar de seguros marítimos, o Lloyd's inicia suas atividades, passando a desenvolver o sistema de cosseguro e a influenciar a indústria de seguros do mundo inteiro.⁷⁰

De outro lado, é também na Inglaterra onde os seguros terrestres – especialmente de incêndio e de vida – encontram amplo espaço de desenvolvimento. Na segunda metade do séc. XVII, como consequência do grande incêndio de 1666 – “que durou uma semana, queimando 13.200 casas, 87 igrejas e a Catedral de São Paulo” –⁷¹ impulsiona-se, em Londres, a prática do seguro de incêndio.⁷² A partir de então, o risco de incêndio – até então objeto das mútuas assistenciais no norte da Alemanha – passa a ser explorado por companhias de seguro,⁷³ em um esquema que combina mutualidade com a contratação a prêmio fixo.⁷⁴ Na sequência, o seguro de incêndio expande-se pela Europa, tornando-se, inclusive, obrigatório em alguns países.⁷⁵

Um século mais tarde, é também na Inglaterra onde o seguro de vida tem sua legitimidade e independência reconhecidas, desenvolvendo-se fora dos domínios da aposta. Neste momento, os seguros de vida iniciados a partir do séc. XIV, porque desvirtuados em pura especulação, estavam terminantemente proibidos na maioria dos países europeus, exceto na Inglaterra, onde encontrou legitimidade no *Gambling Act* de 1774.⁷⁶ Neste diploma,

⁶⁸ DONATI, *op. cit.*; MONTI, Alberto. **Buona Fede e Assicurazione**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2002, p. 73.

⁶⁹ *Ibid.* p. 73

⁷⁰ Como relata Motinho de Almeida, “o café Lloyd's existia, ao que parece, já em 1688, fundado por Edward Lloyd. Três vezes por semana aí se publicava o Lloyd's News, narrando os principais acontecimentos marítimos, e aí se reuniam os interessados em notícias sobre a navegação. Quando, em 1692, o café se mudou para a Rua dos Lombardos, iniciou-se a actividade de cosseguro, que hoje caracteriza o Lloyd's. Nele se reuniam os principais seguradores, que aí tratavam em comum de negócios de seguros, sobretudo marítimos” (ALMEIDA, J. C. Moitinho. **O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado**. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1971, p. 8).

⁷¹ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 63.

⁷² DONATI, *op. cit.*, p. 74.

⁷³ Em 1684, foi criada a Friendly Society; em 1696, a Hand in Hand; e, posteriormente, a Phoenix Office, que, já em 1705, já adotava diferentes prêmios de acordo com a natureza da construção: 2,5% para as casas de tijolo, 5% para as casas de madeira (HALPERIN, Isaac. **Exposición Crítica de las Leyes 17.418 y 20.091**. v. 1. Buenos Aires: Depalma, 1983, p. 3; ALMEIDA, *op. cit.*, p. 8).

⁷⁴ Pressupondo, nos moldes do seguro marítimo, uma certa reciprocidade entre indenização e prêmio (DONATI, *op. cit.*, p. 74).

⁷⁵ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 8.

⁷⁶ Assim, de um modo geral, o seguro de vida era vedado na Europa, verificando-se, porém, institutos próximos, como as formas assistenciais e as *tontinas*. Como observa Donati, “La tontina (dal nome del Tonti che nel tempo di Mazzarino l'introdusse in Francia) consisteva nella costituzione di un fondo comune mediante contributo dei

declarou-se lícito não apenas a contratação de seguro sobre a própria vida, mas também sobre a vida alheia, desde que presente um interesse legítimo, desde que a pessoa sobre cuja vida recaí o seguro consentisse com a contratação e com o valor máximo da cobertura.⁷⁷ Nesse contexto, a partir da noção de interesse, traça-se um “critério distintivo entre o seguro de vida e a aposta”,⁷⁸ e o primeiro volta, gradualmente, a ser permitido nos demais países europeus, em um movimento que se intensifica no séc. XIX.⁷⁹

Por outro lado, este período de desenvolvimento da atividade de seguros é marcado pelo surgimento e expansão das companhias de seguro. Ao final do séc. XVII, com a ampliação das rotas do comércio, o seguro passa a envolver riscos vultosos, para além da capacidade dos seguradores individuais. Assim, devido a sua estrutura societária e a sua maior capacidade financeira, as sociedades anônimas passam a ser adotadas para a exploração dos seguros, inclusive como forma de dar maior segurança à atividade. Este movimento, iniciado sobretudo no campo marítimo e em regime de monopólio, intensificou-se ao longo do séc. XVIII.⁸⁰ A partir de então, por toda Europa, salvo em Londres, onde, paralelamente, subsistiram os seguradores individuais,⁸¹ o seguro passa a ser explorado preponderantemente por companhias seguradoras.⁸²

Neste período, com a exploração da atividade de seguros por grandes companhias e o aperfeiçoamento do cosseguro pelo Lloyd's, assiste-se ao surgimento da empresa seguradora e, com ela, da “verdadeira e própria técnica assecuratória”.⁸³ Neste momento, a atividade de seguros se fortalece, passando a estruturar-se em sólidas bases técnicas e financeiras, em um verdadeiro sistema de segurança, que reduz - ou elimina - o risco para aquele que o assume.

partecipanti e i cui interessi erano ripartiti tra i sopravvivenenti fino all'ultima morte. Lo stato, gerente dela tontina, aveva il duplice vantaggio di avere la disponibilità di questi fondi e di acquistare definitivamente i capitali di coloro che premorivano. Sulla storia delle tontine che iniziarono la loro diffusione in Francia nel 1633, in Olanda nel 1771, in Inghilterra nel 1692, in Prussia nel 1698” (DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 75).

⁷⁷ DONATI, *loc. cit.*, p. 75; HALPERIN, Isaac. **Exposición Crítica de las Leyes 17.418 y 20.091**. v. 1. Buenos Aires: Depalma, 1983, p. 3-4.

⁷⁸ DONATI, *op. cit.*, p. 75.

⁷⁹ Em França, por exemplo, o Rei autorizou a constituição da primeira companhia de seguro de vida, em 1787, com apoio de juristas como Pothier e Portalis (MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 67. DONATI, *op. cit.*, p. 75).

⁸⁰ Assim, instituíram-se, sucessivamente, em Paris (1686), Londres (1726), Copenhague (1726), Gênova (1741), Nápoles (1751), companhias seguradoras autorizadas a operar seguros em regime exclusivo ou quase exclusivo (VIVANTE, Cesare. **Del Contratto di Assicurazione**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1936, p. 4).

⁸¹ *Ibid.*, p. 6-7.

⁸² As quais passam a praticar o seguro tanto na forma mutualística (sociedades mútuas) como na forma de contratação a prêmio fixo (sociedades de seguro a prêmio) DONATI, *op. cit.*, p. 76.

⁸³ *Ibid.*, p. 76.

Este processo de formação do “moderno empreendimento de seguros”⁸⁴ ocorreu de forma gradual, guardando relação com dois movimentos iniciados no final da Idade Moderna. De um lado, é reflexo da própria exploração da atividade de seguros mediante a formação de grandes capitais.⁸⁵ No momento em que o seguro passa a ser praticado por grandes companhias, de forma reiterada e sistemática, em um volume cada vez maior, com a formação de uma “massa numerosa e difusa de segurados”, a segurança da operação passa por um esquema mutual, a atividade de seguros passa a estruturar-se em sistema mutual, em que o custo das indenizações pagas em caso de sinistro é diluído e compensado pela contribuição daqueles segurados que não foram afetados por um sinistro.^{86,87}

De outro lado, o fortalecimento da atividade de seguros guarda relação com os avanços científicos do Renascimento.⁸⁸ Ao final da Idade Moderna, com o progresso dos estudos matemáticos – descoberta da teoria das probabilidades, em 1654; advento da lei dos grandes números, em 1703; apresentação da primeiras tábuas de mortalidade, em 1693 –⁸⁹ desenvolvem-se técnicas quantitativas de medição do risco, lançando-se as bases científicas do seguro. A partir de então, inicialmente no ramo de vida, o seguro passa a ser objeto de uma gestão científica, com o cálculo do prêmio de forma correspondente “ao capital segurado, à idade do segurado e à duração do contrato, com provisão de reservas adequadas”.^{90,91}

Nesse contexto, fundando-se em bases técnico-financeiras mais sólidas, a operação de seguros, pouco a pouco, perde o seu caráter empírico, assumindo os contornos de um comércio sistemático e prudente, em um movimento gradual que inicia na Idade Moderna e será levado a

⁸⁴ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 76.

⁸⁵ ALVIM, Pedro. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 39.

⁸⁶ VIVANTE, Cesare. **Del Contratto di Assicurazione**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1936, p. 7.

⁸⁷ Neste momento, portanto, os esquemas de transferência do risco a prêmio e de mutualidade fundem-se em uma mesma operação; a mutualidade é incorporada ao seguro empresarial, como um dos seus elementos técnicos estruturantes.

⁸⁸ BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos Deuses: a fascinante história do risco**. Trad. Ivo Korytowski. 2.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 1-3.

⁸⁹ “Em 1654, Blaise Pascal (1623-1662) e Pierre de Fermat (1601-1665) criaram as bases do cálculo de probabilidades: um esforço depois retomado pelo holandês Cristiaan Huygens (1629-1695), que, em 1657, publica uma obra sobre cálculo e jogos de azar. O suíço Jaques Bernouilli (1654-1705) apura as leis dos grandes números, que permitem o estabelecimento das primeiras tábuas de mortalidade. Antoine Deparcieux (1703-1768), em 1746, publica a primeira tábua de mortalidade, em França. Paralelamente, em Inglaterra, Edmond Halley (1656-1742) dá à estampa, em 1693, um artigo sobre tábuas de sobrevivência, na base das pesquisas de Caspar Neumann (1648-1715)” (MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 64).

⁹⁰ DONATI, *op. cit.*, p. 77.

⁹¹ Registra-se que, em 1762, a Equitable Society for the Assurance of Life and Survivorship, é uma das primeiras companhias de seguro a adotar diferentes prêmios de acordo com a idade do segurado (VAUGHAN, Emmett J; VAUGHAN, Therese M. **Fundamentals of risk and insurance**. 7. ed. New York: John Wiley & Sons Inc, 1996, p. 58).

cabo na Idade Contemporânea. Neste momento, portanto, a seguradora passa a assumir os riscos dos segurados de forma segura, não mais com os riscos de uma verdadeira aposta, mas com uma segurança - cada vez maior - de que a soma dos prêmios arrecadados fará frente às indenizações futuras.⁹²

2.1.2.2 Desenvolvimento contemporâneo

A fase de desenvolvimento contemporâneo do seguro, que compreende o séc. XIX até os dias atuais, é marcada pela expansão da indústria do ramo e pelo aprimoramento e massificação da operação. Nesta fase, o contrato de seguro torna-se um bem de consumo, submetendo-se, juntamente com atividade securitária, a um amplo controle estatal.⁹³

Na Idade Contemporânea, com o desenvolvimento do seguro, a nível internacional, por um setor profissional altamente especializado e financeiramente sólido,⁹⁴ assiste-se à expansão da indústria de seguros. Neste momento, o aprimoramento das bases técnicas da operação, especialmente do cálculo das probabilidades, somado ao desenvolvimento industrial, impulsionam a atividade de seguros: surgem novas companhias, novos ramos e o contrato tem sua técnica aprimorada e massificada.⁹⁵

Ao longo do séc. XIX, para além dos seguros marítimos, de incêndio e de vida, desenvolvem-se outras modalidades contratuais, como o seguro de responsabilidade civil,⁹⁶ de furto e roubo, de riscos agrícolas, de acidentes pessoais e de transporte ferroviário.⁹⁷ Na segunda metade do séc. XIX, aumentam o número de seguradoras, surgem as apólices coletivas, o resseguro se desenvolve internacionalmente, o seguro passa a ser contratado em

⁹² VIVANTE, Cesare. **Del Contratto di Assicurazione**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1936, p. 7-8.

⁹³ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 54.

⁹⁴ MONTI, Alberto. **Buona Fede e Assicurazione**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2002, 6.

⁹⁵ ALVIM, Pedro. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 40-41; MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 69.

⁹⁶ Como explica Halperin: “El seguro de la responsabilidade civil halla su origen en el resarcimiento del abordaje en el derecho marítimo. Su progreso se vio dificultado por dois principios, hoy en franca declinación: que no hay responsabilidade sin culpa, y que el asegurador no indemniza los daños derivados de actos o hechos culposos del asegurado o de sus dependientes. Los primeros contratos se celebraron en Francia, a comienzos del siglo XIX – en 1825 –, con referencia a los transportes a caballo, pero su desarrollo efectivo lo recibe con el seguro de los accidentes en la industria, en el transporte ferroviario, en el riesgo locativo y por empleo del automóvil (HALPERIN, Isaac. **Crítica de las Leyes 17.418 y 20.091**. v. 1. Buenos Aires: Depalma, 1983p. 4).

⁹⁷ DONATI, *op. cit.*, p. 78.

maior escala e assume os contornos de um contrato de adesão, tendo suas cláusulas uniformizadas por condições gerais.⁹⁸

Ao longo dos séculos XX e XXI, o movimento de expansão e massificação do seguro é intensificado: multiplicam-se as modalidades contratuais, com desenvolvimento do seguro aéreo, ambiental, de engenharia ou construção, de saúde, de viagem, de responsabilidade civil, bem como de seguros voltados à população de baixa renda; muitas seguradoras passam a operar mais de um ramo simultaneamente;⁹⁹ com o advento do comércio eletrônico, a contratação de seguros à distância pela internet torna-se frequente; ademais, como reflexo do fenômeno “bancaassurance”, de uma progressiva integração de bancos e seguradoras para comercialização de seguros, os seguros de crédito ou prestamistas encontram um amplo campo de desenvolvimento e o banco passa a ser um importante canal de venda de seguros.¹⁰⁰

Neste período, portanto, o seguro ganha um novo contexto. De um lado, praticamente não há risco – econômico e estimável pela probabilidade estatística – que não seja objeto do seguro, tampouco uma atividade econômica que não se desenvolva à margem deste contrato.¹⁰¹ De outro lado, o seguro, para além de um instrumento mercantil, torna-se um bem de consumo, objeto de contratação pelas mais diversas camadas sociais,¹⁰² assumindo os contornos de um contrato assimétrico, no qual as partes não estão em posição de igualdade, no qual o segurado está, perante o segurador, em uma condição de vulnerabilidade.

Por outro lado, na Idade Contemporânea, especialmente ao longo do séc. XX, a atividade de seguros, juntamente com o próprio contrato, torna-se objeto de um intensa regulação por parte do Estado.¹⁰³ “Dentre as justificativas para a regulação estatal está justamente a necessidade de assegurar a higidez econômico-financeira do segurador, a

⁹⁸ Como observa Claudia Lima Marques, “os fenômenos da predisposição de cláusulas ou condições gerais dos contratos e do fechamento de contratos de adesão se tornaram inerentes à sociedade industrializada moderna – em especial, nos contratos de seguro e de transporte já se observa a utilização dessas técnicas de contratação desde o século XIX” (...) “Esses contratos são homogêneos em seu conteúdo, mas concluídos com uma série ainda indefinida de contratantes. Logo, por uma questão de economia, racionalização, de praticidade e mesmo de segurança, a empresa predispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão dos consumidores, isto é, pré-redige um complexo uniforme de cláusulas, que serão aplicáveis indistintamente a toda essa série de futuras relações contratuais” (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 71).

⁹⁹ ALVIM, Pedro. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 41.

¹⁰⁰ Em Portugal, como observa a doutrina: “o canal bancário terá sido responsável pela distribuição de cerca de metade da produção do setor de segurador em 1999 e por cerca de 82% do volume de prémios no ramo Vida, que subiu para 83% em 2004 e 86% em 2010”. “Percentagens a evidenciar a forte convergência da Banca e dos Seguros a nível da distribuição de ‘produtos’ financeiros, *in casu* com a Banca a vender ‘produtos’ de seguros através da sua rede de balcões” (SILVA, João Calvão da. **Banca, Bolsa e Seguros**. 4. ed. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2013, p. 25-27).

¹⁰¹ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, 82.

¹⁰² MONTI, Alberto. **Buona Fede e Assicurazione**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2002, p. 5-6.

¹⁰³ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 69, 132-133.

proteção do consumidor e da livre concorrência”, bem como “a cooperação entre os seguradores no mercado, de modo a melhorar a sua capacidade de identificação e mensuração de riscos visando à correta precificação do seguro”.¹⁰⁴

Como observa Menezes Cordeiro, em Portugal, a supervisão de seguros foi introduzida em 1907 mediante Decreto que dispunha, entre outras medidas, que “a indústria de seguros só poderá ser exercida por sociedades anónimas de responsabilidade limitada ou por sociedades mútuas, que para isso legalmente se constituem e sejam autorizadas nos termos do presente decreto”.¹⁰⁵ Na França, o controle do Estado sobre a atividade de seguros surgiu em 1917, com promulgação de Lei que “submeteu a autorização prévia as empresas estrangeiras que pretendessem operar no território francês”.¹⁰⁶ Por outro lado, na Alemanha, a Lei de Supervisão dos Seguros é de 1901. Contudo, o autor observa que o espaço jurídico alemão sempre dedicou amplo campo à supervisão dos seguros.¹⁰⁷

Assim, neste movimento de supervisão da atividade de seguros, que intensificou-se ao longo do séc. XX, passa-se, em linhas gerais, a limitar a exploração de seguros privados às sociedades anónimas, às cooperativas e às mútuas; a instituir rigorosas normas de constituição, desenvolvimento e extinção da atividade de seguros; bem como a condicionar o exercício da atividade à autorização prévia - e à subsequente supervisão - por parte da autoridade administrativa.¹⁰⁸ Nesse sentido, atribui-se, à autoridade administrativa, poderes de regulação e supervisão não apenas quanto ao conteúdo do contrato - aprovação dos instrumentos contratuais, imposição de cláusulas e coberturas e disposição de tarifas mínimas - mas também quanto à gestão financeira e atuarial da atividade, englobando, por exemplo:

- a) a definição de critérios de patrimônio líquido mínimo e margem de solvência do segurador;
- b) a definição de limites técnicos para a contratação de seguros, o que envolve a correta segmentação de riscos, e as respectivas provisões de indenização;
- c) constituição de reservas técnicas para o pagamento das prestações aos segurados em caso de sinistros;
- d) aplicação das provisões técnicas em investimentos que assegurem remuneração adequada e liquidez a tais recursos;
- e) o registro das informações financeiras do segurador, de acordo com regras técnicas contábeis.¹⁰⁹

¹⁰⁴ MIRAGEM, Bruno. O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). **Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 33.

¹⁰⁵ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p.110-111.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 285.

¹⁰⁷ “Inicialmente, todas as sociedades anónimas estavam sujeitas a um princípio da concessão, para adquirirem personalidade coletiva. A liberalização alcançada nos anos 70 do séc. XIX não se estendeu, no tocante aos seguros, em vários Estados alemães. A regulação manteve-se firme”. *Ibid.*, p. 73 e 130.

¹⁰⁸ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, 85.

¹⁰⁹ MIRAGEM, *op. cit.*, p. 33-34.

Ademais, esta regulação da atividade de seguros – como parte integrante do sistema financeiro, ao lado da atividade bancária e do mercado de capitais – tem ocorrido à margem de dois principais modelos. No modelo tripartido, em que cada setor do sistema financeiro tem sua própria autoridade administrativa, a atividade de seguros é objeto de regulação setorial. Trata-se do modelo tradicional, adotado em países como o Brasil¹¹⁰ e Portugal.¹¹¹ Por outro lado, no modelo integrado, adotado recentemente por países como Inglaterra e Alemanha, em que uma única autoridade administrativa é responsável pela regulação de todo o sistema financeiro, a supervisão do setor de seguros ocorre de forma integrada com os setores bancário e de valores mobiliários.¹¹²

2.2 ESTRUTURA E CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE SEGURO

Em linhas gerais, o contrato de seguro se caracteriza como aquele por meio do qual o segurador, mediante contraprestação em dinheiro, cobre interesse legítimo do segurado contra riscos predeterminados, comprometendo-se a realizar determinada prestação em caso de concretização do risco, de ocorrência do evento economicamente desfavorável ao interesse do segurado previsto no contrato.

Tendo por finalidade neutralizar os efeitos do risco na esfera patrimonial do segurado, o contrato de seguro se estrutura a partir da troca entre prêmio e cobertura: enquanto o segurado se obriga ao pagamento do prêmio, o segurador se obriga à garantia do interesse legítimo do segurado, comprometendo-se a uma prestação eventual, que geralmente consiste no pagamento de soma em dinheiro, em caso de sinistro.

No direito brasileiro, o contrato de seguro é definido no art. 757 do Código Civil: “pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”. Neste dispositivo, o legislador brasileiro traçou importantes características do seguro. Além de identificar e qualificar os principais sujeitos da relação contratual: segurado e segurador, estabelece, com precisão, o objeto do contrato: “garantia de interesses legítimos contra riscos predeterminados”.

¹¹⁰ MIRAGEM, Bruno. **Direito Bancário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹¹¹ SILVA, João Calvão da. **Banca, Bolsa e Seguros**. 4. ed. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2013, p. 37-43.

¹¹² *Ibid.*, p. 37-38. MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 287.

2.2.1 Elementos do contrato

Caracterizam o contrato de seguro, como elementos essenciais, (i) os sujeitos da relação contratual: segurado e segurador, (ii) o risco, (iii) o interesse legítimo, (iv) a cobertura ou garantia, (v) e o prêmio. Seguindo a classificação de Junqueira de Azevedo,¹¹³ observa-se que segurado e segurador, como sujeitos da relação, constituem elementos extrínsecos do negócio, enquanto que os demais são elementos intrínsecos, que integram o próprio contrato. Todos eles, porém, qualificam e particularizam o seguro, permitindo sua distinção quanto às demais modalidades contratuais.

2.2.1.1 Sujeitos: segurado e segurador

Em primeiro lugar, o contrato de seguro pressupõe a existência de, no mínimo, dois sujeitos: o segurado e o segurador. O primeiro constitui o titular do interesse legítimo ameaçado pelo risco, a pessoa física ou jurídica “em cuja esfera se situa o risco em causa”.¹¹⁴ O segundo, por sua vez, consiste na entidade, legalmente autorizada, que, em troca do prêmio, assume o risco do segurado.

Como regra geral, segurado e tomador do seguro confundem-se na mesma pessoa. Como titular do interesse exposto ao risco, geralmente é o segurado quem celebra o contrato com o segurador, vinculando-se ao pagamento do prêmio e ao cumprimento das demais obrigações contratuais. Contudo, é importante ter presente que segurado e tomador do seguro são figuras que podem não coincidir na mesma pessoa, o que ocorre quando um terceiro contrata o seguro em favor de outrem, na condição de mandatário, como no caso da contratação por estipulante, regulada pelo art. 801 do Código Civil.¹¹⁵ Nestes casos, portanto, à relação jurídica soma-se um terceiro sujeito: o tomador do seguro.

Igualmente, cabe observar que o segurado, como titular do interesse, não se confunde necessariamente com a pessoa segurada, atingida fisicamente pelo sinistro, a exemplo da contratação de seguro sobre a vida de outrem (art. 790 do Código Civil).¹¹⁶ Nesse sentido, para

¹¹³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: Existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 31-40.

¹¹⁴ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 477.

¹¹⁵ “Art. 801. O seguro de pessoas pode ser estipulado por pessoa natural ou jurídica em proveito de grupo que a ela, de qualquer modo, se vincule. § 1º O estipulante não representa o segurador perante o grupo segurado, e é o único responsável, para com o segurador, pelo cumprimento de todas as obrigações contratuais”.

¹¹⁶ “Art. 790. No seguro sobre a vida de outros, o proponente é obrigado a declarar, sob pena de falsidade, o seu interesse pela preservação da vida do segurado”. Observa-se, porém, que o legislador brasileiro não foi feliz na redação do artigo. Onde consta “segurado”, deve-se ler “pessoa segura”.

a distinção das figuras do segurado, do tomador do seguro e da pessoa segura, elucidativo é o exemplo de Menezes Cordeiro:¹¹⁷

Um patrocinador de uma equipa de futebol celebra um contrato de seguro pelo qual, na hipótese de morte do guarda-redes antes da final do campeonato, o clube respectivo recebe um determinado capital para contratar um substituto. Temos: segurador, a companhia que assume o risco; tomador, o próprio patrocinador; segurado, o clube; pessoa segura, o guarda-redes.

Por outro lado, o segurador constitui a pessoa jurídica, a entidade, que exerce a atividade securitária, que assume o risco do segurado mediante uma gestão científica. Trata-se da entidade profissional, especializada, que celebra contratos de seguro de forma contínua, reiterada e organizada,¹¹⁸ “que lida, em moldes científicos, com grandes números”,¹¹⁹ estruturando sua atividade a partir de um conjunto de técnicas voltadas ao gerenciamento do risco, o que passa pelo método de contratação em massa, da mutualidade e da lei dos grandes números, pela formação de reservas técnicas, assim como por outras técnicas financeiras e atuarias de cálculo, dispersão, pulverização e classificação dos riscos.

No direito brasileiro, o exercício da atividade de seguros privados - e a consequente celebração de contratos de seguro na condição de segurador – condiciona-se à autorização prévia do órgão regulador. O Dec.-lei 73/1966, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados e regula as operações de seguro no país, seguindo a tendência no direito comparado, além de tipificar as sociedades que podem operar seguros privados (art. 24),¹²⁰ condiciona a prática da atividade à autorização da autoridade administrativa (SUSEP). No mesmo sentido, é o disposto no parágrafo único do art. 757 do Código Civil.¹²¹

Sob esta perspectiva, portanto, a capacidade do segurador, como sujeito da relação contratual, passa pela habilitação legal, de modo que a celebração de contrato nos moldes do

¹¹⁷ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 477.

¹¹⁸ Como observa Rubén Stiglitz: “La empresa aseguradora es aquella que ejerce con carácter profesional una actividad económica organizada que tiene por finalidad ofrecer en el mercado la celebración continua de contratos de seguros”. “La empresa que, con carácter profesional, tiene por objeto la organización de la actividad aseguradora y que se traduce en la conclusión repetida y continua de contratos de seguro, debe operar científicamente y para ello la referida actividad debe fundarse en una serie de criterios o normas técnicas cuya eficiencia se halla condicionada a la obtención de la más amplia masa de riesgos. En efecto, para que la empresa de seguros pueda indemnizar todos los siniestros garantizados es necesario que organice la mutualidade de riesgos según reglas matemáticas rigurosas que son el fundamento de sua técnica operativa” (STIGLITZ, Rubén. **Derecho de Seguros**. t. 1. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 29 e 35).

¹¹⁹ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 471.

¹²⁰ “Art 24. Poderão operar em seguros privados apenas Sociedades Anônimas ou Cooperativas, devidamente autorizadas. Parágrafo único. As Sociedades Cooperativas operarão unicamente em seguros agrícolas, de saúde e de acidentes do trabalho”.

¹²¹ “Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada”.

caput do art. 757, em que aquele que assume o risco é pessoa não habilitada, pode ser compreendida como causa de nulidade do contrato, por incapacidade do agente (art. 104, I, CC).¹²²

Ademais, observa-se que a exigência de autorização não constitui mero requisito formal para a contratação. Ao contrário, se apoia em todo um complexo regulatório destinado assegurar a higidez econômico-financeira do segurador, mediante a imposição de normas de gestão financeira e atuarial (e.g. formação de reservas técnicas), atuando como uma medida de proteção não apenas do sistema de seguros, mas também dos segurados.¹²³ Dessa forma, no plano contratual, a exigência legal converte-se em uma garantia para o segurado, em uma garantia da solvabilidade do segurador ainda que não em termos absolutos, o que não se verifica nos chamados “seguros piratas”, que operam ilegalmente, à margem da supervisão estatal.¹²⁴

2.2.1.2 Garantia, interesse, risco e prêmio

Por outro lado, integram o contrato de seguro, como elementos essenciais, (i) o risco, (ii) o interesse legítimo, (iii) a cobertura ou garantia, (iv) e o prêmio.¹²⁵ Nesse sentido, rememore-se que, de acordo com o art. 757, “é justamente a noção de garantia de interesse

¹²² Solução semelhante é adotada no direito português: “sem prejuízo de outras sanções aplicáveis, a violação do disposto no número anterior gera a nulidade do contrato, mas não exime aquele que aceitou cobrir o risco de outrem do cumprimento das obrigações que para ele decorreriam do contrato ou da lei caso o negócio fosse válido, salvo havendo má-fé da contraparte” (MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, 472). De acordo com Adalberto Pasqualotto, “Em consequência, um acordo de vontades com o intuito de transferência de risco de uma pessoa para outra ainda que preenchendo, em tese, a moldura do art. 757, caput, mas que não atenda ao requisito legal do parágrafo único, é juridicamente inexistente” (PASQUALOTTO, Adalberto. **Contratos Nominados III. Seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação e compromisso**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 83).

¹²³ MIRAGEM, Bruno. O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). **Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 33-34.

¹²⁴ Registra-se, ademais, que muitos autores, como Moitinho de Almeida, no direito português (ALMEIDA, J. C. Moitinho. **O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado**. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1971, p. 20-23) e Ernesto Tzirulnik, no brasileiro (TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio; PIMENTEL, Ayrton. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 39-40), entendem que a exigência de autorização legal para a contratação de seguro representa o acolhimento da teoria da empresa pelo ordenamento jurídico, tal como proposto por Cesare Vivante, de modo que a organização empresarial do segurador também constituiria elemento essencial, inderrogável, do contrato.

¹²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Substitutivo ao capítulo referente ao contrato de seguro no anteprojeto do Código Civil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: n. 5, ano XI, 1972. p. 147.

legítimo contra riscos predeterminados que caracteriza e define o tipo contratual no direito brasileiro”.¹²⁶

Risco e interesse legítimo constituem elementos distintos, porém correlatos entre si, que se aproximam na moldura do seguro, compondo o objeto sobre o qual recai a cobertura. Enquanto o interesse se refere à relação juridicamente relevante que se estabelece entre o segurado e um bem da vida,¹²⁷ traduzindo-se, mais precisamente, em um interesse econômico do segurado¹²⁸ na preservação de bens materiais ou imateriais, corpóreos ou incorpóreos, “relativo a coisas ou a pessoas” (art. 757), o risco, como a possibilidade de um evento adverso, constitui o elemento que circunda o interesse, que o ameaça, como uma possível fonte de lesão, criando, para o segurado, a necessidade de proteção (de cobertura) e justificando a contratação do seguro.¹²⁹

Quanto à noção de interesse, observa-se que esta foi objeto de profundos debates não apenas na ciência jurídica, mas também no âmbito do seguro. Em uma primeira fase, buscou-se, no interesse, o fator de legitimação do seguro, o elemento apto, tal como o princípio indenitário, a afastar o seguro de eventual caráter especulativo e a justificar o seguro sobre a vida alheia, diferenciando-o do jogo; em uma segunda fase, o interesse passou a ocupar importante papel para o desenvolvimento da dogmática do seguro, como elemento que delimita o objeto e o regime do contrato.¹³⁰ Ernest Bruck sintetiza a noção a partir de quatro pontos básicos: “(i) o interesse é a relação que se estabelece entre um sujeito e um objeto; (ii) essa relação deve ter um certo valor para a pessoa; (iii) nem toda a relação é segurável, de

¹²⁶ MIRAGEM, Bruno. O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). **Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 28.

¹²⁷ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio; PIMENTEL, Ayrton. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 32.

¹²⁸ Como explica Bruno Miragem, trata-se, como regra, de interesse de natureza econômica, seja na conservação do patrimônio, seja para assegurar-se de sua não diminuição ou visando à redução ou contenção do passivo patrimonial. Ou ainda para a satisfação de uma necessidade própria do segurado ou de terceiro beneficiário. Todavia, embora controversa, admite-se a dualidade do interesse econômico e moral como objeto do seguro. Esse interesse subjetivo, baseado, por exemplo, em relações de parentesco ou afeição é considerado também passível de integrar, segundo alguns, o objeto do seguro (...). Parece, contudo, claro que aqui se confunde motivo e objeto do contrato. O que leva alguém a contratar o seguro, embora determinante, não é o mesmo que o seu objeto. Este consiste na preservação ou atenuação de consequências de repercussões de certos riscos no patrimônio próprio ou alheio, interesse que é econômico, embora mediatamente possa ter motivações de outra ordem (MIRAGEM, *op. cit.*, p. 29-30).

¹²⁹ TZIRULNIK, *op. cit.*, p. 36-38.

¹³⁰ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, 503-509. Igualmente, para uma análise aprofundada da evolução da noção de interesse no direito dos seguros: REGO, Margarida Lima. **Contrato de Seguro e Terceiros: estudos de direito civil**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010, p. 172 e ss.

acordo com a ordem jurídica nacional; (iv) tal relação só tem um papel quando corra perigo”.¹³¹

Nesse sentido, enquanto relação juridicamente relevante, passível de seguro de acordo com a ordem jurídica, o interesse atua como elemento moralizador do contrato, que concretiza valores da ordem jurídica, vedando a contratação para fins considerados ilegítimos ou imorais,¹³² como o seguro sobre interesse alheio ou para a cobertura de ações fraudulentas e de determinadas práticas ilícitas. Ademais, como elemento que compõe o objeto do contrato, ao lado do risco e da cobertura, delimita a disciplina normativa do seguro, de modo que “sua falta, inicial, ou superveniente, dá azo a todo um regime”:¹³³ além de constituir fundamento para recusa da contratação por parte do segurador, pode levar à nulidade do contrato por vício do objeto¹³⁴ (arts. 104, II, e 762, do Código Civil).¹³⁵

De outro lado, a cobertura, ou garantia, de acordo com o art. 757 do Código Civil, constitui o elemento típico do contrato de seguro que delimita a natureza da prestação do segurador, que conforma o seu conteúdo como uma “obrigação de segurança”, “de suportação do risco” que ameaça o interesse legítimo do segurado.¹³⁶ Tendo por finalidade “eliminar um risco que pesa sobre o patrimônio segurado”,¹³⁷ assegurar determinado interesse patrimonial em face de um risco, a contraprestação do segurador assume feição complexa, passando, *a priori*, pela assunção do risco durante toda a vigência do contrato, e *a fortiori*, pelo cumprimento de determinada prestação em caso de sinistro, a qual geralmente consiste no pagamento de uma soma em dinheiro, de uma indenização nos seguros de dano e do capital segurado nos seguros de pessoas, podendo, também, corresponder à reposição da coisa *in natura*.¹³⁸

Sob esta ótica, portanto, a contraprestação do segurador engloba uma prestação eventual em dinheiro, dependente de um fato futuro e incerto, sob condição suspensiva.

¹³¹ BRUCK, Ernst. Das Interesse ein Zentralbegriff der Versicherung. Wien, 1931. p. 3-6. *Apud.* MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 508.

¹³² MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 503 *et seq.*

¹³³ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 508.

¹³⁴ MIRAGEM, Bruno. O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). **Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 55.

¹³⁵ “Art. 104, II. A validade do negócio jurídico requer objeto lícito, possível, determinado ou determinável”; “art. 762. Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro”.

¹³⁶ Nesse sentido: MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 522-523; ALMEIDA, J. C. Moitinho. **O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado**. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1971, p. 24-29.

¹³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 537.

¹³⁸ MIRAGEM, *op. cit.*, p. 27.

Porém, diferentemente do sustentado pela teoria da prestação em dinheiro,¹³⁹ a isso não se restringe, porque, “independentemente do sinistro, a existência do seguro representa um bem para o segurado”; ao assumir o risco do segurado - com todos os deveres e atribuições daí decorrentes -¹⁴⁰ o segurador já entrega uma vantagem patrimonial, um bem da vida. Daí a razão pela qual a obrigação de pagamento do prêmio - e a bilateralidade do contrato - subsiste mesmo que o sinistro não ocorra. Como observa Pontes de Miranda, “o risco foi coberto até que se desse o sinistro e o segurado obteve a cobertura; mesmo se o sinistro não sobreveio, cobriu-se-lhe o risco. Há sempre a prestação e a contraprestação, porque a entrega da soma é em virtude do que aconteceu, devido à álea”.¹⁴¹ Nesse sentido, observa-se que indenização e sinistro surgem como cláusulas típicas eventuais, porém não essenciais ao contrato.

Atualmente, no direito brasileiro, a doutrina converge no sentido de que a obrigação do segurador é de garantia, de garantia de interesse legítimo do segurado contra riscos predeterminados.¹⁴² Eventual controvérsia existente quanto à natureza da prestação do segurador à luz do Código Civil de 1916 - que, no art. 1.432, por influência da teoria da prestação em dinheiro, delineava o contrato e a prestação do segurador a partir do elemento indenização -¹⁴³ foi superada com o advento do Código Civil de 2002. No art. 757 do referido diploma, por influência de Fábio Comparato, redator do substitutivo do texto legal, adota-se,

¹³⁹ Para a teoria da prestação em dinheiro, que contrapõe uma prestação certa (prêmio) a uma prestação condicionada (indenização), a prestação do segurador teria natureza pecuniária e caráter eventual, consistindo no simples pagamento de uma indenização ao segurado ou beneficiário em caso de sinistro, como uma obrigação condicionada: dependente de fato incerto, de ocorrência ou data incerta. (MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 520).

¹⁴⁰ Como observa Menezes Cordeiro: “uma vez concluído o seguro, surge uma relação complexa entre as partes, de tipo duradouro; ao abrigo desta relação, o segurador fica adstrito a deveres de informação e de assistência, de tipo contratual; para poder honrar a prestação indenizatória eventual, o segurador fica adstrito a montar e manter toda uma estrutura organizativa, a recolher fundos e a geri-los, de modo a assegurar as garantias legais e a poder libertar as somas necessárias aos pagamentos que tenha de fazer face (*Ibid.*, p. 521).

¹⁴¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito Privado**. 3. ed. Tomo. XLV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 285.

¹⁴² Nesse sentido: COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 536-539; MIRAGEM, Bruno. O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). **Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 42; PASQUALOTTO, Adalberto. **Contratos Nominados III. Seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação e compromisso**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 61; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 340; TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio; PIMENTEL, Ayrton. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 30.

¹⁴³ “Art. 1.432. Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante o pagamento de um prêmio, a indenizar-lhe o prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato”.

expressamente, a teoria da garantia, que, na essência, constitui uma vertente da teoria da prestação da suportação do risco, desenvolvida no direito alemão.¹⁴⁴

O prêmio, por sua vez, constitui a contraprestação do segurado, a contrapartida da cobertura, o preço da garantia, sendo composto, basicamente, pelos seguintes elementos: (i) pelo valor destinado a cobrir o risco segurado, formado, estatisticamente, pela média de sinistros esperados, mediante a constituição de uma classe homogênea de segurados, e pelo carregamento de segurança, para cobertura de eventuais flutuações acima da média (prêmio puro);¹⁴⁵ (ii) pelos custos administrativos e pela remuneração da seguradora (carregamento), (iii) e pelas despesas adicionais, relativas, por exemplo, à emissão da apólice, ao parcelamento da prestação e à tributação incidente.¹⁴⁶

No direito brasileiro, o pagamento do prêmio vincula o segurador à cobertura mesmo que não haja emissão da apólice ou aceitação expressa da proposta, constituindo prova do contrato na falta da apólice ou do bilhete (art. 758, CC). Ademais, o prêmio pode corresponder a um valor único ou periódico, fixo ou variável; pode ser pago em uma única vez ou de forma parcelada; ser progressivo no tempo, aumentando, por exemplo, de acordo com a faixa etária do segurado; ou, ainda, no seguro de vida, ser convencionado por prazo limitado ou por toda a vida do segurado (art. 796, CC).

2.2.2 Função e natureza jurídica do contrato

A compreensão do contrato de seguro, porém, não dispensa a análise da sua função e da sua natureza jurídica. Diversas são as teorias que buscam explicar a função econômico-social deste contrato. Ademais, seja como uma relação de consumo, seja como uma relação empresarial, em regra, o seguro pode ser caracterizado como um contrato de adesão, bilateral,

¹⁴⁴ Para Pasqualotto, deve-se observar, contudo, que “a garantia não é a prestação propriamente dita, porquanto compõe o quadro de uma relação jurídica pessoal, na qual ainda não nasceu obrigação e pretensão, embora já exista dever – aliás, responsabilidade”. Para o autor, “garantia e prestação não se confundem, uma vez que responsabilidade (*obligatio* = obrigação *lato sensu*) é diferente de *debitum* (obrigação *stricto sensu*). A garantia é a causa, as prestações são obrigações. Ambas são eficácias contratuais, mas são compósitos do processo obrigacional incoincidentes no tempo e diferentes na essência. A garantia é responsabilidade sem débito atual, responsabilidade que pode extinguir-se apenas como obrigação em potência, sem nunca se transformar em *debitum*. A responsabilidade é *prius*, o *debitum* é *posterius*, é incerto, pendente evento. Garantia é vinculatividade, não é, de pronto, obrigatoriedade (portanto, não é prestação)” (PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos Nominados III. Seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação e compromisso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 61, 70, 71 e 75).

¹⁴⁵ LUCAS FILHO, Olívio. *Seguros: fundamentos, formação de preço, provisões e funções biométricas*. São Paulo: Editora Atlas. 2011, p. 9 e ss. Nesse sentido, entre prêmio e risco existe uma correlação íntima, já que uma parcela significativa do prêmio é calculada em função do risco, de acordo com a sua regularidade e intensidade (prêmio puro).

¹⁴⁶ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio; PIMENTEL, Ayrton. *O Contrato de Seguro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 38.

oneroso, aleatório (ou comutativo),¹⁴⁷ de tipo duradouro e complexo e que se estrutura a partir da formação de uma rede contratual.

2.2.2.1 Função: teorias explicativas da causa

Seguindo a lição da doutrina italiana, a causa de um contrato corresponde à função econômico-social que este exerce, àquilo que justifica o negócio do ponto de vista social e jurídico.¹⁴⁸ Nesse sentido, em uma perspectiva objetiva, causa não se confunde com o motivo determinante do contrato, com o elemento subjetivo que leva os contratantes a firmarem o negócio, o que, no seguro, poderia corresponder à finalidade de lucro do segurador e à aversão do risco do segurado, relacionando-se, mais precisamente, com o fim econômico e social atribuído ao contrato pelo ordenamento jurídico.¹⁴⁹

Ademais, como “fato justificador do contato”, ao qual “o elemento categorial do contrato faz referência”, sua relevância jurídica - e, portanto, a importância da sua identificação no seguro - repousa no seu “papel de proteção à parte que se fiou na existência da causa”. Como observa Junqueira de Azevedo, “a inexistência da causa, em regra, acarretará, quando a hipótese for de causa pressuposta, a nulidade por falta de causa (portanto, a existência da causa, é requisito de validade) e, quando a hipótese for de causa final, a ineficácia superveniente (portanto, a existência da causa é, aí, fator de permanência da eficácia).¹⁵⁰

Tradicionalmente, a causa do contrato de seguro costuma ser explicada pelas seguintes teorias: indenitária, da necessidade eventual, dualista e do risco. De acordo com a teoria indenitária, o seguro desempenharia uma função ressarcitória, de “recomposição de um dano eventual”,¹⁵¹ sua utilidade social consistiria na eliminação - ou atenuação dos efeitos - de um dano mediante o pagamento de uma indenização.¹⁵² Desenvolvida inicialmente em um contexto histórico bem específico, em que o seguro era praticado primordialmente na modalidade marítima, como instrumento de recomposição de bens materiais, e buscava um fator de legitimação, que o emancipasse do jogo e de eventual caráter especulativo, esta teoria

¹⁴⁷ De acordo com a corrente adotada.

¹⁴⁸ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 247.

¹⁴⁹ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. **Reciprocidade e Contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações ‘paracontratuais’**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 20.

¹⁵⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 152.

¹⁵¹ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 2. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 18-22.

¹⁵² STIGLITZ, Rubén. **Derecho de Seguros**. Tomo I e II. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 25-26.

perdeu força com a expansão dos seguros de vida e de pessoas, sendo, posteriormente, reformulada pela doutrina moderna, por autores como Donati,¹⁵³ Ascarelli¹⁵⁴ e Buttaró.¹⁵⁵

Uma das principais objeções apresentadas à teoria indenitória reside na sua incapacidade de explicar a função dos seguros de pessoas, de vida, de acidentes pessoais, entre outros. Para os críticos, embora seja possível sustentar que os seguros de coisas – ou de danos – desempenhariam uma função indenizatória, isto não seria possível quanto aos seguros de pessoas, na medida em que estes não pressupõe um dano, tampouco envolvem prestações indenizatórias.¹⁵⁶ Ademais, o capital segurado costuma ser livremente estipulado pelas partes, o que seria incompatível com a função ressarcitória.

Em sentido contrário, contra-argumentam os defensores da teoria que a função reparatória também estaria presente nos seguros de pessoas, estes, assim como os de coisas, também envolveriam um dano eventual; no seguro de invalidez, o dano consistiria na lesão corporal e nas despesas médicas, e na incapacidade total ou parcial, temporária ou permanente, para as atividades laborais; no seguro para o caso de morte, o dano consistiria na perda prematura da vida, o que ensejaria gastos com funeral e a perda da possibilidade de trabalho; no seguro para o caso de sobrevivência, o dano se traduziria em custos extraordinários e na redução da capacidade de trabalho em caso de idade avançada. Ademais, quanto ao seguro de pessoas, perante as dificuldades de liquidação do dano, presume-se, na maioria dos casos, que este corresponde *juris et de jure* à soma acordada pelas partes.¹⁵⁷

A despeito da controvérsia existente quanto ao seguro de pessoas, a doutrina converge no sentido de que a teoria indenitória tem o mérito de explicar a funcionalidade do seguro de dano.¹⁵⁸ Daí a razão pela qual muitos autores costumam encerrar, na indenidade, a principal diferença entre os seguros de pessoas e de dano.

No direito brasileiro, a teoria indenitória foi recepcionada pelo Código Civil de 1916, bem como pelo Código Civil de 2002. No primeiro diploma, o caráter indenitório, previsto nas

¹⁵³ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 2. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 18-22.

¹⁵⁴ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 213-239.

¹⁵⁵ BUTARÓ, Luca. Assicurazione (in generale; contrato di; contro i danni). In: **Enciclopedia del Diritto**. v. III. Varese: Dott. A. Giuffrè, 1958, 435-437.

¹⁵⁶ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 541.

¹⁵⁷ DONATI, *op. cit.*, p. 21-22.

¹⁵⁸ O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). **Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 25-64.

disposições gerais do seguro (art. 1.432),¹⁵⁹ era reconhecido como elemento comum às diversas modalidades, seja de coisas, seja de pessoas, sendo alvo de críticas pela doutrina nacional.¹⁶⁰ Por outro lado, no Código vigente, a natureza indenitária, expressamente afastada dos seguros de pessoas (art. 789),¹⁶¹ aparece como princípio informador do seguro de dano, vedando que o seguro proporcione um acréscimo patrimonial ao segurado, limitando o valor da garantia e da indenização ao valor do interesse segurado (arts. 778 e 781), regulando a contratação de mais de um seguro para o mesmo interesse e risco (art. 782), fundamentando a regra da indenização proporcional em caso de sinistro parcial (art. 783), bem como a possibilidade de sub-rogação (art. 786).

Para a teoria da necessidade eventual, que transporta para o campo jurídico noções econômicas, a função do seguro consistiria na satisfação de uma necessidade eventual, na cobertura de necessidades eventuais do segurado avaliáveis em dinheiro. Partindo da premissa de que “toda a pessoa sente necessidades e dispõe de meios aptos a satisfazê-las, podendo acontecer que determinado evento influa negativamente neste equilíbrio, quer aumentando as primeiras, quer reduzindo os últimos,” esta teoria compreende o seguro como um instrumento que provê, ao segurado, a um custo certo e parcial, meios econômicos de satisfação de necessidades econômicas eventuais. No seguro de dano, esta necessidade seria concreta, no de pessoas, abstrata.¹⁶²

Desenvolvida pela doutrina no intuito de contornar as dificuldades da teoria da indenização quanto ao seguro de pessoas, a teoria da necessidade também é objeto de críticas. De um lado, sustenta-se que ela é demasiadamente ampla e abstrata, não revelando o núcleo funcional do seguro, na medida em que a necessidade eventual não é uma característica própria deste modalidade: de um modo geral, todos os contratos se prestam à satisfação de necessidades e, muitos deles, de necessidades eventuais. De outro lado, argumenta-se que necessidade e dano são conceitos que coincidem; o primeiro pertenceria à economia, o segundo, ao direito.¹⁶³ Sob esta ótica, portanto, afirmar que um determinado evento faz surgir

¹⁵⁹ art. 1432: "Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizar-lhe o prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato".

¹⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito Privado**. 3. ed. Tomo. XLV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 272: “Lê-se no Código Civil, art. 1.432 (...) A definição é evidentemente falha e insuficiente, porque só se refere ao seguro indenizatório, a despeito de se tratar, no Código Civil, do seguro de vida, e deixa de atender explicitamente, aos diferentes seguros de responsabilidade”.

¹⁶¹ “Art. 789. Nos seguros de pessoas, o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente, que pode contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, com o mesmo ou diversos seguradores”.

¹⁶² ALMEIDA, J. C. Moitinho. **O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado**. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1971, p. 11-12.

¹⁶³ Segundo Donati, a maior amplitude buscada no conceito de necessidade, em comparação ao de dano, seria apenas aparente: onde não existe dano (morte do segurado economicamente passivo, sobrevivência do segurado

uma necessidade para o segurado equivaleria dizer que este evento é fonte de dano,¹⁶⁴ o que aproximaria a teoria da necessidade da indenitória.

Considerando as dificuldades das teorias indenitória e da necessidade, sendo uma incapaz de explicar o seguro de pessoas e a outra demasiadamente abstrata, procurou-se um meio termo, uma fórmula mista, o que levou a doutrina francesa a desenvolver a teoria dualista, segundo a qual o seguro desempenharia funções indenitórias ou assistenciais, conforme a modalidade em questão.¹⁶⁵ Trata-se de teoria que subdivide a causa do seguro, pressupondo “uma distinção causal entre os seguros de danos e os de pessoas”. Enquanto aqueles teriam uma finalidade indenizatória, estes desempenhariam uma função de previdência, não havendo, neste caso, que se perquirir a efetiva existência de um dano.¹⁶⁶ Observa-se, porém, que esta teoria, embora pragmática, deixa de fornecer um critério válido para uma concepção unitária do seguro, razão pela qual é objeto de críticas.¹⁶⁷ Ademais, para muitos autores, como Menezes Cordeiro, “o papel do seguro não surge nem indenizatório, no seguro de danos, nem paliativo de necessidades (ou assistencial), no de pessoas”,¹⁶⁸ não sendo, portanto, satisfatoriamente explicado pela teoria dualista, tampouco pelas anteriores.

Nesse contexto, ganham destaque as teorias do risco - da transferência, da pré-eliminação e da garantia - que identificam na assunção do risco por parte do segurador a função legitimadora do seguro, o interesse útil do contrato, a causa comum às diversas modalidades de seguro. Trata-se de visão acertada, que compreende o risco como elemento chave do seguro, que polariza este contrato, colocando em *modus assicurationis*.¹⁶⁹ Sob esta ótica, acentua-se o papel do seguro como um contrato de segurança, cuja função precípua “é dar a alguém tutela contra o sinistro”,¹⁷⁰ é neutralizar dos efeitos do risco na esfera patrimonial do segurado, libertando-o do risco.

economicamente ativo, beneficiário indiferente) não existe necessidade (DONATI, Antígono. **Los Seguros Privados**: manual de derecho. Trad. Arturo Vidal Solá. Barcelona: Libreria Bosch, 1960, p. 169-170). Ademais, como sustenta o autor, dano, na sua acepção mais lata, equivale a toda alteração de sentido negativo da relação existente, ou prevista na sua natural dinâmica, entre as necessidades econômicas de um sujeito e os meios de satisfação que dispõe; ou seja, toda a diminuição dos meios de satisfação existentes ou previstos ou todo aumento das necessidades existentes ou previstas, que não dependam unicamente da vontade do sujeito. (*Idem*. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 2. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 202).

¹⁶⁴ BUTARO, Luca. Assicurazione (in generale; contratto di; contro i danni). In: **Enciclopedia del Diritto**. v. III. Varese: Dott. A. Giuffrè, 1958, 433.

¹⁶⁵ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 541.

¹⁶⁶ ALMEIDA, J. C. Moitinho. **O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado**. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1971, p. 17.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 17-18.

¹⁶⁸ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 541.

¹⁶⁹ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 484.

¹⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito Privado**. 3. ed. Tomo. XLV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 283.

De acordo com a corrente mais tradicional, da transferência do risco, adotada por Menezes Cordeiro e Moitinho de Almeida, é no endossar do risco ao segurador - na transferência do risco do patrimônio do segurado para o do segurador - que se encontra a função objetiva do seguro. Sob esta perspectiva, “o seguro busca sua legitimidade na transferência do risco para uma entidade profissionalmente habilitada a gerir os meios necessários para lhe suportar as consequências”.¹⁷¹ Críticos desta corrente argumentam que a transferência do risco não é própria do seguro, verificando-se em outras modalidades contratuais, como na fiança. Não se nega, contudo, que a transferência do risco esteja presente em outras modalidades. Ocorre que, no seguro, esta aparece de uma maneira muito particular: como função principal, e não acessória ou acidental, de um tipo contratual autônomo, que independe de uma relação jurídica base.

Por outro lado, para a teoria da pré-eliminação da álea, ou da previdência, defendida, no direito brasileiro, por Pontes de Miranda,¹⁷² a finalidade do seguro consistiria na pré-eliminação de uma álea que ameaça a esfera patrimonial do segurado. Nas palavras do autor, “no contrato de seguro, pré-elimina-se a álea, prevê-se e por isso se quer a promessa do segurador. A pessoa que se vincula à cobertura, o segurador, dá segurança ao outro contratante, assume o dever de afastar, com a sua contraprestação, o que se temia”. Alguns autores, criticando esta corrente - e, por via reflexa, as demais teorias do risco - alegam que a álea não estaria presente naqueles contratos em que o evento futuro é inevitável, como a morte. Trata-se, contudo, de entendimento equivocado: o risco constitui elemento inarredável do contrato de seguro cuja presença também é notada em casos em que a ocorrência do evento é certa; em tais casos, a álea diz respeito ao momento em que ocorrerá o sinistro, e não se este ocorrerá.

Ademais, para uma terceira corrente, a causa do contrato consistiria, mais precisamente, na garantia do risco, na preservação do interesse do segurado frente ao risco que o ameaça. De acordo com Adalberto Pasqualotto, a finalidade do contrato não residiria na eliminação do risco, o que seria um objeto impossível; ademais, “não se trata, propriamente, de transferência do risco, mas de aquisição de garantia”. “O risco continua a pairar sobre o bem, mas o segurado fica resguardado contra perdas”; “o que deixará de pesar sobre o segurado serão as consequências econômicas do sinistro, estando ele acobertado pela garantia”.¹⁷³ Esta é

¹⁷¹ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 542.

¹⁷² PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 274.

¹⁷³ PASQUALOTTO, Adalberto. **Garantias no Direito das Obrigações**: um ensaio de sistematização. 2005. 262 f. Tese (Doutorado em Direito) –Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Faculdade de Direito. Porto

a orientação que se extrai do Código Civil, o qual, partir da noção de garantia, adota, no art. 757, uma visão unitarista do seguro; sem, contudo, como já referido, deixar de reconhecer a diferença entre os seguro de dano e de pessoa quanto à indenidade.

2.2.2.2 Natureza jurídica

Quanto à natureza jurídica do contrato de seguro, observa-se, inicialmente, que ele pode ter natureza empresarial ou de consumo. Figurando em um dos polos da relação contratual, como segurado-tomador, uma empresa, que contrata o seguro para a garantia de interesse decorrente do exercício da sua atividade econômica (como ocorre, em geral, no seguro para o transporte de mercadorias), o contrato terá natureza empresarial, sendo regulado, especialmente, pelas normas do Código Civil, pelo direito comercial e por normas especiais, oriundas de legislação específica e de usos e costumes, havendo, a despeito da intervenção estatal, algum espaço para o exercício da autonomia da vontade.¹⁷⁴

Tratando-se, porém, de um contrato de consumo - de uma relação em que o segurado ou o beneficiário titular do interesse legítimo seja uma pessoa física ou jurídica destinatária final (fática e econômica) da cobertura prestada pelo segurador, estando perante este, em uma condição de vulnerabilidade (técnica, jurídica ou fática), como ocorre, em geral, nos seguros de pessoas -, para além das regras civis, incidem as normas do Código de Defesa do Consumidor.¹⁷⁵ Nesse sentido, ganham destaque os princípios da vulnerabilidade (art. 4, I) e do equilíbrio, que estabelecem diretrizes para a proteção da posição do segurado mediante a limitação do campo de atuação do segurador, vedando práticas e cláusulas abusivas (art. 6, IV), assim como para a proteção do equilíbrio econômico do contrato, possibilitando a revisão de cláusulas excessivamente onerosas ao segurado (art. 6, V).¹⁷⁶

Em ambos os casos, contudo, como regra geral, o seguro constitui um contrato de adesão, tendo suas cláusulas previamente aprovadas pela autoridade administrativa competente (SUSEP), mediante proposta do segurador, nos termos dos art. 54 do CDC. Assim, trata-se de contrato ofertado de forma uniforme no mercado, cujo conteúdo é preexistente à contratação,

Alegre, 2005, p. 200-201; *Idem*. Contratos Nominados III. **Seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação e compromisso**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 76.

¹⁷⁴ MIRAGEM, Bruno. O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). **Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 31-32, 38-39.

¹⁷⁵ Nesse sentido, observa-se que o serviço prestado pelo segurador é reconhecido expressamente pelo CDC, no art. 3, §2, como objeto da relação de consumo: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária (...)”. MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 166 *et seq.*

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 113-117, 128-131.

cabendo ao segurado aceitá-lo por simples adesão, sem poder discutir ou modificar substancialmente suas cláusulas.¹⁷⁷ De outro lado, porém, o seu conteúdo não é livremente estipulado pelo segurador, estando em larga medida previamente fixado pela SUSEP. Nesse sentido, observa-se que os instrumentos contratuais (proposta, apólice, condições gerais e especiais), além de registrados junto à autarquia, devem observar normas administrativas que estabelecem cláusulas e coberturas obrigatórias, dispõem acerca da vigência do contrato, do procedimento de regulação do sinistro, fixam prêmios mínimos, entre outras regras relativas ao conteúdo do contrato.

Nesse contexto, como um contrato de adesão, que se submete a normas administrativas, de natureza empresarial ou de consumo, o seguro é objeto de uma disciplina legal complexa, “configurando um verdadeiro *carrefour* em que se encontram normas de Direito Civil, Empresarial, Consumidor e Administrativo, bem como a maior prevalência de normas cogentes sobre normas dispositivas”.¹⁷⁸

Ademais, o seguro se caracteriza como um contrato bilateral e oneroso.¹⁷⁹ Como um contrato bilateral, atribui obrigações recíprocas a ambos contratantes: enquanto o segurado se obriga ao pagamento do prêmio, o segurador se obriga à garantia do risco e à indenização em caso de sinistro. Tratam-se de obrigações interdependentes, que se encontram em uma relação de correspectividade.¹⁸⁰ Em regra, a cobertura está condicionada ao prévio pagamento do prêmio, o que se justifica na medida em que o prêmio permite a formação das reservas necessárias ao pagamento da indenização.¹⁸¹ Ademais, o inadimplemento do prêmio desobriga o segurador à cobertura, podendo levar à suspensão do contrato pelo período em que perdurar a mora ou à resolução em caso de não purgação (art. 763, CC).^{182,183} De outro lado, a prestação

¹⁷⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 76 e ss.

¹⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 341.

¹⁷⁹ Nesse sentido: MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 542-546; PASQUALOTTO, Adalberto. **Contratos Nominados III. Seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação e compromisso**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 55-57; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito Privado**. 3. ed. Tomo. XLV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 285-286.

¹⁸⁰ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das Obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 360-367.

¹⁸¹ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio; PIMENTEL, Ayrton. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 762.

¹⁸² “Art. 763. Não terá direito à indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes da sua purgação”.

¹⁸³ Observa-se, porém, que “o atraso de pagamento não aniquila o interesse na continuidade do contrato. É compatível com a boa-fé todo o esforço cooperativo entre as partes no sentido da preservação do vínculo contratual. Daí ser razoável a notificação do segurado em mora para que se ponha em dia em prazo curto, sendo alertado para a drástica consequência do art. 763” (PASQUALOTTO, Adalberto. **Contratos Nominados III. Seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação e compromisso**. São Paulo: Revista dos

do segurador subordina-se a condição suspensiva (sinistro), não sendo exigível de imediato.¹⁸⁴ Nada obstante, antes do advento do sinistro, é possível cogitar a possibilidade de oposição de exceção de insegurança, do segurado exigir do segurador, em caso de perigo de inadimplemento, uma garantia de que a indenização será paga em caso de sinistro (art. 477, CC).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o seguro se caracteriza como um contrato oneroso, em que ambos os contratantes suportam esforços econômicos, “ainda que não rigorosamente paralelos”. O segurado paga o prêmio, beneficiando-se da cobertura, o segurador recebe o prêmio, mantendo “toda uma estrutura de gestão” e pagando a indenização em caso de sinistro.¹⁸⁵

Os contratos bilaterais e onerosos, porém, subdividem-se em comutativos e aleatórios. Nos comutativos, ambos os contratantes conhecem, na formação do contrato, o que tem que dar e receber;¹⁸⁶ já no momento da celebração do contrato é possível visualizar as vantagens patrimoniais que dele resultarão para as partes.¹⁸⁷ Nos aleatórios, por sua vez, ocorre o inverso: as atribuições patrimoniais, de ambos os contratantes ou de apenas um deles, encontram-se sujeitas à álea, não sendo possível identificá-las no momento da conclusão do contrato. Nesta modalidade, pelo menos uma das prestações é desconhecida previamente, dependendo, a sua existência ou extensão, de acontecimento futuro e incerto.¹⁸⁸

Tradicionalmente, a partir da constatação de que uma importante prestação - pagamento da indenização - depende da verificação de um fato futuro e incerto, tem se afirmado o caráter aleatório do contrato de seguro. Analisando a questão, Menezes Cordeiro é preciso ao afirmar: “o contrato de seguro é um contrato sinalagmático que, no seu funcionamento, comporta um fator de aleatoriedade”.¹⁸⁹ Nesse sentido, pela aleatoriedade do seguro, já se posicionaram autores como Vivante, Halperin, Butaro e Moitinho de Almeida.¹⁹⁰

Tribunais, 2008, p. 102), bem como, na hipótese de adimplemento substancial, a limitação do direito do segurador à resolução do contrato, com a dedução do valor residual do prêmio do montante da indenização a ser paga, conforme solução dada pela jurisprudência no REsp 76.362/MT, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917).

¹⁸⁴ O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). **Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 43.

¹⁸⁵ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 545.

¹⁸⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 21. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 89.

¹⁸⁷ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das Obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 371

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 371-372.

¹⁸⁹ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 546.

¹⁹⁰ BUTARO, Luca. Assicurazione (in generale; contrato di; contro i danni). In: **Enciclopedia del Diritto**. v. III. Varese: Dott. A. Giuffrè, 1958, cp. 455-456; VIVANTE, Cesare. **Del Contratto di Assicurazione**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1936, p. 26-27; HALPERIN, Isaac. **El Contrato de Seguro: seguros**

Trata-se, porém, de questão controvertida, que tem dividido a doutrina. Atualmente, a tese da comutatividade do seguro encontra adeptos na doutrina nacional (Ernesto Tzirulnik¹⁹¹ e Walter Polido)¹⁹² e estrangeira (Luigi Farença),¹⁹³ ganhando força, no direito brasileiro, especialmente com o advento do Código Civil de 2002, que, no art. 757, rompeu com a concepção tradicional que encerrava a prestação do segurador na indenização.

Em linhas gerais, a doutrina que defende a comutatividade do seguro se apoia em dois principais fundamentos. De um lado, sustenta que a comutatividade constitui decorrência lógica da obrigação de garantia do segurador, a qual atribui uma vantagem patrimonial para o segurado independentemente da verificação do sinistro.¹⁹⁴ Em sentido contrário, porém, contra-argumenta-se que afirmar que a obrigação do segurador é de garantia não significa que a prestação não seja aleatória. De acordo com Adalberto Pasqualotto, “a obrigação do segurador é, sim, de garantia, mas a prestação é aleatória. Obrigação de garantia significa que a finalidade (causa, portanto) do vínculo é uma garantia. A prestação será a conduta do devedor que atenderá àquela finalidade”. Sob esta perspectiva, portanto, “a indenização (prestação) está para a garantia assim como o meio para o fim”.¹⁹⁵

De outro lado, argumenta-se que a aleatoriedade seria incompatível com a natureza antialeatória da operação de seguro.¹⁹⁶ A partir de uma compreensão do contrato de forma integrada com a operação de seguro, sustenta-se que a ocorrência do sinistro e a consequente indenização - com um evento amplamente previsto e calculado pelos instrumentos atuariais - não importaria em uma desvantagem para o segurador, já que a técnica securitária eliminaria a álea para aquele que assume o risco.¹⁹⁷ Trata-se de abordagem interessante, porém, também é alvo de críticas. Para muitos autores, a técnica de eliminação da álea não modificaria a natureza jurídica do contrato individualmente considerado;¹⁹⁸ na relação entre segurado e

terrestres. Buenos Aires: Tipografica, 1946, p. 16; ALMEIDA, J. C. Moitinho. **O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado**. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1971, p. 29.

¹⁹¹ TZIRULNIK, Ernesto. **Seguro de Riscos de Engenharia**: instrumento do desenvolvimento. São Paulo: Roncarati, 2015, p. 51 e ss.

¹⁹² POLIDO, Walter. **Contrato de Seguro**: novos paradigmas. São Paulo: Roncarati, 2010, p. 135.

¹⁹³ FARENÇA, Luigi. **Diritto delle assicurazioni private**. Turim: G. Giappichelle, 2001, p. 14-15. *Apud*. TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio; PIMENTEL, Ayrton. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 30-31.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 30-31.

¹⁹⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. Contratos Nominados III. **Seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação e compromisso**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 61.

¹⁹⁶ TZIRULNIK, Ernesto. **Seguro de Riscos de Engenharia**: instrumento do desenvolvimento. São Paulo: Roncarati, 2015, p. 51 e ss.

¹⁹⁷ FARENÇA, Luigi. *Diritto delle assicurazioni private*, cit., p. 14-15. *Apud*. TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio; PIMENTEL, Ayrton. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 30-31.

¹⁹⁸ PASQUALOTTO, *op. cit.*, p. 61.

segurador subsistiria o fator aleatório. Ademais, não se poderia definir o contrato a partir das características da organização empresarial do segurador; do contrário, também seriam comutativos o jogo e a aposta explorados industrialmente.¹⁹⁹

Ademais, o seguro assume a feição de um contrato complexo, de tipo duradouro. De um lado, em torno do núcleo da relação contratual, das prestações principais (prêmio, cobertura e indenização), e orientado pelo escopo fundamental do contrato, organiza-se todo um complexo obrigacional,²⁰⁰ composto por (i) prestações secundárias, “que possibilitam e otimizam as prestações principais”, decisivas à boa execução do contrato” (e.g. dever de informação do segurador); (ii) por deveres acessórios, “exigíveis pela boa-fé e pelo conjunto normativo” (e.g. dever do segurador de manutenção do vínculo em contrato cativo de longa duração); (iii) e por encargos, por condutas, de exercício facultativo, que as partes devem observar para alcançar determinado resultado (e.g. aviso do sinistro).²⁰¹

De outro lado, o seguro opera de modo diferido, como uma relação duradoura: “desde a conclusão do contrato de seguro até (pelo menos) o sinistro, medeia um espaço de tempo juridicamente relevante, durante o qual decorrem atos de cumprimento”.²⁰² Sua execução, portanto, se prolonga no tempo, seu cumprimento ocorre de modo constante, o que refletirá no seu regime jurídico. Ademais, frequentemente, especialmente nos ramos de vida e de saúde, o seguro se caracteriza como um contrato cativo de longa duração, em que segurado se coloca em que uma posição de “dependência” ou “catividade” em relação ao cocontratante.²⁰³

Ainda, cabe observar que o contrato de seguro se estrutura a partir da formação de uma rede contratual;²⁰⁴ sua execução, seu funcionamento, se apoiam em uma estrutura comunitária, pressupõem de um sistema contratual, conformado por uma comunidade de contratos que formam grupos relativamente homogêneas de riscos, e gerenciado pelo segurador, mediante técnicas científicas: financeiras e atuariais.²⁰⁵ Nesse sentido, para a preservação do equilíbrio deste sistema, para evitar sua ruína, o que se justifica no interesse não apenas do segurador, mas também da comunidade de segurados, se mostra adequada uma interpretação que

¹⁹⁹ HALPERIN, Isaac. **El Contrato de Seguro**: seguros terrestres. Buenos Aires: Tipografica, 1946, p. 17.

²⁰⁰ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 525 e ss.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 536-537.

²⁰² *Ibid.*, p. 530.

²⁰³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 96.

²⁰⁴ LORENZETTI, Ricardo. Redes Contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 16, p. 161-202, 1999, p. 165-166.

²⁰⁵ MIRAGEM, Bruno. O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). **Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 26.

relacione contrato e sistema,²⁰⁶ que compreenda o contrato individual a partir da estrutura comunitária que lhe dá suporte, o que passa, por exemplo, pelo reconhecimento de que os segurados possuem deveres colaterais sistemáticos, não podendo adotar condutas que onerem o sistema, como a omissão de doença preexistente.²⁰⁷

²⁰⁶LORENZETTI, Ricardo. Redes Contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 16, p. 161-202, 1999, p. 166.

²⁰⁷*Ibid.*, p. 180.

3 RISCO E SUA PROJEÇÃO NO CONTRATO DE SEGURO

O risco se projeta no contrato de seguro como elemento nuclear; constitui a matéria prima do seguro, o elemento natural que justifica este contrato, que o coloca em *modus assicurationis*, e, juntamente com os demais elementos caracterizadores do tipo, o qualifica, o diferenciando das demais modalidades contratuais (art. 757 do CC).²⁰⁸

Sem risco não há seguro. Sua ausência, seja na fase de formação, seja na fase de execução, põe em crise o contrato, levando à extinção da relação contratual.²⁰⁹ Ademais, em sua interação com o interesse legítimo e com a garantia, a noção de risco segurável contribui para a delimitação do alcance do objeto do contrato de seguro.

A noção de risco, porém, transcende os domínios do seguro. Antes de ser um elemento deste contrato, o risco é um fato social, de caráter complexo, objeto de estudo das mais diversas áreas do conhecimento. Dessa forma, a compreensão do risco no seguro, do seu papel e dos seus contornos, envolve uma análise mais ampla do fenômeno, considerando suas múltiplas variáveis.

3.1 NOÇÃO DE RISCO: RISCO E SUAS VERSÕES

Na base da noção de risco está a ideia de incerteza. Em uma aproximação preliminar do conceito de risco, este envolve um estado de incerteza quanto ao futuro, quanto à possibilidade de eventos adversos, danosos ou indesejáveis.²¹⁰ Este tipo de incerteza, porém, comporta diversas análises e perspectivas.

3.1.1 Risco como fenômeno econômico social

Enquanto um estado de incerteza quanto ao futuro, o risco assume os contornos de um fenômeno econômico-social inerente ao ser humano e à vida em sociedade, de caráter universal.²¹¹ De um modo geral, todos os indivíduos estão expostos à possibilidade de um evento adverso, devendo lidar - interagir - com este tipo de incerteza em todas as etapas de suas vidas.

²⁰⁸ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 481 e ss.

²⁰⁹ REGO, Margarida Lima. **Contrato de Seguro e Terceiros**: estudos de direito civil. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010, 47.

²¹⁰ VAUGHAN, Emmett J; VAUGHAN, Therese M. **Fundamentals of risk and insurance**. 7. ed. New York: John Wiley & Sons Inc, 1996, p. 4-5.

²¹¹ GREENE, Mark R. **Riesgo y Seguro**. 3. ed. Trad. Hernán Troncoso Rojas. Madrid: Editorial Mapfre, 1979, p. 1-2.

Observe-se que “a eventualidade de fatos danosos ao interesse do homem sempre existiu”.²¹² Desde as sociedades primitivas o ser humano invariavelmente esteve exposto à possibilidade de um infortúnio,²¹³ seja como fenômeno originário da natureza, relacionado a eventos climáticos ou cósmicos, seja como fenômeno originário da própria ação humana, da tomada de decisão, consciente ou inconsciente, que possa implicar consequências adversas para si ou para outrem.

Assim, como uma condição da existência humana, a possibilidade de um evento adverso frequentemente conduz o ser humano à tomada de decisão em cenários de incerteza, assim como ao desenvolvimento da sua capacidade de antecipar e administrar o infortúnio. De um lado, implica na decisão sobre correr ou não um risco (e.g. sobre realizar um investimento, iniciar um empreendimento), sobre dar causa ou não a um risco (e.g. comercializar medicamentos potencialmente nocivos à saúde dos consumidores), o que se verifica “nas mais variadas situações da vida”²¹⁴ e “envolve a ponderação das possíveis recompensas de uma ação contra suas prováveis consequências adversas”.²¹⁵

De outro lado, a incerteza quanto ao futuro instiga o ser humano à busca por segurança, ao desenvolvimento de sua capacidade de lidar com o infortúnio, o que passa não apenas pelo desenvolvimento de técnicas destinadas a mesurá-lo, tornando-o uma realidade mais ou menos previsível, mais ou menos calculável, mas também pela adoção de medidas de administração do infortúnio, destinadas, por exemplo, a evitar a sua ocorrência. Nessa perspectiva, portanto, a noção de risco guarda íntima conexão com uma forma ativa do ser humano se relacionar - interagir - com o futuro, com a capacidade do ser humano de domínio do futuro, de “encenar o futuro no presente”, de antecipar a ocorrência - e as possíveis consequências - de um infortúnio, e de atuar a frente esta realidade.²¹⁶

²¹² ALVIM, Pedro. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 1.

²¹³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2011, p. 25.

²¹⁴ “Tal tipo de incerteza é encontrado, com grandes variações, em todos os aspectos da vida. O emigrante sabe se vai conseguir ganhar a vida em seu país de adoção? O comerciante sabe se seu produto responde a uma necessidade dos consumidores? A empresa que assina um importante contrato comercial sabe se, no momento pagamento, a moeda nacional estará depreciada em relação à moeda do contrato? As questões são respondidas negativamente. Vale dizer que todas as pessoas mencionadas aceitam correr os riscos referidos” (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 39).

²¹⁵ ADAMS, John. **Risco**. Trad. Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: Senac, 2009, p. 36.

²¹⁶ BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos Deuses: a fascinante história do risco**. Trad. Ivo Korytowski. 2.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 1-3; BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2011, p. 362; LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory (communication and social order)**. Trad. Rhodes Barrett. New Brunswick: Aldine Transaction, 2005, 1-6.

A forma, porém, como a sociedade lida com a possibilidade de fatos adversos alterou-se significativamente ao longo da história. A maneira como o ser humano compreende e atua perante este tipo de incerteza modificou-se. Na medida em que o contexto econômico, social, científico e tecnológico se altera, a eventualidade de eventos adversos torna-se uma realidade mais ou menos previsível, mais ou menos calculável, mais ou menos gerenciável, e assume diferentes contornos, adquirindo nova roupagem e dimensão.

3.1.1.1 Risco como perigo e como probabilidade

Por um longo período da história da humanidade, compreendido especialmente pelas Antigas Civilizações, a ocorrência de um evento adverso era encarada como uma fatalidade, como algo do acaso, do destino, externo e não controlado pelo indivíduo, dado pela natureza ou por forças divinas.²¹⁷ Nesse contexto, como uma circunstância externa ao sujeito, a possibilidade de um evento adverso se aproximava da noção de perigo, sendo frequentemente expressa pelos termos *periculum* e *periculo*: no direito romano²¹⁸ e intermediário,²¹⁹ a doutrina registra o uso do termo *periculum* - com o significado de uma eventualidade desfavorável - sobretudo no âmbito contratual (e.g. *periculum est emptoris*, *periculum est venditoris*).²²⁰ Igualmente, a palavra *periculo* aparece empregada no contexto de esquemas de segurança do comércio marítimo antigo.²²¹

Neste período, já se verificava algum tipo de previsão das adversidades, o ser humano já adotava medidas de segurança, de proteção em face do infortúnio, fundadas ora no espírito de assistência mútua, ora na transferência dos perigos do mar de um sujeito para outro.²²² Eram, contudo, de técnicas rudimentares. A diferença é de grau. Neste momento, ainda não havia o que mais tarde seria compreendido como uma consciência do risco. De um modo geral - salvo no âmbito do comércio marítimo, cujos esquemas contratuais de distribuição dos riscos

²¹⁷ BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos Deuses**: a fascinante história do risco. Trad. Ivo Korytowski. 2.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 1-3; BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2011, p. 18; LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory (communication and social order). Trad. Rhodes Barrett. New Brunswick: Aldine Transaction, 2005, p.15 ss.

²¹⁸ SARGENTI, Manlio. Rischio (dir. rom.). In: **Enciclopedia del Diritto**. v. XL. Varese: Dott. A. Giuffrè, 1958, p. 1126.

²¹⁹ BIROCCHI, Italo. Rischio (dir. interm.). In: **Enciclopedia del Diritto**. v. XL. Varese: Dott. A. Giuffrè, 1958, p. 1134.

²²⁰ SARGENTI, *op. cit.*, p. 1127.

²²¹ Como no âmbito da transferência das perdas do transporte marítimo ao Estado Romano durante a II Guerra com Cartago: “Vbi ea dies uenit, ad conducendum tres societates aderant hominum undeuiginti, quorum duo postulata fuere, unum ut militia uacarent dum in eo publico essent, alterum ut quae in naues imposuissent ab hostium tempestatisque ui publico periculo essent” (LÍVIO, Tito. *Ab urbe condita*. Livro XXIII, cap. 49).

²²² GOLDSCHMIDT, Levin. **Storia universale del diritto commerciale**. Trad. Vittorio Pouchain e Antonio Scialoja. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913, p. 274 e ss.

podem sinalizar para o início de uma certa tentativa de quantificação de adversidades futuras pelo ser humano -, ²²³ a fé e o pecado explicavam por que os infortúnios existiam e a tomada de decisão - frente à incerteza - era confiada às práticas divinas, aos oráculos e à superstição.²²⁴

É no período da transição da Idade Média para a Idade Moderna - do feudalismo para o capitalismo - que o ser humano desenvolve uma consciência objetiva do risco, que a possibilidade de um infortúnio passa a ser encarada, com maior intensidade, como uma incerteza em alguma medida previsível e controlável pelo ser humano.²²⁵ Neste momento, em um movimento gradual, percebido no baixo medievo e intensificado na Idade Moderna, o ser humano desenvolve técnicas de antecipação e quantificação do infortúnio e das suas possíveis consequências. Daí a razão pela qual a doutrina entende que o risco é uma noção da modernidade.²²⁶

Em um estágio inicial, impulsionado pela floração do comércio marítimo, este movimento aparece, com significativa importância, ao final da Idade Média, no âmbito do seguro e do empréstimo a câmbio marítimo e de outros contratos, como a compra e venda e o mútuo. Em um ambiente em que as eventuais perdas do transporte marítimo eram objeto de disposição contratual, influenciando no preço das operações, o risco era, em alguma medida, ainda que de forma empírica, objeto de mensuração pelos contratantes (e.g. declaração inicial do risco no seguro).²²⁷ Não por acaso, é neste contexto, mais precisamente a partir dos séculos XII e XIII segundo alguns autores,²²⁸ que a palavra *resicum* - e outras derivações - encontra um dos seus primeiros usos²²⁹ (e.g. *a rischio, pericolo e fortuna di mare*).²³⁰

Posteriormente, já na Idade Moderna, como reflexo dos avanços científicos do Renascimento, assiste-se a um considerável desenvolvimento das técnicas de quantificação do risco. Com o progresso dos estudos matemáticos, especialmente entre a segunda metade do séc. XVII e a primeira metade do séc. XVIII - desenvolvimento da teoria das probabilidades, em 1654; apresentação das primeiras tábuas de mortalidade, em 1693; criação da lei dos

²²³ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory (communication and social order). Trad. Rhodes Barrett. New Brunswick: Aldine Transaction, 2005, p. 16.

²²⁴ BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos Deuses**: a fascinante história do risco. Trad. Ivo Korytowski. 2.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 17. LUHMANN, *op. cit.*, p. 15-16.

²²⁵ LUHMANN, *op. cit.*, p. 16-19.

²²⁶ OST, François. **O Tempo do Direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 336. BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos Deuses**: a fascinante história do risco. Trad. Ivo Korytowski. 2.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 18.

²²⁷ PIRON, Sylvain. L'apparition du *resicum* en Méditerranée occidentale, XIIe-XIIIe siècles. In: MARTIN, B, *et al.* **Genèse, evolution, actualité du concept dans les sociétés occidentales**. Strasbourg: Histoire et Anthropologie, 2004, p. 5.

²²⁸ PIRON, *loc. cit.*

²²⁹ LUHMANN, *op. cit.*, p. 16-18; e p. 5.

²³⁰ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 2. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 60.

grandes números e dos métodos de amostragem estatística, em 1703; descoberta do conceito de desvio padrão e das leis das médias, em 1730 -²³¹ lança-se mão de instrumentos que permitem uma quantificação matemática e objetiva do risco. A partir de então, em um movimento que levará ao surgimento da ciência atuarial, o risco inicia sua etapa científica, se aproximando da noção de probabilidade.

3.1.1.2 Risco na sociedade moderna e pós-moderna

Na sociedade moderna, portanto, como resultado do desenvolvimento de técnicas de antecipação e quantificação do infortúnio, observa-se uma mudança de paradigma: a eventualidade de fatos adversos converte-se em uma incerteza mais previsível e controlável pelo ser humano, em algo mais relacionado à tomada de decisão, e não necessariamente externo ao indivíduo, dado pelo acaso, pelo destino.

Observe-se que as técnicas de quantificação, ao permitirem o conhecimento prévio do evento adverso, proporcionam, em alguma medida, uma decisão mais racional por parte do indivíduo; criam elementos objetivos para uma decisão mais consciente sobre correr o risco e sobre como administrá-lo, o que significa compreender o “futuro como mais do que um capricho dos deuses e que homens e mulheres não são passivos ante a natureza”.²³² Por consequência, a própria exposição à situação de risco tende a se relacionar de forma mais intensa com a tomada de decisão, como algo consciente, vinculado a uma escolha.

Nesse contexto, relacionando-se de forma mais intensa com a tomada de decisão, o evento adverso apresenta-se como ameaça que diz respeito ora à esfera pessoal daquele que tomou a decisão, daquele que assumiu certo risco visando, por exemplo, obter determinada vantagem; ora à esfera pessoal de outrem, que não necessariamente tomou a decisão geradora da situação de risco. Neste segundo sentido, em um contexto característico da sociedade industrial, os riscos frequentemente aparecem como um efeito colateral e adverso de decisões industriais (e.g. acidente de trabalho, ferroviário, industrial), de dimensão preponderantemente

²³¹ BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos Deuses**: a fascinante história do risco. Trad. Ivo Korytowski. 2.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 3-6.

²³² Ibid., p.1-11. Para o autor, “a ideia revolucionária que define a fronteira entre os tempos modernos e o passado é o domínio do risco”. “A capacidade de definir o que poderá acontecer no futuro e 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 riqueza à salvaguarda da saúde pública, da condução da guerra ao planejamento familiar, do pagamento de prêmios do seguro ao uso do cinto de segurança, da plantação de milho à venda de flocos de milho”.

acidental e individual, como uma adversidade que ameaça determinado sujeito ou determinado grupo de sujeitos.²³³

Na sociedade de risco, pós-moderna, compreendida por Ulrich Beck como uma quebra dentro da modernidade,²³⁴ o risco altera-se em natureza e dimensão, assumindo, com mais frequência e intensidade, contornos catastróficos, como algo que desafia a capacidade do ser humano de previsão e domínio.²³⁵ De um lado, “em uma sociedade que se põe ela própria em perigo”, o risco aparece como um fenômeno que vem mais da própria ação do ser humano do que da natureza,²³⁶ “como uma perda potencial atribuível a uma decisão,” na concepção de Luhmann.²³⁷ Em um ambiente em que “a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos”, “em que a lógica da produção de riscos domina a lógica da produção de riqueza”, o risco deixa de ser apenas um efeito colateral da produção de bens, aparecendo como um fator constitutivo dos avanços econômicos e tecnológicos.²³⁸

De outro lado, os riscos tendem a assumir uma dimensão catastrófica, apresentando-se como ameaças globais frequentemente imperceptíveis. Nesta sociedade, os riscos já não são apenas parte de uma esfera pessoal, “já não são limitados geograficamente ou em função de grupos específicos”. Para além da dimensão individual, apresentam uma tendência globalizante, ultrapassam fronteiras e gerações (e.g. aquecimento global, terrorismo).²³⁹ Ademais, estes riscos muitas vezes escapam à percepção humana imediata e científica (e.g. contaminações nucleares, substâncias tóxicas nos alimentos), caracterizando-se pela imprevisibilidade e incalculabilidade.^{240,241} Nesse contexto, cria-se, na sociedade de risco, um ambiente que agrava o estado de incerteza, desafiando a capacidade do ser humano de

²³³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2011, p. 15-16; OST, François. **O Tempo do Direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 343-344.

²³⁴ BECK, *op. cit.*, p. 45-53.

²³⁵ OST, *op. cit.*, p. 345.

²³⁶ “Nesse sentido: basta pensar no risco sanitário (sangue contaminado), no risco alimentar (doença da vaca louca), ou ainda no risco tecnológico (centrais nucleares, aquecimento climático, buraco na camada de ozono)”. OST, *op. cit.*, p. 345.

²³⁷ Nessa perspectiva, a noção de risco distancia-se da ideia de perigo, compreendida como algo que vem do exterior e que não guarda relação com a tomada de decisão. LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory (communication and social order). Trad. Rhodes Barrett. New Brunswick: Aldine Transaction, 2005, p. 25-30.

²³⁸ BECK, *op. cit.*, p. 16 e 364.

²³⁹ *Ibid.*, p. 16 e 25.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 32 e 363. Como observa Ost, o risco é “duplamente reflexivo: produto não apenas das nossas opções tecnológicas, e também o fruto dos nossos modelos científicos e dos nossos juízos normativos” (OST, *op. cit.*, p. 345).

²⁴¹ Ademais, frequentemente apresenta consequências irreversíveis, caracterizam-se pela não-compensabilidade (e.g. catástrofes ambientais, mudanças climáticas). BECK, *op. cit.*, p. 364.

previsão, e encontra no princípio da precaução pela prevenção a forma precípua de prudência em face do risco.²⁴²

3.1.2 Definição de risco: elementos do conceito

O risco é uma noção imprecisa, é um conceito complexo, que não se pode definir com exatidão.²⁴³ Esta imprecisão decorre da variação linguística do termo. Além de ser uma palavra polissêmica, que comporta múltiplas acepções,²⁴⁴ e de etimologia desconhecida,²⁴⁵ apresenta

²⁴² Impondo, “para que exista futuro, a obrigação de procurar saber (princípio da prevenção), e, em caso verosímil de incerteza sobre a realidade e gravidade do risco, a obrigação quer de se abster, quer de redobrar a prudência (princípio da precaução)”. OST, François. **O Tempo do Direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 343. Nas palavras de Ewald. “A precaução começa quando decisões devem ser tomadas em razão e no contexto da incerteza científica. As decisões são tomadas, portanto, não num contexto de certeza, nem mesmo de conhecimento disponível, mas de dúvida, suspeita, premonição, mal-estar, mudança, desconfiança, medo e ansiedade. Há em certa medida um risco além do risco, de que não se tem nem se pode ter o conhecimento ou a medida. O conceito de risco do desenvolvimento se localiza dentro do limite dessa nova figura da prudência” (EWALD, François. Insurance and risk. In: BURCHELL, G; GORDON, C; MILLER, P. **The Foucault Effect**. Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 294).

²⁴³ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 484.

²⁴⁴ Observa-se, nesse sentido, os diversos sentidos atribuídos à palavra por dicionários de língua portuguesa e inglesa: “perigo ou possibilidade de perigo”, “situação em que há probabilidades mais ou menos previsíveis de perda ou ganho” (RISCO. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 1772) “probabilidade de perigo, geralmente com ameaça física para o homem e ou para o meio ambiente”; “probabilidade de insucesso, de malogro de determinada coisa, em função de acontecimento eventual, incerto” (RISCO. In: HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 2462); “the possibility of loss, injury, or other adverse or unwelcome circumstance”, “the possibility of financial loss or failure as a quantifiable factor” (RISK, n. In: **Oxford English Dictionary Online**. Oxford University Press, December 2016. Disponível em: <http://www.oed.com/view/Entry/166306?rskey=GF4mrF&result=1>. Acesso em: March 04, 2017).

²⁴⁵ Como explica Luhmann, a dificuldade encontrada em precisar a origem da palavra risco deriva do fato de que ela, no início, era raramente utilizada e, quando utilizada, empregada com diferentes significados. Na Europa, a palavra é encontrada em documentos medievais, porém disseminou-se apenas com o advento da impressão (LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory (communication and social order)**. Trad. Rhodes Barrett. New Brunswick: Aldine Transaction, 2005, p. 16). De acordo com Piron, “por caminhos diferentes, todos os termos que designam a noção de risco em línguas latinas e germânicas (itl. rischio, esp. riesgo, ing. risk, alm. risiko etc), derivariam da mesma palavra do latim medieval - *risicum* ou *resicum* - cujo surgimento pode ser datado a meados do século XII” (PIRON, Sylvain. L’apparition du *resicum* en Méditerranée occidentale, XIIe-XIIIe siècles. In: MARTIN, B, et al. **Genèse, evolution, actualité du concept dans les sociétés occidentales**. Strasbourg: Histoire et Anthropologie, 2004, p. 1). Porém conforme registrado no Oxford English Dictionary, a origem do *post-classical Latin risicum* é controversa: “it is widely suggested that post-classical Latin *resicum*, *risicum*, in the sense ‘danger, hazard’ originated as variants of an unattested post-classical Latin noun *resicum*, a proposed derivative of classical Latin *resecāre* resect v. with the sense ‘that which cuts’ and hence ‘rock, crag, reef’, with allusion to the hazards of travel or transport by sea. Although this argument fits with the maritime context of many early uses of the word in English and the Romance languages, it involves a number of steps which are unsupported by documentary evidence”. Por outro lado, “it has also been argued that post-classical Latin *resicum*, *risicum*, etc. is derived < the specific senses ‘fortune, luck, destiny, chance’ of Arabic *rizq* (in Maghribi Arabic also *rēzq*), which has a number of senses: ‘provision, lot, portion allotted by God to each man’, ‘livelihood, sustenance’, hence ‘boon, blessing (given by God)’, ‘property, wealth’, ‘income, wages’, and finally ‘fortune, luck, destiny, chance’ (a sense development widespread in many Arabic dialects, reflected in Maltese *risq* ‘fortune, luck’, and also in the early use of post-classical Latin *resicum*, *risicum* in collocation with *fortūna* fortune n.)”. RISK, n. In: **Oxford English Dictionary Online**. Oxford University Press, December 2016. Disponível em: <http://www.oed.com/view/Entry/166306?rskey=GF4mrF&result=1>. Acesso em: March 04, 2017.

certa vagueza semântica. Seu significado, ou seus possíveis significados, comportam certo grau de indeterminação, variando de acordo com contexto – social e técnico-científico - em que empregados.

Nesse sentido, a imprecisão da noção de risco decorre da sua própria dimensão interdisciplinar. Como objeto de estudo das mais diversas áreas do conhecimento, o risco recebe diferentes abordagens e significados conforme o contexto epistemológico em que analisado;²⁴⁶ comporta, sob as mais diversas perspectivas – ora como um fenômeno calculável, ora como uma realidade objetiva, ora como uma construção social, como um fenômeno cultural ou social, ora como um fator comportamental, relacionado com a tomada de decisão – diferentes definições, tanto quantitativas como qualitativas.²⁴⁷

Dessa forma, “cada área do conhecimento parece estar satisfeita com a orientação dada pelo seu próprio contexto teórico, não havendo uma definição de risco capaz de satisfazer as exigências da ciência”,²⁴⁸ não existindo uma abordagem comum do tema que possa integrar as mais diversas áreas do saber. Assim, ao menos fora de uma determinada área do conhecimento, o risco constitui uma zona cinza, o máximo que se pode identificar são elementos aproximativos às diversas abordagens e definições do tema.

3.1.2.1 Risco como possibilidade de evento adverso

De um modo geral, o risco é problematizado, nas suas mais diversas perspectivas de análise, a partir de uma situação em que a ocorrência de um evento adverso está em questão, é desconhecida. Assim, seguindo o entendimento corrente na doutrina, é possível identificar, como elementos conceituais aproximativos às mais diversas abordagens do risco, a possibilidade de um evento adverso.²⁴⁹

De um lado, como possibilidade de um evento, o risco envolve uma situação de indeterminação quanto ao futuro, em que a ocorrência de um evento - ou de um resultado - é

²⁴⁶ALTHAUS, Catherine. A Disciplinary Perspective on the Epistemological Status of Risk. *Risk Analysis*, v. 25, n. 3, p. 567-588, 2005. doi:10.1111/j.1539-6924.2005.00625.x.

²⁴⁷ Nesse sentido, encontram-se, na literatura especializada, as seguintes definições de risco: “evento indesejado que pode ou não ocorrer”; “incerteza quanto à ocorrência de uma perda”; “probabilidade de ocorrência de um evento adverso”; “valor esperado estatisticamente de que um evento adverso ocorra”; “afastamento real dos resultados esperados”; “decisões tomadas em condições em que a probabilidade de um evento indesejado são conhecidas”; “condição em que a possibilidade de dano existe”; “perda em potencial atribuída à decisão”, etc.

²⁴⁸ LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory (communication and social order)*. Trad. Rhodes Barrett. New Brunswick: Aldine Transaction, 2005, p. 13.

²⁴⁹ REEN, Ortwin. Concepts of risk: a classification. In: KRIMSKY, Sheldon; GOLDING, Dominic (org). *Social theories of risk*. Westport: Praeger, 1992. p. 58.

desconhecida, não podendo ser determinada previamente.²⁵⁰ Sob esta ótica, portanto, o risco pressupõe pelo menos duas possibilidades: a de ocorrência e a de não ocorrência de um evento; ademais, se opõe à certeza e à impossibilidade: se a ocorrência é certa ou impossível não há risco, abrangendo situações em que a probabilidade do evento se situa entre zero (impossibilidade) e 1 (certeza).²⁵¹

Por outro lado, a noção de adversidade, de perda ou de prejuízo, também aparece implícita no conceito de risco. Para a configuração do risco, pelo menos um dos resultados possíveis deve ser adverso, deve assumir os contornos de um evento indesejável, em alguma medida desfavorável ou diferente do esperado, representando uma “perda em sentido amplo”: seja como situação em que “o sujeito perde algo que possuía”, seja como uma situação em que “o ganho alcançado é menor do que o possível”.²⁵² Nesse sentido, portanto, o risco envolve uma “diminuição numa situação previamente considerada”, tomando corpo, como observa Menezes Cordeiro, “numa de cinco eventualidades: na supressão ou na diminuição de uma vantagem; no não-surgimento de uma vantagem; no aumento de uma desvantagem; no não-desaparecimento de uma desvantagem; no desaparecimento menor de uma desvantagem”.²⁵³

Observe-se, contudo, que, na situação de risco, o evento desfavorável pode ou não corresponder a uma perda patrimonial, pode ou não ter reflexos financeiros.²⁵⁴ Ademais, a possibilidade de uma perda pode ou não estar acompanhada da possibilidade de um ganho. É nesse contexto, inclusive, em que se situa a distinção entre risco e álea, frequentemente tratadas como palavras sinônimas. Enquanto que a álea exprime uma situação em que a possibilidade de uma vantagem é concomitante à de uma perda, o risco corresponde à vertente negativa da álea, ao perigo de uma perda.²⁵⁵ No mesmo sentido, é a distinção entre risco especulativo e risco puro, proveniente das ciências exatas: no primeiro caso, o risco é deliberadamente criado em razão da esperança de um ganho, havendo a possibilidade de uma perda, e também de um ganho (e.g. jogos de azar); no segundo, há apenas a chance de uma perda, que pode ou não ocorrer (e.g. perda da propriedade por incêndio).²⁵⁶

²⁵⁰ VAUGHAN, Emmett J; VAUGHAN, Therese M. **Fundamentals of risk and insurance**. 7. ed. New York: John Wiley & Sons Inc, 1996, p. 4.

²⁵¹ REGO, Margarida Lima. **Contrato de Seguro e Terceiros**: estudos de direito civil. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010, p. 59.

²⁵² VAUGHAN, Emmett J; VAUGHAN, Therese M. **Fundamentals of risk and insurance**. 7. ed. New York: John Wiley & Sons Inc, 1996, p. 4.

²⁵³ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 485.

²⁵⁴ VAUGHAN, *op. cit.*, p. 8.

²⁵⁵ BOSELLI, Aldo. **Alea**: Novissimo Digesto Italiano. v.1. t. II. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1964-1975, p. 469.

²⁵⁶ Nesse sentido, o risco puro pode ser classificado como “riscos pessoais (possibilidade de perda da renda em razão de morte, desemprego doença ou invalidez), à propriedade (possibilidade de destruição ou perda da

3.1.2.2 Risco em sentido objetivo e risco em sentido subjetivo

Por outro lado, na base das mais diversas concepções de risco, é possível identificar duas grandes linhas de pensamento: a primeira, objetiva, que compreende o risco como uma realidade objetiva, que existe em si mesma, e a segunda, subjetiva, que compreende o risco como um juízo de valor, existente em virtude de juízos, construções ou interpretações formuladas em condições de incerteza.²⁵⁷

Tradicionalmente desenvolvida no âmbito das ciências exatas, mas presente também em outras áreas do saber, a corrente objetivista é aquela que compreende o risco “como uma realidade que existe em si mesma”, como uma realidade objetiva, preexistente e externa ao sujeito, observável e mensurável mediante atividade puramente descritiva.²⁵⁸ Segundo esta linha do pensamento, o risco é algo que provém do ambiente exterior, que existe no mundo independentemente do observador. Trata-se de uma condição que está posta e será igual para todos, de uma realidade sobre a qual o observador não interfere, que não varia conforme com o sujeito. Nesta perspectiva, sendo o risco uma “condição do mundo real em que há uma exposição à adversidade”,²⁵⁹ ele não se confunde com a incerteza, com o estado mental de dúvida - ou grau de crença - quanto à ocorrência do evento adverso. Como sustenta esta corrente, “a convicção do sujeito quanto ao evento adverso pode ou não coincidir com as condições do mundo real”, uma pessoa pode acreditar na existência de risco em uma determinada situação onde, na realidade, este não existe.²⁶⁰

Ademais, como uma realidade preexistente sobre a qual o sujeito não interfere, o risco é algo que será simplesmente aferido e descrito pelo observador. Sob esta perspectiva, o risco não constitui um juízo de valor, tampouco pressupõe uma atividade interpretativa ou construtiva por parte do observador. Ao contrário, é objeto de uma análise puramente descritiva, cabendo ao observador tão somente identificar e descrever a realidade.²⁶¹

Sob esta perspectiva, portanto, tende-se a adotar uma abordagem científica positivista do risco. Pressupondo que o método científico fornece certezas duráveis, sendo capaz de

propriedade), de responsabilidade (possibilidade de causar dano, de forma não intencional, a outrem) e decorrentes da falha dos outros (possibilidade de perda em razão da falha dos outros)” (VAUGHAN, *op. cit.*, p. 9).

²⁵⁷ THOMPSON, P. B. The philosophical foundations of risk. *Southern Journal of Philosophy*, Memphis, Vol. 24, p. 273–286, 1986, p. 273.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 69.

²⁵⁹ VAUGHAN, Emmett J; VAUGHAN, Therese M. **Fundamentals of risk and insurance**. 7. ed. New York: John Wiley & Sons Inc, 1996, p. 5.

²⁶⁰ VAUGHAN, *loc. cit.*

²⁶¹ THOMPSON, *op. cit.*, p. 273 e ss.

identificar e replicar a realidade de forma precisa, sem qualquer juízo valorativo, esta corrente tende a reconhecer no método científico, sobretudo no cálculo probabilístico, a forma por excelência de identificação, mensuração e descrição do risco. É nesse contexto que se situam a polêmica distinção entre o “risco real” ou “objetivo” (produto da investigação científica, rigorosamente medido pela probabilidade objetiva) e o “risco percebido” ou “subjetivo” (percepção leiga da realidade, do risco real), assim como a tradicional definição de risco como probabilidade,²⁶² como toda incerteza passível de medição, de cálculo probabilístico: seja pela probabilidade lógico-matemática (a priori), seja pela probabilidade de frequência estatística (a posteriori).²⁶³

Registra-se, contudo, que esta abordagem do risco tem sido alvo de críticas, especialmente no âmbito das ciências sociais, em um movimento registrado pela Royal Society já em 1992.²⁶⁴ De um modo geral, críticos negam a possibilidade de quantificação precisa do risco mediante a aplicação da probabilidade. Em linhas gerais, sustenta-se que este método é falho, na medida em que o risco poderá variar de acordo com as características específicas do sujeito exposto ao risco,²⁶⁵ assim como de acordo com o próprio comportamento do indivíduo.²⁶⁶ Ademais, sob a premissa que diferentes observadores podem ter diferentes conclusões a respeito da mesma informação e que a avaliação científica também envolve um juízo de valor, sustenta-se, entre outros argumentos, que dados estatísticos podem ser objeto de diferentes interpretações.²⁶⁷

Por outro lado, a segunda grande linha do pensamento, subjetivista, compreende o risco como um juízo de valor, como uma construção formulada por um sujeito em condições de incerteza.²⁶⁸ De acordo com esta abordagem, desenvolvida especialmente no campo das ciências sociais, o risco é uma construção social, é um produto de interpretações, juízos, construções e decisões, com importantes fatores psicológicos, sociais, culturais e políticos.²⁶⁹

²⁶² Seja “como a probabilidade de que um determinado evento ocorra durante um período de tempo definido” ou como detrimento, “medida composta que combina a probabilidade e a magnitude de um efeito adverso” ADAMS, John. **Risco**. Trad. Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: Senac, 2009, p. 40).

²⁶³ KNIGHT, Frank H. **Risk, Uncertainty and Profit**. New York: Bookseller, 1964 (Orig. 1921), 218-219.

²⁶⁴ ADAMS, *op. cit.*, p. 41-42.

²⁶⁵ Observa-se que, ainda que mediante o emprego da probabilidade estatística seja possível mensurar a probabilidade de morte de adultos na faixa de 30 anos, as características específicas do sujeito deste grupo, que podem aumentar o risco de morte, não são conhecidas mediante o emprego da probabilidade.

²⁶⁶ Como observa Adams, o problema para os que buscam medidas objetivas do risco é que as pessoas, em variados graus, modificam tanto seus níveis de vigilância quanto sua exposição ao perigo em resposta a suas percepções subjetivas do risco (ADAMS, *op. cit.*, p. 47).

²⁶⁷ ADAMS, *op. cit.*, p. 44-45.

²⁶⁸ THOMPSON, P. B. The philosophical foundations of risk. **Southern Journal of Philosophy**, Memphis, Vol. 24, p. 273–286, 1986, p. 273 *et seq.*

²⁶⁹ SLOVIC, Paul. Trust, emotion, sex, politics, and science: surveying the risk-assessment battlefield. **Risk Analysis**, v. 19, p. 689-701, 1999. doi:10.1111/j.1539-6924.1999.tb00439.x.

Nessa perspectiva, o risco não é algo preexistente que será observado e mensurado mediante atividade puramente descritiva. Ao contrário, é algo subjetivo, que existe na mente do observador e que é culturalmente construído, que varia de acordo com o sujeito e com o contexto cultural, de acordo com o conhecimento e com a informação disponível.

Sob esta ótica, são subjetivas “tanto a natureza adversa de determinados eventos quanto a sua probabilidade”. Como exemplifica John Adams: “escorregar e cair no gelo é uma brincadeira para crianças pequenas, mas um acidente potencialmente fatal para um idoso”. Ademais, “a probabilidade desse tipo de evento é influenciada tanto pela percepção que a pessoa tem da probabilidade quanto pela visão que ela tem do evento, como divertido ou perigoso” (...) “visto que os idosos consideram muito alto o risco de escorregar em uma rua coberta de gelo, eles tomam medidas preventivas, reduzindo a probabilidade”. Observe-se, assim, no exemplo acima, que as “pessoas jovens que deslizam e escorregam no gelo” e as “pessoas idosas evitam fazer o mesmo pertencem a duas culturas diferentes”. Em última análise, “elas constroem a realidade a partir da experiência que tem dela”.²⁷⁰

Nessa linha de raciocínio, a linha subjetivista contrapõe-se à corrente objetiva, seja por negar a realidade do risco, entendendo que este, ao contrário do perigo ou da ameaça, não é real, mas uma construção,²⁷¹ seja por reconhecer a existência de elementos de subjetividade em toda avaliação do risco, tanto na avaliação leiga como na científica,²⁷² em um movimento próprio da ruptura com o positivismo científico. Neste segundo sentido, sob o pressuposto de que mesmo o método científico não incide diretamente sobre o mundo real, envolvendo uma atividade valorativa por parte do cientista que o formula, nega-se a validade da distinção entre “risco real” e “risco percebido”, assim como a possibilidade de um cálculo preciso do risco.

273,274

²⁷⁰ ADAMS, John. **Risco**. Trad. Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: Senac, 2009, p. 42.

²⁷¹ SLOVIC, Paul. Trust, emotion, sex, politics, and science: surveying the risk-assessment battlefield. **Risk Analysis**, v. 19, p. 689-701, 1999. doi:10.1111/j.1539-6924.1999.tb00439.x.

²⁷² BALDWIN, Robert. Introduction: risk - the legal contribution. In: **Law and Uncertainty: risks and legal processes**. London: Springer, 1997, p. 4-5.

²⁷³ ADAMS, *op. cit.*, p. 40-46.

²⁷⁴ Sob esta ótica, a diferença entre a observação do cientista e do leigo, entre a probabilidade objetiva e subjetiva, é apenas de grau. Assim, ao invés da distinção entre risco “real” e “percebido”, esta corrente tende a identificar duas modalidades de percepção do risco: a do cientista e a do leigo; ao invés da distinção entre risco (probabilidade objetiva) e incerteza (probabilidade subjetiva), a doutrina tende a reconhecer a existência de dois juízos probabilísticos possíveis: o juízo de frequência relativa (probabilidade lógico-matemática ou estatística, de base científica) e o juízo de convicção (probabilidade subjetiva, de base empírica) (REGO, Margarida Lima. **Contrato de Seguro e Terceiros**: estudos de direito civil. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010, p. 60 e 76-78).

3.2 RISCO NO SEGURO

3.2.1 Características do risco

Em linhas gerais, o risco objeto do contrato de seguro pode ser reconduzido aos elementos constitutivos da noção geral de risco, isto é, à possibilidade e à adversidade de um evento.²⁷⁵ Mais precisamente, porém, enquanto elemento do contrato, o risco se caracteriza como a possibilidade de sinistro, de um evento desfavorável ao interesse legítimo do segurado, cuja ocorrência leva ao pagamento da indenização securitária, à realização da prestação convencionada. Nas palavras de Rubén Stiglitz: “el riesgo asegurable constituye la probabilidad ou posibilidad (contingencia) de realización de un evento dañoso (siniestro) previsto en el contrato, y que motiva el nacimiento de la obligación del asegurador consistente en resarcir un daño o cumplir la prestación convenida”.²⁷⁶

Observa-se, porém, que risco e sinistro não se confundem, ainda que entre eles haja uma íntima conexão. O risco constitui a ameaça ao interesse legítimo, o perigo, a chance de lesão, a incerteza quanto ao sinistro, o fato que motiva a contratação. O sinistro, por sua vez, constitui a concretização do risco, a verificação total ou parcial do risco segurado; constitui, em outros termos, o evento adverso em si, que lesa o interesse do segurado, ao qual o risco se reporta, o fato gerador do direito do segurado à indenização securitária. O risco, portanto, é anterior ao sinistro, representando uma situação em que o evento danoso ainda não ocorreu, em que há apenas expectativa de sinistro.²⁷⁷

Seguindo esta linha de raciocínio, sem perder de vista que risco e sinistro não se confundem, particularizam o risco no contrato de seguro (i) a possibilidade de sinistro, (ii) a adversidade do sinistro, (iii) a casualidade do sinistro, (iv) assim como a previsão contratual. Sem possibilidade, adversidade e causalidade, não há risco segurável, passível de seguro. Sem previsão contratual, não há risco segurado, não há cobertura contratual. Portanto, além de constar expressamente do contrato, o risco, como possibilidade de evento desfavorável ao interesse do segurado, deve reporta-se a eventos casuais, que não decorram de ato intencional do segurado.²⁷⁸

²⁷⁵ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 2. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 114 e ss; MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 483-487.

²⁷⁶ STIGLITZ, Rubén. **Derecho de Seguros**. Tomo I. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 187.

²⁷⁷ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 523 e 697.

²⁷⁸ DONATI, *op. cit.*, p. 110 e ss.

3.2.1.1 Risco como possibilidade de sinistro

Nas mais diversas definições encontradas na doutrina quanto ao risco no contrato de seguro, não faltam referências à possibilidade, incerteza ou indeterminabilidade de um evento.²⁷⁹ Na condição de possibilidade, o risco envolve uma situação de indeterminação quanto a um evento previsto no contrato, em que a ocorrência do sinistro - acontecimento capaz de lesar o interesse legítimo do segurado e de produzir efeitos jurídicos na relação contratual, obrigando o segurador à implementação da cobertura securitária - está em questão, é desconhecida, não podendo ser aferida no momento da contratação. Nesse sentido, o risco é caracterizado pela contingência do fato gerador do direito do segurado à indenização, pela existência de uma chance, de uma probabilidade de sinistro, situada entre zero (impossibilidade) e 1 (certeza).²⁸⁰

Esta indeterminação quanto ao sinistro assume diferentes formas, podendo dizer respeito tanto à ocorrência do evento, como ao momento da ocorrência e à sua dimensão, extensão. Assim, haverá risco não apenas naqueles casos em que não é possível afirmar se o sinistro ocorrerá, em que há uma indeterminação quanto à ocorrência em si (e.g. roubo do veículo segurado), mas também naqueles casos em que a indeterminação diz respeito apenas ao momento da verificação do sinistro, em que se sabe que o evento ocorrerá, porém não se sabe quando; em que o evento é certo, mas de data incerta (e.g. morte no seguro de vida).²⁸¹ Ademais, em certos casos, este estado de dúvida também pode se referir à dimensão do sinistro: no seguro de incêndio, por exemplo, o sinistro poderá levar à perda total ou parcial do imóvel; a extensão dos danos, porém, não pode ser determinada previamente.²⁸²

Muitos autores costumam relacionar possibilidade e incerteza, encerrando a incerteza como elemento constitutivo do risco segurado.²⁸³ Deve-se atentar, contudo, que o risco no seguro assume, em regra, contornos objetivos, se caracterizando como a possibilidade de um evento que existe no plano dos fatos, que provém do ambiente exterior, não se confundindo necessariamente com a incerteza enquanto estado subjetivo, com aquilo que existe na mente

²⁷⁹ Nesse sentido, DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 2. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 114-115; BUTARO, Luca. Assicurazione (in generale; contrato di; contro i danni). In: **Enciclopedia del Diritto**. v. III. Varese: Dott. A. Giuffrè, 1958, p. 449; GREENE, Mark R. **Riesgo y Seguro**. 3. ed. Trad. Hernán Troncoso Rojas. Madrid: Editorial Mapfre, 1979, p. 1-2.

²⁸⁰ VAUGHAN, Emmett J; VAUGHAN, Therese M. **Fundamentals of risk and insurance**. 7. ed. New York: John Wiley & Sons Inc, 1996, p. 6.

²⁸¹ DONATI, *op. cit.*, p. 116-117.

²⁸² REGO, Margarida Lima. **Contrato de Seguro e Terceiros**: estudos de direito civil. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010, p. 74-75.

²⁸³ HALPERIN, Isaac. **El Contrato de Seguro**: seguros terrestres. Buenos Aires: Tipografica, 1946., p. 253-254; ALVIM, Pedro. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 218 GREENE, *op. cit.*, 1979, p. 2.

das partes.²⁸⁴ Assim, ainda que o estado subjetivo seja relevante para a formação do contrato, na medida em que é a partir do sentir ou da percepção do risco que as partes celebram o negócio, deve-se observar ele não basta, por si só, para a configuração do risco no seguro. Em regra, a existência do risco no contrato depende da sua verificação objetiva. Além de existir na mente dos contratantes, ele deve ser possível no mundo real.

Por outro lado, o risco no seguro, como possibilidade, também costuma ser relacionado pela doutrina a um evento futuro, o que excluiria a possibilidade de celebração de um contrato cuja cobertura recaísse sobre eventos passados ou presentes, isto é, sobre sinistros já ocorridos ou que estão ocorrendo.²⁸⁵ Como observa Pedro Alvim, “o risco depende naturalmente de uma coisa que poderá acontecer e não de um fato já ocorrido ou que está ocorrendo. É, pois um acontecimento futuro. O evento ainda não existe. É apenas uma possibilidade”. Ademais, como prossegue o autor, “a noção de risco é incompatível com aquilo que já sucedeu ou está sucedendo. O passado e o presente registram estes acontecimentos que não podem ser objeto de seguro, dada a impossibilidade de verificação do risco”.²⁸⁶

Ocorre que o elemento futuridade não pode ser compreendido em termos absolutos como requisito de qualificação do risco segurável. Constitui a regra, porém comporta exceções. De um modo geral, o risco deve, sim, reportar-se a eventos futuros, na medida em que a consumação do sinistro ou a cessação da sua possibilidade reconduzem, respectivamente, à certeza e à impossibilidade do evento, à ausência de risco. Porém, assim ocorre quando prepondera a concepção objetiva do risco, o que é excepcionado em certos casos. Admite-se, em determinadas hipóteses, a cobertura de eventos passados ou presentes quando a ocorrência destes não seja do conhecimento das partes, quando, ao tempo da conclusão do contrato, as partes desconheciam o estado real do risco.²⁸⁷ Este é o caso do seguro de risco putativo, previsto na legislação brasileira quanto ao seguro marítimo (art. 677,

²⁸⁴ Nesse sentido: LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. **Droit des Assurances**. 11 ed. Paris: Dalloz, 2001. p. 267; TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio; PIMENTEL, Ayrton. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37. HARTEN, Carlos. **El Deber de Declaración del Riesgo en el Contrato de Seguro**. Salamanca: Ratio Legis, 2007, p. 34.

²⁸⁵ Nesse sentido, basta recordar os termos do art. 1.432 do CC/16: “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”.

²⁸⁶ ALVIM, Pedro. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 216-217.

²⁸⁷ STIGLITZ, Rubén. **Derecho de Seguros**. Tomo I. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 221-222; MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 485, 487-489.

alínea 9, do Código Comercial),²⁸⁸ e do seguro retroativo, em que a cobertura começa em momento anterior à celebração do contrato.²⁸⁹

Em tais casos, convalida-se a cobertura do risco subjetivo (putativo). O risco assume contornos subjetivos, como algo que depende da percepção, do conhecimento, do observador, e não da sua existência no plano dos fatos, como algo que existe na mente dos contratantes, podendo não corresponder à realidade.²⁹⁰ Considerando, portanto, tais casos, pode-se concluir, como sintetiza Menezes Cordeiro,²⁹¹ que “o risco não tem de ser reportado (necessariamente) a eventos futuros; mas quando assente em factos passados (ou presentes), estes não podem ser do conhecimento de quem corra o risco: ou já não haverá probabilidades, mas certezas”.²⁹²

Igualmente, a qualificação do risco a partir do elemento futuridade pode ser questionada naqueles casos em que o risco, embora se concretize, na forma de sinistro, durante a vigência do contrato, possa guardar alguma relação com fatos passados, anteriores à contratação, como nos seguros de responsabilidade civil de tipo *claims made*, à base de reclamações, em que o evento danoso (fato gerador da reclamação-sinistro) pode ocorrer antes do início da vigência do contrato, assim como nos seguros ambientais ou de invalidez, em que a cadeia causal do evento danoso muitas vezes pode ser reconduzida a fatos ocorridos em momento anterior à contratação.²⁹³ Nestes casos, contudo, diferentemente do que ocorre no caso do risco putativo, embora o risco possa guardar relação com fatos passados, estes não constituem o sinistro propriamente dito, o fato gerador do direito do segurado à indenização, mas apenas fatos que podem desencadeá-lo.²⁹⁴

²⁸⁸ ALVIM, Pedro. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 218-220.

²⁸⁹ DIDINI, Thyago Lacerda. **A Teoria do Risco Putativo no Contrato de Seguro**. Rio de Janeiro: Ed. Escola Nacional de Seguros, 2015, p. 122 e ss

²⁹⁰ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 2. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 179.

²⁹¹ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 485.

²⁹² Margarida Lima do Rego, analisando a questão, apresenta interessante abordagem: “simplesmente, não é o facto que é sempre necessariamente futuro: é o seu impacto na vida do sujeito que deve ter algo futuro. Ainda que esse algo seja o conhecimento de que a sua vida foi afectada pela verificação desse facto. O que significa que o elemento futuro está na necessidade eventual e não no facto que lhe dá causa. É, neste sentido, acertado afirmar que o seguro só pode existir por referência a uma necessidade eventual e futura do segurado. Assim, se faz referencia à circunstância de essa necessidade só vir a sentir-se no futuro, com a tomada de consciência da verificação de um facto passado, presente ou futuro (REGO, Margarida Lima. **Contrato de Seguro e Terceiros**: estudos de direito civil. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010, p. 122).

²⁹³ TZIRULNIK, Ernesto. **Seguro de Riscos de Engenharia**: instrumento do desenvolvimento. São Paulo: Roncarati, 2015, p. 62-63.

²⁹⁴ REGO, *op. cit.*, p. 126-127.

3.2.1.2 Risco como adversidade do sinistro

Por outro lado, o risco no seguro assume natureza adversa, se caracterizando como a possibilidade de um evento danoso, em alguma medida desfavorável ao interesse legítimo do segurado.²⁹⁵ Na qualidade de elemento intrínseco do conceito de risco, a noção de perda ou de prejuízo também particulariza o risco objeto do seguro de acordo com o entendimento majoritário.²⁹⁶

Parte da doutrina, contudo, afastando-se da visão tradicional, deixa de lado a natureza adversa, não incluindo a noção de dano, de perda ou prejuízo como elemento essencial do risco neste contrato, apenas fazendo referência à incerteza, à aleatoriedade quando da análise dos elementos constitutivos do risco.²⁹⁷ Para esta corrente, não seria adequado qualificar o risco objeto do seguro partir da noção de dano, pois nem sempre o risco se reportaria a acontecimentos danosos, podendo relacionar-se a eventos favoráveis ao segurado, como ocorre naqueles seguros em que o sinistro constitui um evento feliz, desejado (e.g. seguro de sobrevivência, nupcialidade ou natalidade).²⁹⁸

Este entendimento, porém, não se sustenta. A natureza adversa, a potencialidade danosa do sinistro, em alguma medida lesiva ou prejudicial, não pode ser afastada.²⁹⁹ Além de ser uma característica intrínseca e indissociável da própria noção de risco, inclusive na sua acepção mais ampla, enquanto álea ou risco especulativo, constitui o fator que justifica o contrato. É a necessidade de proteção, de preservação do interesse legítimo do segurado frente ao caráter adverso e incerto do sinistro que justifica e caracteriza o seguro desde a sua origem, conformando sua causa, sua função sócio-econômica. Ademais, a natureza adversa do risco é evidenciada pela própria noção de interesse legítimo e pelo princípio indenitário, os quais vedam a possibilidade do seguro ser fonte de lucro, exigindo, respectivamente, que o sinistro represente um desvalor a um interesse juridicamente relevante e que a indenização, no seguro de dano, não ultrapasse a extensão dos prejuízos.³⁰⁰

Nesse sentido, a natureza adversa do risco - ou do sinistro como evento ao qual o risco se reporta - deve ser tomada em uma perspectiva ampla, enquanto possibilidade de um evento

²⁹⁵ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 2. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 125-127.

²⁹⁶ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 189; HALPERIN, Isaac. **El Contrato de Seguro: seguros terrestres**. Buenos Aires: Tipografica, 1946, p. 249-250.

²⁹⁷ Nesse sentido: PICARD, MAURICE; BESSON, ANDRÉ. **Les Assurances terrestres en droit français**. t.1. 2. ed. Paris: Reliure inconnue, 1965. p. 19; LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. **Droit des Assurances**. 11 ed. Paris: Dalloz, 2001, p. 267.

²⁹⁸ ALVIM, Pedro. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 214-215.

²⁹⁹ DONATI, *op. cit.*, p. 125 e ss.

³⁰⁰ MENEZES, *op cit.*, p. 505-506.

em alguma medida desfavorável, que provoque uma “diminuição numa situação previamente considerada”.³⁰¹ Isto significa, em outros termos, que o sinistro não precisa ser valorado negativamente pelo segurado em todos os seus aspectos, podendo, inclusive, caracterizar-se como um evento feliz ou desejado.³⁰² Para ter natureza adversa, basta que o sinistro seja fonte de um desvalor, basta que ele seja valorado negativamente em um dos seus aspectos, criando uma necessidade eventual, seja por aumentar as necessidades, seja por reduzir os meios aptos a satisfazê-las.³⁰³ Sob esta ótica, portanto, mesmo nos seguros de sobrevivência, nupcialidade ou natalidade, em que o sinistro constituiu um evento feliz, a noção de perda estará presente. Trata-se de eventos felizes, porém com um custo associado. Nestes casos, o sinistro apresenta reflexos patrimoniais negativos, cria uma necessidade financeira ao segurado, que a indenização securitária busca satisfazer.³⁰⁴

Observa-se, ademais, que o risco no seguro não se confunde com a noção de álea, tampouco assume caráter especulativo. Diferentemente do contrato de aposta, cujo risco é criado em razão da esperança de uma vantagem, havendo, simultaneamente, a possibilidade de perda e de um ganho (álea ou risco especulativo), no seguro há apenas a chance de uma perda, de diminuição em uma situação previamente considerada. A possibilidade de perda não é acompanhada da possibilidade de um ganho. O risco em causa, portanto, é o risco puro, em sentido estrito.³⁰⁵

Por outro lado, verifica-se uma certa convergência na doutrina quanto à dimensão patrimonial ou financeira do risco no seguro. De um modo geral, os autores tendem a caracterizá-lo como um ônus à esfera patrimonial do segurado, como possibilidade de um evento economicamente desfavorável.³⁰⁶ De acordo com Rubén Stiglitz, “el evento cuya posibilidad de realización se traduce en riesgo y cuya efectiva y concreta verificación constituye el siniestro, es un hecho susceptible de provocar un daño”. Ademais, “la expresión ‘susceptible de provocar un daño’ significa que el evento (futuro e incierto) debe portar aptitud para causarlo o que puede llegar a constituir una pérdida económica”.³⁰⁷

³⁰¹ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 485.

³⁰² REGO, Margarida Lima. **Contrato de Seguro e Terceiros**: estudos de direito civil. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010, p. 76-77.

³⁰³ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 2. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 202.

³⁰⁴ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 486. Nas palavras do autor: “a apresentação do risco como eventualidade desfavorável, desagradável ou, pelo menos, com um custo associado, deve ser tomada num prisma de seguro. O ‘risco’ pode ser um evento feliz, como a nupcialidade ou a natalidade; o seguro visa, então, enfrentar despesas, logicamente desfavoráveis”.

³⁰⁵ REGO, *op. cit.*, p. 144-149.

³⁰⁶ DONATI, *op. cit.*, p. 126.

³⁰⁷ STIGLITZ, Rubén. **Derecho de Seguros**. Tomo I. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 189.

Este é o entendimento preponderante na doutrina, que guarda relação com uma forma de compreender o contrato de seguro a partir de uma perspectiva patrimonialista, como um instrumento de proteção patrimonial, e que reconhece, no interesse legítimo, um interesse econômico.³⁰⁸ Esta perspectiva de análise, de um lado, se sustenta na natureza da prestação do segurador: sendo esta preponderantemente pecuniária, a lógica é compreender o seguro em uma perspectiva patrimonial, atribuindo ao risco dimensão financeira.³⁰⁹ De outro lado, tende a justificar o escopo patrimonial do seguro de pessoas, e do risco neste âmbito, na circunstância do sinistro, mesmo sendo um acontecimento lesivo à pessoa segurada (e.g. morte), possuir reflexos patrimoniais negativos, provocar danos materiais, ainda que abstratos, livremente fixados pelo segurado, sem que haja necessidade de comprovação.³¹⁰ No seguro de invalidez este dano poderia relacionar-se à incapacidade para o trabalho ou às despesas médicas, já no de vida guardaria relação com as despesas com funeral e com a perda da possibilidade de trabalho (do provedor da família, por exemplo).³¹¹

Poderia ser cogitada, porém, para além da natureza patrimonial, uma dimensão extrapatrimonial do risco segurado. Considerando que o risco, como fenômeno econômico-social, pode ter reflexos patrimoniais ou extrapatrimoniais - relacionando-se, neste caso, a danos morais, estéticos, à imagem, à saúde -, poderia ser sustentado, especialmente nos seguros de vida, com base em laços de afeição, que o risco no seguro comportaria uma dimensão extrapatrimonial ou, pelo menos, híbrida. Em tais casos, em que os danos podem decorrer não apenas de uma relação de dependência financeira entre beneficiário e segurado, mas também de laços de afeição, seria possível concluir pela ausência de interesse - e, por consequência, de risco - estritamente patrimoniais, conforme decidido pela corte de apelação inglesa (*Feasey v. Sun Life Assurance Corporation of Canada*).³¹² Nestes casos, o escopo da indenização securitária poderia ser questionado. Teria ela a finalidade de fazer frente apenas

³⁰⁸ DONATI, Antigono. **Los Seguros Privados**: manual de derecho. Trad. Arturo Vidal Solá. Barcelona: Libreria Bosch, 1960, p. 128; POLIDO, Walter. **Contrato de Seguro**: novos paradigmas. São Paulo: Roncarati, 2010, p. 106.

³⁰⁹ REGO, Margarida Lima. **Contrato de Seguro e Terceiros**: estudos de direito civil. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010, p. 78.

³¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Substitutivo ao capítulo referente ao contrato de seguro no anteprojeto do Código Civil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: n. 5, ano XI, p. 143-152, 1972. p. 146-147.

³¹¹ DONATI, *op. cit.*, p. 21-22. Nesse sentido, enquanto possibilidade de uma perda patrimonial, o risco no seguro é frequentemente classificado em (i) pessoais: possibilidade de perda da renda em razão de morte, desemprego doença ou invalidez (característicos do seguro de pessoas); (ii) à propriedade: possibilidade de destruição ou perda da propriedade (próprios do seguro de dano ou de coisa); e (iii) de responsabilidade: possibilidade de causar dano, de forma não intencional, a outrem (característicos do seguro de responsabilidade por danos a terceiros) VAUGHAN, Emmett J; VAUGHAN, Therese M. **Fundamentals of risk and insurance**. 7. ed. New York: John Wiley & Sons Inc, 1996, p. 9.

³¹² BIRDS, John. **Modern Insurance Law**. 9 ed. London: Sweet & Maxwell, 2013, p. 50.

aos danos materiais suportados pelo beneficiário ou também visaria compensar o dano extrapatrimonial, à semelhança da indenização na responsabilidade civil?

O entendimento acima está em sintonia com a corrente que reconhece a dualidade - econômica e moral - do interesse legítimo, especialmente nos seguros de vida, afastando a finalidade exclusivamente patrimonial do seguro, conforme o Código Civil do Québec (art. 2.419), que faz expressa menção ao “moral interest”.³¹³ A questão, porém, é muito controvertida. De acordo com Bruno Miragem, no ponto haveria uma confusão entre motivo e objeto do contrato: “o que leva alguém a contratar o seguro, embora determinante, não é o mesmo que o seu objeto. Este consiste na preservação ou atenuação de consequências de repercussões de certos riscos no patrimônio próprio ou alheio, interesse que é econômico, embora mediatamente possa ter motivações de outra ordem”. Estas motivações, como prossegue o autor, “poderão ter relevância jurídica (e.g. na caracterização do inadimplemento, interpretação das disposições contratuais), mas nem por isso integram, como elemento, o objeto do contrato”.³¹⁴

3.2.1.3 Risco e ato doloso do segurado

Muito frequente na doutrina é a referência ao caráter casual, eventual ou aleatório do risco no seguro.³¹⁵ Além de ser possível e desfavorável ao segurado, o evento ao qual o risco se reporta se caracteriza como um evento alheio à vontade do segurado, que não decorre de ato intencional deste.³¹⁶ Isto significa, em outros termos, que o sinistro não pode ser proveniente de ato doloso do segurado, que o sinistro deve decorrer de fatos fortuitos, externos ao segurado, ou de ato do segurado desde que não intencional.

Atualmente, o âmbito de riscos passíveis de seguro é amplo. Considerando os diversos ramos de seguro, admite-se tanto a cobertura de eventos de natureza fortuita ou de força maior - imprevisíveis, inevitáveis e inimputáveis ao segurado, decorrentes, por exemplo, de fatos da natureza (e.g. vendaval, inundação) ou de atos de terceiros, lícitos ou ilícitos, culposos ou

³¹³ “2419. A person has an insurable interest in his own life and health and in the life and health of his spouse, of his descendants and the descendants of his spouse, or of persons who contribute to his support or education. He also has an interest in the life and health of his subordinates and staff or of persons in whose life and health he has a pecuniary or moral interest”.

³¹⁴ MIRAGEM, Bruno. O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). **Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015., p. 29-30.

³¹⁵ VIVANTE, Cesare. **Istituzioni di Diritto Commerciale**. Milano: Ulrico Hoepli, 1906, p. 266; REGO, Margarida Lima. **Contrato de Seguro e Terceiros: estudos de direito civil**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010, p. 158 e ss; MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito dos Seguros**. Cascais: Principia, 2006, p. 58.

³¹⁶ BUTARO, Luca. Assicurazione (in generale; contrato di; contro i danni). In: **Enciclopedia del Diritto**. v. III. Varese: Dott. A. Giuffrè, 1958, p. 450.

dolosos (e.g. furto, roubo, destruição da propriedade) - como a cobertura de eventos decorrentes de ato ilícito e/ou culposo do segurado, de fatos imputáveis ao segurado, para os quais este tenha contribuído com culpa (e.g. responsabilidade civil subjetiva) ou pelos quais tenha sido civilmente responsável (e.g. responsabilidade civil objetiva pelo risco criado).³¹⁷ Nesse contexto, em regra, apenas eventos causados por dolo do segurado não são passíveis de seguro, apenas “as eventualidades puramente potestativas escapam à possibilidade de seguro”.³¹⁸

Houve um tempo em que os contratos de seguro garantiam apenas eventos de natureza fortuita ou de força maior, decorrentes de fatos externos ao segurado. Neste período, não havia cobertura para sinistros causados pelo segurado, para os quais este tenha contribuído ainda que involuntariamente, acreditava-se que não seria ético que atribuir ao segurador as consequências da própria culpa, e que o seguro para a garantia de ato do segurado incitaria posturas negligentes. Aos poucos, contudo, esta ideia foi relativizada e o caráter fortuito do sinistro flexibilizado. Ao longo do séc. XIX, em face das novas necessidades sociais, dos novos riscos, relacionados, por exemplo, à atividade industrial e ao transporte ferroviário, desenvolveram-se os seguros de responsabilidade civil e, com eles, a cobertura da culpa, de eventos causados por ato culposo do segurado. Igualmente, em outros seguros, passou-se a admitir, por expressa previsão contratual, a possibilidade de cobertura de sinistro para o qual o segurado tenha contribuído com culpa, subsistindo, porém, a impossibilidade de seguro para a hipótese de dolo do segurado.³¹⁹

Esta vedação ao seguro de ato doloso do segurado, portanto, caracteriza o contrato desde a sua origem, impossibilitando a cobertura da responsabilidade civil por danos causados intencionalmente a terceiros e afastando a cobertura naqueles casos em que o ato doloso atenta contra o interesse segurável, lesando a coisa, o patrimônio ou a pessoa segura (e.g. destruição do veículo segurado, assassinato do segurado pelo beneficiário, reconhecimento da responsabilidade pelo acidente de trânsito quando ela não existe).³²⁰ Tradicionalmente prevista em diversos ordenamentos jurídicos a vedação ao seguro de ato intencional constitui uma regra geral aplicável à imensa gama de seguros.³²¹ No direito brasileiro, dispõe o art. 762 do CC:

³¹⁷ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 2. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 121-128.

³¹⁸ REGO, Margarida Lima. **Contrato de Seguro e Terceiros**: estudos de direito civil. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010, p. 9.

³¹⁹ DONATI, *op. cit.*, p. 119-123.

³²⁰ *Idem*, p. 204 *et seq.*

³²¹ Conforme relata Moitinho de Almeida (ALMEIDA, J. C. Moitinho. **O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado**. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1971, p. 106).

“nulo será o contrato para a garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro”.

Diversos são os fundamentos que justificam a norma segundo a doutrina. De um lado, sustenta-se que o dolo importaria na própria negação do risco, fazendo desaparecer a incerteza que o caracteriza.³²² De outro lado, afirma-se que a cobertura de ato doloso importaria no reconhecimento de condição meramente potestativa, sujeita ao puro arbítrio de uma das partes, o que é vedado pelo ordenamento (art. 122 CC).³²³ Para outros autores, porém, a norma encontra fundamento, antes de tudo, “em considerações de ordem pública e de moralidade”,³²⁴ em padrões éticos e morais e nos bons costumes que presidem os contratos. Para Donati, “asegurar el dolo significa transferir las consecuencias del propio comportamiento doloso”, “dar camino libre a los siniestros inmorales y perturbadores del orden público”.³²⁵ Na mesma linha posiciona-se Menezes Cordeiro, “subjacente está ainda o princípio, assente na boa-fé, de que ninguém deve ser beneficiado pelo ilícito próprio”.³²⁶

Verifica-se uma certa divergência na doutrina quanto à natureza do dolo. Especialmente naqueles casos em que o ato atenta contra a integridade da coisa ou da pessoa segura, de modo que o sinistro poderia se converter em um benefício para o segurado ou para o beneficiário, discute-se se, para a incidência da vedação legal, bastaria o dolo genérico, a intenção de provocar o sinistro (ainda que motivada por circunstâncias alheias ao seguro),³²⁷ ou, ao contrário, se seria necessário o dolo específico, o *animus nocendi*, isto é, a intenção de fraude, de provocar o sinistro para se beneficiar do seguro, para receber a indenização securitária.³²⁸ Esta segunda interpretação, contudo, não parece ser a mais adequada no direito brasileiro, considerado que não se verifica no Código Civil a exigência do dolo específico, mas apenas no Código Penal, para a qualificação de tipo penal específico: fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro (art. 171, §2º, V, do CP). Nesse sentido, para a incidência da regra, bastaria o dolo genérico, a vontade de consciência de provocar o sinistro.

³²² HALPERIN, Isaac. **El Contrato de Seguro**: seguros terrestres. Buenos Aires: Tipografica, 1946, p. 265.

³²³ REGO, Margarida Lima. **Contrato de Seguro e Terceiros**: estudos de direito civil. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010, p. 163.

³²⁴ ALMEIDA, J. C. Moitinho. **O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado**. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1971, p. 101-102. Como observa o autor, “admitir-se a cobertura de factos dolosos no seguro de responsabilidade civil, seria facilitada a ofensa à integridade física e ao património de terceiros, estimulando-se o desenvolvimento de ódios e vinganças, e seria imoral, tanto nestes seguros como nos seguros de coisas, que um indivíduo pudesse intencionalmente lesar terceiros ou destruir bens próprios subsistindo o direito à garantia”.

³²⁵ DONATI, Antígono. **Los Seguros Privados**: manual de derecho. Trad. Arturo Vidal Solá. Barcelona: Libreria Bosch, 1960, p. 206.

³²⁶ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 677.

³²⁷ Nesse sentido, DONATI, *op. cit.*, p. 204-205.

³²⁸ Nesse sentido, REGO, *op. cit.*, p. 134.

Observa-se, porém, que a vedação ao seguro de ato doloso comporta exceções. Em certos casos, em razão da natureza do seguro ou da ausência de violação aos preceitos da ordem pública e dos bons costumes, admite-se a cobertura de sinistros relacionados a atos intencionais do segurado. Este é o caso do seguro de natalidade e de casamento, em que o sinistro costuma ser um fato almejado pelo segurado. Tais casos, contudo, particularizam-se, na medida em que, para a ocorrência do sinistro, geralmente concorrem uma série de circunstâncias, não sendo o ato intencional do segurado o único fator determinante. O sinistro, então, não constitui uma eventualidade puramente potestativa, dependendo também de acontecimentos externos ao segurado. Em outros termos, o sinistro caracteriza-se como um evento que não depende exclusivamente da vontade do segurado.³²⁹ Outros casos de garantia do dolo, admitidos em diversos ordenamentos jurídicos, são a cobertura do acidente de trânsito causado por ato intencional do segurado nos seguros obrigatórios, em que prevalece a proteção à vítima, assim como a cobertura do suicídio após o término do prazo de carência.³³⁰

3.2.1.4 Risco e previsão contratual

Nem todos os riscos que ameaçam o interesse do segurado no plano dos fatos, no plano extracontratual, integram o contrato de seguro, mas apenas aqueles previstos contratualmente. Para ser objeto de cobertura securitária, para caracterizar-se como um risco coberto, o risco deve ser predeterminado no contrato.³³¹ Além de existir no mundo fático, enquanto eventualidade desfavorável ao segurado, deve entrar no plano contratual, deve torna-se um risco seguro contratualmente, o que se materializa pela sua identificação na apólice e nas condições gerais.

A previsão contratual, portanto, constitui importante característica do risco no seguro, qualificando-o enquanto elemento contratual essencial, conforme disposto no art. 757 do CC: “pelo contrato de seguro o segurador se obriga a garantir interesse legítimo do segurado contra riscos predeterminados”.³³² Observa-se, nesse sentido, que o risco, enquanto potencialidade danosa ao segurado, é algo externo e preexistente ao contrato, que entra no plano contratual, tornando-se risco segurado, a partir da vontade das partes, na medida em que percebido e

³²⁹ HALPERIN, Isaac. **El Contrato de Seguro**: seguros terrestres. Buenos Aires: Tipografica, 1946., p. 250.

³³⁰ REGO, Margarida Lima. **Contrato de Seguro e Terceiros**: estudos de direito civil. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010, p. 160-162.

³³¹ STIGLITZ, Rubén. **Derecho de Seguros**. Tomo I. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 187.

³³² No seguro, nas palavras de Menezes Cordeiro, “há risco quando, em termos humanos, a eventualidade desfavorável, seja possível e caso, como tal, ela seja levada a um contrato válido” (MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 487).

selecionado por elas. Não se trata, portanto, de um risco criado com o próprio contrato, à semelhança da aposta, mas de um risco anterior, que é transportado para o seguro mediante disposição contratual.³³³

Este processo de predeterminação do risco, porém, é complexo. Além de resultar de cláusulas presentes em mais de um instrumento contratual e do emprego de diferentes técnicas de redação, que envolvem uma sofisticada interpretação contratual, se submete a normas cogentes, estabelecidas na lei ou pelo órgão regulador. Nesse sentido, é importante observar que o risco segurado é determinado em, pelo menos, dois instrumentos contratuais distintos: na apólice e nas condições gerais. A apólice contém informações básicas do risco segurado, com a indicação, por exemplo, das coberturas contratadas, do período de vigência e da importância segurada (art. 760 do CC).³³⁴ As condições gerais, por sua vez, contêm regras gerais, aplicáveis a uma generalidade de contratos, que explicam de forma detalhada as condições da cobertura, como que se opera a cobertura dos riscos indicados na apólice.

Por outro lado, esta atividade de determinação, que revela a dimensão do risco segurado e a extensão da cobertura securitária, até onde e em quais circunstâncias o segurador deve cobrir o interesse legítimo, pode ocorrer tanto pela técnica de indicação positiva do risco coberto (e.g. há cobertura para incêndio) como pela técnica de indicação negativa, que afasta a cobertura em determinadas circunstâncias, como é o caso das cláusulas de exclusão (e.g. não há cobertura para incêndio) e das cláusulas de perda de direitos (e.g. perderá o direito à cobertura o segurado que agravar intencionalmente o risco objeto do contrato).³³⁵

Ademais, esta previsão contratual não remete exclusivamente à autonomia das partes, observando normas imperativas, fixadas na lei ou pelo órgão regulador. Como um contrato de adesão cujo conteúdo se submete à supervisão estatal, o seguro deve observar uma série de normas administrativas que estabelecem, entre outras regras, cláusulas e coberturas obrigatórias. Igualmente, há uma série de normas na legislação civil e consumerista que limitam a autonomia das partes na atividade de predeterminação, inclusive com a indicação de riscos que devem ser cobertos (art. 799 do CC)³³⁶ e de riscos que não podem ser objeto de cobertura (arts. 762 do CC).³³⁷

³³³ REGO, Margarida Lima. **Contrato de Seguro e Terceiros**: estudos de direito civil. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010, p. 149-152.

³³⁴ “Art. 760. A apólice ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário.”

³³⁵ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 2. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 146-147.

³³⁶ “Art. 799. O segurador não pode eximir-se ao pagamento do seguro, ainda que da apólice conste a restrição, se a morte ou a incapacidade do segurado provier da utilização de meio de transporte mais arriscado, da

De acordo com Donati, este processo de predeterminação do risco pode ser dividido em duas etapas. Em um primeiro momento, o risco segurado é individualizado, o que envolve a identificação da natureza do evento danoso, a identificação do sinistro coberto ou da pluralidade de sinistros cobertos (e.g. incêndio, morte, roubo etc), assim como a identificação do interesse segurado ou da pluralidade de interesses segurados, com a análise das suas características (e.g. bem da vida sobre o qual recai o interesse, valor do interesse etc).³³⁸ Observa-se, nesse sentido, que a individualização do risco se baseia, sobretudo, nas informações fornecidas pelo segurado - a respeito do risco e do interesse a ser garantido - quando da formação do contrato (art. 759 do CC).³³⁹

Em um segundo momento, delimita-se o risco coberto. Esta delimitação poderá ser causal, temporal ou espacial. No primeiro caso, o risco é delimitado pela causa do evento, em atenção ao fato que desencadeou o sinistro, o que pode ocorrer por previsão expressa de cobertura (e.g. há cobertura para incêndio decorrente de curto-circuito) ou de ausência de cobertura (e.g. não há cobertura para incêndio decorrente de curto-circuito). Em tais casos, para apurar a existência de cobertura, deve-se identificar a causa do sinistro, deve-se analisar o nexo de causalidade entre o sinistro e o fato em questão. No segundo caso, o risco é delimitado no tempo, mediante a identificação do lapso temporal em que haverá cobertura, o qual, em regra, coincide com o período de vigência do contrato. Por fim, o risco poderá ser delimitado no espaço, em uma perspectiva geográfica, territorial, mediante cláusula, por exemplo, que compreenda ou exclua a cobertura para sinistros ocorridos no exterior.³⁴⁰

3.2.2 Risco e base econômica do contrato

A execução do contrato de seguro pressupõe um sistema de gerenciamento do risco, um sistema contratual organizado pelo segurador, “depende da existência de uma série de contratos semelhantes, tendo por objeto a garantia de riscos relativamente homogêneos, dispersos por intermédio de técnica de gestão financeira e atuarial”.³⁴¹

prestação de serviço militar, da prática de esporte, ou de atos de humanidade em auxílio de outrem”.

³³⁷ “Art. 762. Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro”.

³³⁸ DONATI, Antigono. *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*. v. 2. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 147-150.

³³⁹ “Art. 759. A emissão da apólice deverá ser precedida de proposta escrita com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco”.

³⁴⁰ DONATI, *op. cit.*, p. 150 e ss.

³⁴¹ MIRAGEM, Bruno. O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). *Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 25-64, p. 26.

De um lado, este sistema, em que o risco é elemento central, conforma a base econômica do contrato, fundamenta o cálculo inicial do prêmio. De outro, conforma o próprio risco enquanto elemento do contrato; seu funcionamento revela certos pressupostos técnico-econômicos de segurabilidade, determinantes à economia do contrato, que particularizam o risco segurado.

3.2.2.1 Risco, sistema contratual e cálculo do prêmio

Para a garantia do risco segurado, para a satisfação do interesse útil do credor e desenvolvimento da atividade de seguro, o segurador organiza um sistema contratual, um sistema polarizado pelo risco, voltado à gestão científica e financeira do risco segurado, cujos pilares são a mutualidade e a técnica atuarial.³⁴² É neste sistema, nesta estrutura administrada pelo segurador, que se encontra a base econômica, que se funda a estrutura financeira do contrato.³⁴³ É a partir dele que o segurador precifica o seguro, calcula o valor do prêmio. Não se trata, porém, da formação de uma base econômica individual, mas de uma base sistêmica, que correlaciona uma multiplicidade de contratos. Trata-se, em outros termos, de um sistema que une diversos contratos em uma mesma base econômica, que une uma comunidade de contratos, de riscos semelhantes, em torno de uma operação econômica unitária e complexa.³⁴⁴

De um lado, este sistema pressupõe uma mutualidade, uma comunidade de compartilhamento de riscos,³⁴⁵ o que nada mais é do que uma técnica de gestão do risco fundada na divisão deste entre os membros de determinado grupo.³⁴⁶ Trata-se, em síntese, de uma técnica de “repartição do prejuízo de alguns pelo total de participantes do grupo”.³⁴⁷ Aplicada ao seguro, a mutualidade permite a repartição das consequências econômicas dos sinistros entre o grupo de segurados. No sistema de seguros, esta divisão do risco - do custo dos sinistros - entre os segurados ocorre de forma prévia, por meio do cálculo e pagamento antecipado do prêmio. Mediante a constituição de um grupo homogêneo de segurados,

³⁴² LUCAS FILHO, Olívio. **Seguros: fundamentos, formação de preço, provisões e funções biométricas**. São Paulo: Editora Atlas. 2011, p. 2-3.

³⁴³ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Consulta acerca de plano de reequilíbrio econômico de duas apólices representativas de uma carteira de seguro de vida de renovação periódica**. 28 dez. 2012. Porto Alegre. Consulta no original, p. 17 e 20.

³⁴⁴ LORENZETTI, Ricardo. Redes Contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 16, p. 161-202, 1999, p. 165, 168-169.

³⁴⁵ TZIRULNIK, Ernesto. **Seguro de Riscos de Engenharia: instrumento do desenvolvimento**. São Paulo: Roncarati, 2015, p. 34-35.

³⁴⁶ VAUGHAN, Emmett J; VAUGHAN, Therese M. **Fundamentals of risk and insurance**. 7. ed. New York: John Wiley & Sons Inc, 1996, p. 19-20.

³⁴⁷ LUCAS FILHO, *op. cit.*, p. 2.

expostos a riscos semelhantes, e alocação dos prêmios pagos em um fundo comum de onde sairão os recursos para pagamento dos sinistros que possam atingir qualquer um dos integrantes do grupo, a seguradora administra um sistema mutual,³⁴⁸ gerencia um sistema de dispersão do risco, em que o custo das indenizações pagas em caso de sinistro é diluído e compensado pela contribuição daqueles segurados que não foram afetados pelo sinistro.³⁴⁹

De outro lado, o sistema do seguro se apoia na técnica atuarial, em fundamentos matemáticos que permitem uma previsão dos sinistros futuros, uma mensuração objetiva dos riscos segurados, fornecendo, ao segurador, instrumentos racionais para a precificação do seguro, ou seja, para o cálculo do custo da cobertura e da contraprestação a ser paga pelo segurado.³⁵⁰ Mediante a combinação de unidades expostas ao risco, em um número suficientemente grande e homogêneo, é possível, ao segurador, estimar as perdas futuras do grupo segurado,³⁵¹ estabelecendo antecipadamente “quanto cada participante precisa pagar para fazer frente aos eventos previstos”.³⁵² Esta previsão é realizada pela teoria das probabilidades, pela aplicação da Lei dos Grandes Números sobre a observação da experiência passada.

Como explicam Cooter e Ulen, a Lei dos Grandes Números permite que o segurador calcule a probabilidade de sinistro, pois seu emprego faz com que eventos imprevisíveis individualmente se tornem previsíveis quando observados coletivamente. Como exemplificam os autores, individualmente nenhum indivíduo sabe se a sua casa incendiará no ano que vem, mas a ocorrência de incêndio em uma cidade, estado ou país é regular o suficiente para que o segurador possa determinar a probabilidade de ocorrência do incêndio em determinada região de forma objetiva.³⁵³

Com base na probabilidade estatística, também conhecida como probabilidade *a posteriori*, a partir da observação das ocorrências passadas, o segurador estima as perdas futuras do grupo, prevendo, de forma aproximada, a probabilidade (frequência) dos sinistros,

³⁴⁸ VIVANTE, Cesare. **Istituzioni di Diritto Commerciale**. Milano: Ulrico Hoepli, 1906, p. 7.

³⁴⁹ STIGLITZ, Rubén. **Derecho de Seguros**. Tomo I e II. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 28. Como explica o autor: “el modo de eliminar los efectos derivados del alea se alcanza mediante el agrupamiento de una mutualidad de asegurados que contribuirán proporcionalmente con cada una de sus respectivas cotizaciones o premios a un fondo común de una misma empresa”. Ademais, “de dicho fondo se extraerán las sumas de dinero con las que se afrontarán los siniestros, en beneficio de los integrantes de la mutualidad”.

³⁵⁰ LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. **Droit des Assurances**. 11 ed. Paris: Dalloz, 2001, p. 42.

³⁵¹ GREENE, Mark R. **Riesgo y Seguro**. 3. ed. Trad. Hernán Troncoso Rojas. Madrid: Editorial Mapfre, 1979, p. 16-17.

³⁵² LUCCAS FILHO, Olívio. **Seguros: fundamentos, formação de preço, provisões e funções biométricas**. São Paulo: Editora Atlas. 2011, p. 3.

³⁵³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 5 ed. Boston: Pearson, 2007, p. 52-53.

assim como a severidade (o custo médio) dos sinistros.³⁵⁴ A precisão desta estimativa, porém, passa pela análise do maior número de casos possíveis. De acordo com a Lei dos Grandes Números, pelo efeito da preponderância das causas regulares e constantes sobre as irregulares e acidentais, quanto maior o número de casos examinados, mais exata será a previsão.³⁵⁵ Assim, quanto maior o número de amostras passadas examinadas, mais exata será a estimativa da probabilidade; ademais, quanto maior o grupo de unidades expostas ao risco, ao qual a estimativa da probabilidade será aplicada, maior a chance da experiência real se aproximar da previsão.³⁵⁶

Igualmente, a maior precisão do cálculo passa pela semelhança dos riscos em análise. Daí a razão pela qual os dados estatísticos analisados pelo segurador e a mutualidade de segurados devem abranger - tanto quanto possível - riscos homogêneos; tanto qualitativamente, em atenção à natureza do risco (e.g. morte, furto de veículo), às características da pessoa segurada (e.g. idade, sexo, estado de saúde) e do bem seguro (e.g. localização geográfica, destinação) que particularizaram o risco em análise, como quantitativamente, em atenção à severidade do risco, ao valor da perda.³⁵⁷

Observa-se que a técnica atuarial permite uma mensuração aproximada do risco, porém pode sofrer alguns desvios. Nesse sentido, diversas são as medidas adotadas pelo segurador para a correção e prevenção destes desvios. Entre elas se destacam: (i) a dispersão dos riscos: a seguradora deve buscar garantir riscos isolados, de modo que um evento não afete todos os segurados ao mesmo tempo; (ii) a pulverização do risco: técnica através da qual a seguradora limita sua cobertura em um valor e tudo que exceder sua capacidade é transferido a outro segurador pelo resseguro ou cosseguro; (iii) a seleção dos riscos (art. 757 CC): que permite que o segurador elimine o fator de risco, seja excluindo a cobertura de riscos elevados (e.g. de doença preexistente à contratação), seja recusando a proposta de seguro; e (iv) a formação de reservas técnicas.³⁵⁸

É neste complexo sistema de gestão do risco que se funda a economia do contrato. Como observam Claudia Lima Marques e Bruno Miragem:³⁵⁹ “nos contratos aleatórios,

³⁵⁴ VAUGHAN, Emmett J; VAUGHAN, Therese M. **Fundamentals of risk and insurance**. 7. ed. New York: John Wiley & Sons Inc, 1996, p. 6-7.

³⁵⁵ LUCAS FILHO, Olívio. **Seguros: fundamentos, formação de preço, provisões e funções biométricas**. São Paulo: Editora Atlas. 2011, p. 3.

³⁵⁶ VAUGHAN, *op. cit.*, p. 25.

³⁵⁷ LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. **Droit des Assurances**. 11 ed. Paris: Dalloz, 2001, p. 43-44.

³⁵⁸ ALVIM, Pedro. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 60-64.

³⁵⁹ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Consulta acerca de plano de reequilíbrio econômico de duas apólices representativas de uma carteira de seguro de vida de renovação periódica**. 28 dez. 2012. Porto Alegre. Consulta no original. p. 17. p. 20.

estabelecidos sob o risco da realização ou não de uma determinada prestação por uma das partes, sua base assenta-se em um conjunto de probabilidades da ocorrência de um determinado evento que caracteriza o contrato”. Ademais, “a equação econômica que sustenta a natureza mutualística do contrato de seguro depende de cálculos atuarias sofisticados, que identifiquem a probabilidade de ocorrência dos sinistros previstos nas apólices vigentes no tempo de duração dos contratos”.

É essencialmente a partir da combinação da mutualidade com a técnica atuarial que se estabelece a equação financeira do contrato de seguro, que o segurador estabelece o valor do prêmio puro, o qual corresponde à parcela do prêmio necessária à cobertura dos sinistros futuros, sendo composto pelo prêmio estatístico e pelo carregamento de segurança. Neste sistema, em apertada síntese, uma vez constituído o grupo homogêneo de segurados e provisionado o valor esperado de sinistro, o que ocorre pela multiplicação da frequência de sinistros pelo valor médio dos sinistros, o segurador chega ao prêmio estatístico pela divisão do valor esperado de sinistro entre os segurados que compõe o grupo mutual. Na sequência, acrescentando ao prêmio estatístico o carregamento de segurança, destinado a cobrir eventuais desvios e flutuações acima da média, o segurador chega ao risco puro, à quota parte do segurado na divisão do custo dos sinistros futuros entre os membros do grupo.³⁶⁰

Dessa forma, considerando que “o prêmio puro é calculado em função do risco”, em função dos sinistros esperados,³⁶¹ refletindo, ao fim e ao cabo, o custo da cobertura, o custo da assunção do risco pelo segurador, percebe-se que a economia do contrato se apoia, em grande medida, na correlação entre prêmio e risco. Esta relação de correspondência, de proporcionalidade, contudo, só faz sentido considerando a mutualidade, considerando que o risco coberto e o prêmio pago são calculados à base de um sistema mutual.³⁶² Como observa Ernesto Tzirulnik, “o preço determinado no contrato tem de ser proporcional ao risco e só é possível estabelecê-lo a partir da massa de segurados. Não se trata, portanto, de preço livre cobrado individualmente, mas sujeito a variações para baixo ou para cima de acordo com o

³⁶⁰ LUCAS FILHO, Olívio. **Seguros: fundamentos, formação de preço, provisões e funções biométricas**. São Paulo: Editora Atlas. 2011, p. 11-14. Como analisado anteriormente, observa-se, porém, que o prêmio pago pelo segurado (prêmio comercial) não é composto apenas pelo prêmio puro. Além do prêmio puro, compõe o prêmio comercial os custos de administrativos e a remuneração da seguradora (carregamento), bem como as despesas adicionais, relativas, por exemplo, à emissão da apólice e à tributação incidente (*Ibid.*, p. 29-30).

³⁶¹ *Ibid.*, p. 9.

³⁶² No mesmo sentido, observam Claudia Lima Marques e Bruno Miragem: “os cálculos atuariais realizados a partir da identificação do risco segurado, e sua homogeneização em um determinado grupo de segurados - na medida em que estabelecem a relação de proporcionalidade entre o valor do prêmio devido e a indenização que compreende a cobertura segurada - dizem respeito a períodos específicos da vigência da respectiva apólice” (MIRAGEM, Bruno. **Consulta acerca de plano de reequilíbrio econômico de duas apólices representativas de uma carteira de seguro de vida de renovação periódica**. 28 dez. 2012. Porto Alegre. Consulta no original, p. 10).

risco a que está submetida toda a massa ou coletividade de segurados”.³⁶³ Não se trata, portanto, da formação de uma base econômica individual, mas de uma base sistêmica, que correlaciona uma multiplicidade de contratos. Trata-se, em outros termos, de um sistema que une uma multiplicidade de contratos em torno de uma mesma base econômica.³⁶⁴

3.2.2.2 Pressupostos técnico-econômicos de segurabilidade

A estrutura do sistema contratual revela determinadas características do risco no contrato de seguro. Da organização de um sistema mutual, combinada com a aplicação da teoria das probabilidades e a adoção de uma série de medidas de prevenção, destinadas a contornar eventuais desvios no cálculo atuarial, a doutrina costuma extrair certos pressupostos técnico-econômicos de segurabilidade, necessários à eficiência do sistema, que particularizam o risco objeto do contrato de seguro.

Nesse sentido, o risco segurável é frequentemente identificado como um risco coletivo, calculável pela probabilidade matemática e não catastrófico. Afirma-se que o risco não pode ser individual, não pode ser um risco único, que atinja apenas uma pessoa, devendo, ao contrário, estar espalhado na população, afetando uma coletividade de pessoas ainda que em graus diferentes.³⁶⁵ Somente assim será possível a constituição de um fundo comum, de uma mutualidade homogênea; somente assim será possível a previsão dos sinistros futuros pela Lei dos Grandes Números.³⁶⁶

Ademais, para que seja possível o cálculo antecipado do prêmio, o risco deve ser previsível, deve ser mensurável.³⁶⁷ Na mensuração do risco, contudo, prepondera a dimensão objetiva: o risco deve ser mensurável pela teoria das probabilidades, pela probabilidade matemática *a posteriori*, de base estatística, e não pela probabilidade subjetiva, de natureza

³⁶³ TZIRULNIK, Ernesto. **Seguro de Riscos de Engenharia**: instrumento do desenvolvimento. São Paulo: Roncarati, 2015, p. 53.

³⁶⁴ LORENZETTI, Ricardo. Redes Contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 16, p. 161-202, 1999, p. 165, 168-169.

³⁶⁵ VIVANTE, Cesare. **Del Contratto di Assicurazione**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1936, p. 14.

³⁶⁶ EWALD, François. Insurance and risk. In: BURCHELL, G; GORDON, C; MILLER, P. **The Foucault Effect**. Chicago: The University of Chicago Press, 1991. p. 197-210, p. 202-204.

³⁶⁷ Observa-se, nesse sentido, a dificuldade de adequação do método tradicional da indústria de seguros à cobertura dos riscos próprios da sociedade de risco, imprevisíveis, incalculáveis, de dimensão global e catastrófica. Estes riscos, que encontram no princípio da precaução sua forma precípua de gerenciamento, desafiam o desenvolvimento do seguro especialmente como um instrumento de prevenção. Nesse sentido: TZIRULNIK, *op. cit.*, p. 43-43.

empírica.³⁶⁸ Neste âmbito, a primeira prevalece sobre a segunda por ser mais precisa, mais exata, mais regular. Ademais, para serem mensuráveis estatisticamente, estes riscos devem ter uma certa regularidade.³⁶⁹

Por fim, em regra, afasta-se do âmbito de segurabilidade os sinistros com efeitos catastróficos (e.g. guerra, terremoto, terrorismo), capazes de afetar um grande número de pessoas ao mesmo tempo. Estes eventos, por serem capazes de atingir o grupo de segurados ao mesmo tempo, não atendem ao requisito da dispersão.³⁷⁰ Ademais, em regra, escapam à previsão estatística devido a sua alta severidade e baixa regularidade, levando o segurador a elevar o prêmio em caso de cobertura.³⁷¹

Estes pressupostos de segurabilidade do risco, da mais alta relevância para o funcionamento do sistema contratual, guiam o segurador na conformação da carteira de segurados, influenciando, especialmente, no processo de seleção do risco: tanto na definição dos riscos excluídos, como na análise da proposta de seguro apresentada pelo segurado, fundamentando eventual recusa. Contudo, não podem ser compreendidos em termos absolutos. Em hipóteses excepcionais, admite-se o seguro de risco único, assim como a mensuração do risco pela probabilidade subjetiva.³⁷² Igualmente, em certos casos, há cobertura para riscos catastróficos, o que é viabilizado especialmente pela técnica do resseguro. Trata-se, portanto, de pressupostos econômicos relacionadas à eficiência do contrato, cuja observância otimiza a economia do contrato, porém não constituem pressupostos inderrogáveis do risco segurável.³⁷³

³⁶⁸ VAUGHAN, Emmett J; VAUGHAN, Therese M. **Fundamentals of risk and insurance**. 7. ed. New York: John Wiley & Sons Inc, 1996, p. 21-26.

³⁶⁹ BUTARO, Luca. Assicurazione (in generale; contrato di; contro i danni). In: **Enciclopedia del Diritto**. v. III. Varese: Dott. A. Giuffrè, 1958, p. 450.

³⁷⁰ VAUGHAN, *op. cit.*, p. 28.

³⁷¹ VIVANTE, Cesare. **Del Contratto di Assicurazione**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1936, p. 16-17.

³⁷² A cobertura de riscos de frequência única e/ou não mensuráveis objetivamente é uma prática registrada especialmente no mercado do Lloyd's de Londres (REGO, Margarida Lima. **Contrato de Seguro e Terceiros: estudos de direito civil**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010, p. 73-74).

³⁷³ *Ibid*, p. 97-98.

4 RISCO E DESENVOLVIMENTO DO CONTRATO DE SEGURO

O risco é um “elemento que acompanha todo o desenvolvimento do contrato de seguro”;³⁷⁴ a partir do qual se estabelece todo um regime jurídico, com o reconhecimento de direitos e deveres, ônus ou encargos, a ambos os contratantes, tanto na fase de formação do contrato, como na fase de execução.

A necessidade das partes conhecerem o risco, para a formação da vontade negocial e o cálculo do prêmio, justifica, na constituição do contrato, a imposição de deveres recíprocos de informação ao segurado e segurador. Igualmente, no curso do contrato, a alteração superveniente do risco dá azo a todo um regime jurídico.³⁷⁵

4.1 DECLARAÇÃO INICIAL DO RISCO: FASE DE FORMAÇÃO

No contrato de seguro, se verifica, na fase pré-contratual, a existência de deveres recíprocos de informação, tanto do segurado como do segurador, os quais, em grande medida, dizem respeito ao risco objeto do contrato.³⁷⁶ O segurador tem o dever de prestar esclarecimentos, ao segurado, quanto ao conteúdo e condições do contrato, especialmente quanto ao âmbito de riscos cobertos (risco contratual). O segurado, por sua vez, tem o dever de declaração inicial do risco, de descrever, ao segurador, as circunstâncias que caracterizam o risco a ser segurado (risco extracontratual).³⁷⁷

Com origem no *ius mercatorum*, a declaração inicial do risco caracteriza o contrato de seguro desde os primórdios. Como expressão da máxima boa-fé (*uberrimae fidei*), surge na prática mercantil italiana no séc. XV, sendo formalmente recepcionada na Inglaterra no séc. XVIII (*Carter v. Bohem*), impondo, ao segurado, a prestação de informações relevantes para a determinação do risco a ser garantido. Devido ao elevado grau de incerteza da operação de seguro, os deveres de boa-fé e cooperação entre as partes eram intensos já nesta fase, exigindo-

³⁷⁴ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 490.

³⁷⁵ ALMEIDA, J. C. Moitinho. **O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado**. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1971. p. 82-93.

³⁷⁶ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 490 e 549-586. Como observa o autor: “O seguro é uma realidade imaterial. Assim sendo, ele fica totalmente dependente das informações que, a seu propósito, as partes venham a trocar. Além disso, ele envolve uma assunção do risco, mediante uma série de cláusulas que prevejam as eventualidades que se pretendam cobrir. Há, pois, que conhecer a situação existente no terreno, quanto a todos os elementos que respeitem à compleição e à dimensão do risco. Ao tomador cabe esclarecer esses domínios. Por seu turno, o segurador deve dar conta dos meandros, por vezes complexos, que irão tomar corpo no contrato” (*Ibid.*, p. 551).

³⁷⁷ O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). **Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 45-46.

se não apenas a descrição pormenorizada da expedição marítima, mas também o compartilhamento da sua experiência quanto à dimensão do risco em jogo, sob pena de perda do direito à indenização. Na ausência da técnica atuarial, a declaração inicial convertia-se em *conditio sine qua non* para o cálculo do prêmio.³⁷⁸

Tendo por objeto a descrição das circunstâncias relevantes para a apreciação do risco pelo segurador, que possam interferir na aceitação da proposta de seguro ou nas condições do contrato, em especial no valor do prêmio, a declaração inicial vincula o segurado ou o tomador do seguro, na fase pré-contratual, à “comunicação ou revelação de fatos”,³⁷⁹ à “declaração de conhecimento sobre fatos”.³⁸⁰ Nas palavras de Cláudia Lima Marques:³⁸¹

Comunicar é compartilhar o que se sabe de boa-fé, é cooperar com o outro, é tornar comum o que era sabido apenas por um. Informar é dar forma, é exteriorizar o que estava interno, é compartilhar, é ‘*comunico-are*’, é chegar ao outro, é aproximar-se. A informação é tema transversal e multifacetado do direito privado. Informação é, ao mesmo tempo, um estado subjetivo, é o saber ou não saber, informação é um processo interativo, que se denomina normalmente de comunicação; informação é um conteúdo, são os dados, saberes, conhecimentos, imagens, sons, formas, palavras, símbolos ou (in)formações organizadas, e – acima de tudo – informação é um direito.

Ainda que seja frequentemente referida, em sentido amplo, como um dever, a doutrina diverge quanto à natureza da declaração inicial. Uns entendem que se trata de um encargo ou de um ônus material,³⁸² como uma conduta de “exercício facultativo”, “que as partes devem assumir para conseguir certos efeitos contratual ou legalmente previstos”;³⁸³ outros, que se trata de um dever propriamente dito,³⁸⁴ “que representa o correlato dos direitos subjetivos, imposto pela ordem jurídica a uma ou a diversas pessoas para tutela de um interesse de outrem e cujo cumprimento se garante através de meios coercitivos adequados”.³⁸⁵

³⁷⁸ Nesse sentido, inclusive com relato mais detalhado do precedente *Carter v. Bohem*: MONTI, Alberto. **Buona Fede e Assicurazione**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2002, p. 1-5.

³⁷⁹ POÇAS, Luis. **O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 121.

³⁸⁰ FABIAN, Christoph. **O Dever de Informar no Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41.

³⁸¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 800.

³⁸² DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 1-3. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 387-389; HALPERIN, Isaac. **El Contrato de Seguro: seguros terrestres**. Buenos Aires: Tipografica, 1946, p. 157-158; TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio; PIMENTEL, Ayrton. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 76.

³⁸³ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 580-581 e 535-536.

³⁸⁴ POÇAS, *op. cit.*, p. 661; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 346 e 528; COMPARATO, Fábio Konder. **O Seguro de Crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 119 e ss.

³⁸⁵ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das Obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 66.

Em apertada síntese, a doutrina majoritária entende que a declaração constituiria um encargo ou um ônus, pois as consequências da inobservância seriam “apenas internas, ao nível do funcionamento do seguro”; “elas não conduzem à responsabilidade civil, assim como não dão corpo a qualquer pretensão juridicamente atuável, do segurador, de obter os elementos informativos em falta”.³⁸⁶ De outro lado, aqueles que entendem que a declaração seria um dever reconhecem que “o segurador tem um verdadeiro direito, juridicamente tutelado, a que o preponente preste declarações exatas, embora a coercibilidade inerente a tal tutela não se traduza (em virtude da natureza do comportamento prescrito) numa ação de cumprimento, mas em sanções diversas”.³⁸⁷ A questão, porém, é muito controvertida.³⁸⁸

A despeito da divergência existente, representando um estado de sujeição do segurado à prestação de informações, e tendo por finalidade colocar o segurador a par da dimensão do risco, a declaração inicial é decisiva à boa execução do contrato: nela se apoia o cálculo do prêmio e o próprio sistema contratual, assim como a vontade negocial do segurador. É a partir das informações declaradas pelo segurado que o segurador irá mensurar o risco a ser garantido, calcular o valor do prêmio e decidir a respeito da contratação.³⁸⁹

4.1.1 Fundamentos

A declaração inicial do risco resulta do reconhecimento de uma assimetria informativa quanto ao risco que recai sobre o interesse do segurado.³⁹⁰ Ademais, tem caráter preponderantemente instrumental:³⁹¹ informa-se para assegurar, por parte do segurador, a

³⁸⁶ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 533.

³⁸⁷ POÇAS, Luis. **O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 656-658.

³⁸⁸ Como explica Menezes Cordeiro, “a precisa natureza dos encargos levantou dúvidas. Surgem diversas teorias: “Segundo a teoria da pressuposição, o cumprimento de um encargo seria simplesmente pressuposto objetivo para a obtenção dos direitos do tomador. O interesse no cumprimento residiria aqui não na esfera do credor (do segurador), como seria crucial, mas na do próprio devedor. A teoria da vinculação toma o encargo como uma obrigação comum ou como um dever que cumpre executar. A teoria do dever mitigado sustenta antes que o encargo traduz uma adstrição jurídica de força reduzida. A teoria do dever acessório tem sido propugnada por alguma doutrina mais recente, que aproveita os avanços jurídico-científicos recentes do Direito das obrigações. Os deveres acessórios, ao contrário dos deveres de prestar, principal e secundários, não dão sempre azo a pretensões de cumprimento ou de indenização. Podem ter consequências variadas. Com esta amplitude, eles poderiam absorver as *Obgliengenheiten*. A teoria do encargo descobre, nesta figura, algo dotado de natureza própria, que só perde se for reconduzido a conceitos preexistentes”. “Ficamo-nos, pois, pela teoria do encargo: uma figura passiva, de exercício facultativo, posta pelo Direito como modo de prosseguir um certo resultado” (MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 534-536).

³⁸⁹ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 181-185.

POÇAS, *op. cit.*, p. 115-116.

³⁹¹ Nesse sentido, “informa-se para atingir determinado resultado útil” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 529-530).

formação de uma vontade contratual esclarecida e livre de eventuais vícios, assim como o funcionamento do próprio sistema contratual, com a formação da base econômica do contrato.

4.1.1.1 Assimetria informativa

A vinculação do segurado à declaração inicial do risco decorre do reconhecimento de uma assimetria informativa que pesa em desfavor do segurador. Aqui, à semelhança do que se verifica nas demais relações obrigacionais, a prestação da informação resulta de uma impossibilidade de acesso à informação. Nesse sentido, se apoia no reconhecimento de um défice informativo de uma partes a respeito de circunstâncias pertinentes ao objeto do contrato,³⁹² pressupondo uma situação em que a informação é acessível e conhecida apenas a um dos contratantes.³⁹³

Em regra, escapam ao conhecimento do segurador as circunstâncias que particularizam o risco que recai sobre o interesse do segurado.³⁹⁴ Ainda que tenha condições, mediante o emprego da probabilidade, de identificar o risco médio do grupo mutual, o segurador não tem acesso a informações a respeito do risco individual de cada segurado, ao conjunto de fatos e condições que influenciam na dimensão deste risco, quer aumentando, quer diminuindo, a probabilidade de sinistro ou extensão dos danos. Estas circunstâncias, que podem decorrer tanto de características específicas do bem (e.g. valor, localização, destinação) ou da pessoa segurada (e.g. idade, sexo, profissão) como do próprio comportamento do segurado (e.g. consumo de cigarro),³⁹⁵ escapam, *a priori*, do conhecimento e acesso do segurador, na medida em que se situam na esfera patrimonial ou existencial do segurado, sendo muitas delas por este gerenciadas e controladas.³⁹⁶

De acordo com Luis Poças, esta impossibilidade de acesso à informação por parte do segurador pode ser material, legal ou econômica. A primeira está relacionada à impossibilidade de conhecimento de “circunstâncias que são, pela sua própria natureza, da esfera do conhecimento reservado ou exclusivo do proponente porque este é o *dominus* e o gestor do risco”. Este é o caso, por exemplo, no seguro de pessoas, de informações que

³⁹² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 541.

³⁹³ FABIAN, Christoph. **O Dever de Informar no Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 39.

³⁹⁴ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 297-298.

³⁹⁵ VAUGHAN, Emmett J; VAUGHAN, Therese M. **Fundamentals of risk and insurance**. 7. ed. New York: John Wiley & Sons Inc, 1996, p. 7.

³⁹⁶ POÇAS, Luis. **O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 110 e 116.

resultam da vida do segurado, como a suspeita de doença grave. A segunda, inacessibilidade legal, decorre da impossibilidade de acesso a informações que “caem no âmbito da reserva da intimidade da vida privada”. Em tais casos, “mesmo quando a informação tem suporte documental ou material, ela nem sempre é juridicamente passível de ser consultada pelo segurador” (e.g. informações bancárias).³⁹⁷

A terceira, a inacessibilidade econômica, ocorre quando a informação é material e legalmente acessível, porém, a um custo muito elevado. Nesse âmbito, se situam os casos de investigação do risco mediante realização de exames médicos ou de vistorias no bem segurado, em que a busca da informação pelo segurador muitas vezes é inviabilizada por envolver custos elevados e por não atender à realidade da contratação em massa, tampouco à celeridade exigida pela dinâmica do comércio.³⁹⁸ Nestes casos, os custos associados à busca da informação não são desprezíveis, inclusive considerando que os riscos se encontram dispersos; ademais, possuem reflexos sobre as despesas administrativas e sobre o prêmio, podendo comprometer a viabilidade da operação.³⁹⁹

Ainda no que diz respeito à assimetria informacional que pesa em desfavor do segurador, é importante observar que esta não é sanada pela descoberta do risco médio do grupo segurado, mediante o emprego da probabilidade estatística, sem considerar o risco de cada segurado. Isso porque a dimensão do risco de cada segurado (risco em concreto) não corresponderá necessariamente ao risco médio do grupo (risco em abstrato),⁴⁰⁰ variando, como já mencionado, de acordo com as características da coisa ou pessoa exposta ao risco e conforme o comportamento do segurado.⁴⁰¹

Para melhor ilustrar a questão, suponha-se, por exemplo, que “uma seguradora deseje vender apólices de seguro de vida aos habitantes de um vilarejo, dos quais a metade pode ser classificada como consumidores de alto risco (maus riscos), enquanto, a outra metade como consumidores de baixo risco (bons riscos)”. Com o emprego da probabilidade, é possível a seguradora saber o risco médio dos segurados daquela região. Contudo, desconhece a

³⁹⁷ POÇAS, Luis. **O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 116-117.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 118.

³⁹⁹ Dessa forma, a investigação do risco deve ser interpretada como uma faculdade do segurador, e não como um dever. Ademais, não deve prevalecer o entendimento que condiciona a incidência dos efeitos do descumprimento da declaração inicial do risco à realização de exames ou vistorias prévias pelo segurador. Como observa a doutrina: “não há dever de não confiar, o que seria tanto disfuncional e contrário à boa-fé.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 541).

⁴⁰⁰ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 297-298.

⁴⁰¹ VAUGHAN, Emmett J; VAUGHAN, Therese M. **Fundamentals of risk and insurance**. 7. ed. New York: John Wiley & Sons Inc, 1996 p. 7.

dimensão do risco de cada sujeito, não tendo condições de aferir “quem são os segurados pertencentes a cada grupo”, já que a chance de morte prematura depende de características subjetiva, como hábitos, de cada um.⁴⁰²

4.1.1.2 Vontade negocial e sistema contratual

O conhecimento, pelo segurador, da dimensão do risco individual de cada segurado, porém, é indispensável à celebração e à plena execução do contrato, sendo relevante não apenas para que o segurador decida sobre a contratação e precise seus contornos, mas também para o cálculo do prêmio e o funcionamento do sistema contratual. Como observa Menezes Cordeiro:⁴⁰³

O seguro envolve uma técnica complexa e múltiplas precisões. Mas ele envolve, ainda, uma delimitação do risco e do interesse relevante, e, ainda, um conhecimento da dimensão do próprio risco. Esta dimensão, também pela natureza das coisas, envolve um conhecimento que o tomador (ou ao segurado) é acessível, em primeira linha. As competentes informações devem ser levadas ao conhecimento do segurador. Só assim este poderá formar uma decisão de contratar, precisando os contornos da cobertura e do prêmio.

De um lado, o segurador necessita de informações sobre o risco para formar sua vontade negocial: para decidir se aceita ou não a proposta de seguro, assim como para precisar as condições da contratação, o que envolve a fixação do prêmio e o processo de predeterminação do risco coberto, com a previsão de eventuais cláusulas de exclusão.⁴⁰⁴ Apenas na posse de informações relativas ao risco é que o segurador poderá tomar uma decisão racional acerca da contratação, avaliando, à luz dos limites impostos pelo ordenamento jurídico (e.g. impossibilidade de garantia de ato doloso) e dos pressupostos econômicos de segurabilidade (e.g. possibilidade de inclusão em uma mutualidade homogênea, de cálculo estatístico e de dispersão), se o risco é passível de cobertura, se deseja assumi-lo e sob quais condições.

Observa-se que, não atendendo o risco do segurado aos requisitos econômicos de segurabilidade, como poderia configurar a hipótese de seguro sobre a vida de pessoa com doença grave, o segurador deve ter a possibilidade, observando os direitos básicos do

⁴⁰² ZANITELLI; Leandro Martins. A regulação dos planos de saúde no Brasil e os princípios da solidariedade e da justiça atuarial: algumas considerações em torno da assimetria informativa. In: TIMM, Luciano. **Direito e Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 211.

⁴⁰³ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 573.

⁴⁰⁴ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 181-185.

consumidor,⁴⁰⁵ de não aceitar o risco proposto, de aceitar com a fixação de um prêmio diferenciado ou, até mesmo, com a exclusão do fator de risco, cobrindo sinistros decorrentes de qualquer outra causa. Estas possibilidades, contudo, são eliminadas pela assimetria informacional. Nesse sentido, a declaração inicial viabiliza as condições fáticas e jurídicas para a tomada de uma decisão racional a respeito da contratação por parte do segurador, assegurando a formação de uma “vontade negocial livre e esclarecida”, “assente numa representação dos fatos conforme a realidade”, imune “de representações errôneas que a viciem”.⁴⁰⁶

De outro lado, a declaração do risco assume relevância para o gerenciamento do sistema contratual e conformação da base econômica do contrato, com o cálculo prêmio. O conhecimento das características do risco individual é essencial para que seja possível, ao segurador, estimar as perdas futuras do grupo, mediante a constituição de uma mutualidade homogênea e aplicação da Lei dos Grandes Números. Rememora-se que a semelhança dos riscos em análise é uma das condições para uma maior precisão no cálculo dos sinistros futuros. Logo, a apreciação do fator de risco individual aparece como pressuposto para a classificação dos riscos em classes homogêneas.⁴⁰⁷

Como explicam Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, “a equação econômica que sustenta a natureza mutualística do contrato de seguro depende de cálculos atuariais sofisticados, que identifiquem a probabilidade de ocorrências dos sinistros”. Ademais, “para descobrir estas probabilidades, é que se exige do segurado que informe corretamente o segurador sobre fatos ou condições que impliquem na definição do risco a que se submete o interesse segurado (art. 765 e 766 do Código Civil)”.⁴⁰⁸ Nesse sentido, a declaração inicial também constitui um importante instrumento para o funcionamento do sistema contratual, que contribui para a maior precisão do cálculo dos sinistros futuros e, por consequência, para um maior equilíbrio entre risco assumido e prêmio pago.

Observa-se, ademais, que a não consideração do fator de risco individual, com a não diferenciação dos “bons riscos” dos “maus riscos”, compromete o sistema contratual, na medida em que pode levar à seleção adversa, a qual se caracteriza como o processo anti-

⁴⁰⁵ Especialmente quanto à recusa da contratação e às cláusulas abusivas.

⁴⁰⁶ POÇAS, Luis. **O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 204.

⁴⁰⁷ STIGLITZ, Rubén. **Derecho de Seguros**. Tomo I e II. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 297-298.

⁴⁰⁸ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Consulta acerca de plano de reequilíbrio econômico de duas apólices representativas de uma carteira de seguro de vida de renovação periódica**. 28 dez. 2012. Porto Alegre. Consulta no original.

seleção que afasta bons agentes do mercado.⁴⁰⁹ Na operação de seguros, este fenômeno se verifica quando o segurador precifica pelo risco médio de mercado, cobrando, sem distinção, o mesmo prêmio de segurados com riscos diferentes. Esta prática leva à seleção adversa, pois incentiva os “maus riscos” à contratação, “encoraja as pessoas que sabem estar entre os piores riscos a aderirem ao seguro”; “para elas o seguro é vantajoso”; e afasta os “bons riscos”, os quais “preferem se assegurar com algum concorrente pronto a fazer a distinção, pois isso resulta em prêmio inferior”.⁴¹⁰

Como explica Luis Poças, este fenômeno “conduzirá à subsidiarização dos maus riscos pelos bons riscos, tendendo a afastar estes, que preferencialmente optarão por outros seguradores, por outro tipo de investimento ou pelo auto-seguro”. Consequentemente, “a permeabilidade aos maus riscos e a sua subtarifação” obrigará o segurador a aumentar o prêmio, ajustando-o à sinistralidade, o que, por sua vez, “tenderá a afastar progressivamente os melhores riscos e a concentrar os piores riscos”. Assim, “o sucessivo processo de anti-seleção”, os sucessivos ajustes de preço seguidos da redução do número de segurados com bons riscos, fará com que “a massa de riscos seguros seja progressivamente constituída pelos riscos de maior probabilidade de ocorrência”,⁴¹¹ o que compromete o funcionamento e a segurança do sistema mutual e a solvência do segurador.⁴¹²

⁴⁰⁹ Tal como resulta da *law and economics*, a seleção adversa se caracteriza como o fenômeno que afasta bons agentes do mercado, que ocorre “quando uma das partes, por estar mal-informada sobre as qualidades de um produto ou serviço, conhecendo apenas a qualidade média daquele mercado, exige um desconto para participar de uma transação”. Por consequência, “aqueles vendedores que tiverem bens de boa qualidade não conseguirão um preço bom por seus produtos e sairão do mercado”. Isso ocorrerá sucessivamente, fazendo com que a qualidade média no mercado diminua e o número de transações seja menor” (TIMM, Luciano; GUARISSE, João. *Análise Econômica dos Contratos*. In: *Direito e Economia no Brasil*. Org. Luciano Timm. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 167). Assim, levado às últimas consequências, o processo de seleção adversa se apresentaria como “um verdadeiro colapso da contratação” (ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 285).

⁴¹⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 136.

⁴¹¹ POÇAS, Luis. **O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 139.

⁴¹² Registra-se que, para fazer frente ao perigo de seleção adversa, as seguradoras adotam, administrativamente, diversas providências. Entre elas, destacam-se a manipulação de planos e a seleção de consumidores. “A técnica de manipulação de planos propicia a criação de grupos de consumidores, muito embora eles não se diferenciem apenas em razão dos prêmios pagos. Trata-se de oferecer contratos com cobertura diversa, como forma de estimular o consumidor a que revele o grau de risco a que está sujeito por meio da escolha entre uma cobertura generosa (mais cara) e outra mais restrita. A ideia, como se pode intuir, é que os consumidores de alto risco decidirão ter mais cobertura (mesmo que a um preço maior), e que os demais, ao contrário, preferirão contar com uma cobertura limitada”. Por outro lado, a prática de seleção de consumidores se dá pela recusa a contratar ou renovar o contrato de consumidores com antecedentes de uso frequente de serviços e pela adequação da cobertura às preferências do público que ela deseja cativar” (ZANITELLI; Leandro Martins. *A regulação dos planos de saúde no Brasil e os princípios da solidariedade e da justiça atuarial: algumas considerações em torno da assimetria informativa*. In: TIMM, Luciano. **Direito e Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 211).

4.1.2 Conteúdo, extensão e efeitos do descumprimento

A declaração inicial do risco ocupa um importante espaço na disciplina normativa do contrato de seguro, sendo regulada de forma pormenorizada nos mais diversos ordenamentos jurídicos.⁴¹³ No direito brasileiro, este dever se encontra positivado nos arts. 759 e 766 do Código Civil, sendo reforçado pelo art. 765, o qual prevê, expressamente, a incidência da boa-fé objetiva nos contratos de seguro, dispondo que ambas as partes devem guardar, na conclusão e na execução do contrato, “a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto do contrato como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”. No Código de 1916, a declaração inicial do risco também decorria de lei, sendo disciplinada no art. 1.444.

4.1.2.1 Conteúdo e extensão

No direito brasileiro, o conteúdo ou extensão da declaração inicial do risco resulta da interpretação conjunta dos arts. 759⁴¹⁴, 765⁴¹⁵ e 766⁴¹⁶ do Código Civil. Devendo ser prestada na fase pré-contratual, como parte integrante da proposta de seguro, a declaração abarca os “elementos essenciais do risco a ser garantido” (art. 759), ou seja, as circunstâncias que particularizam o risco,⁴¹⁷ interferindo na sua dimensão, seja aumentando, seja diminuindo, a probabilidade ou a severidade do sinistro,⁴¹⁸ as quais poderão dizer respeito às características da pessoa ou da coisa segurada e ao próprio comportamento do segurado.

O parâmetro para aferição da declaração, porém, reside na relevância da informação para a apreciação do risco pelo segurador. Apenas as informações que possam influir na aceitação da proposta de seguro ou nas condições do contrato, sobretudo na fixação do prêmio, vinculam o segurado (art. 766).⁴¹⁹ Nos seguros de vida, por exemplo, assumem particular

⁴¹³ Para uma análise do dever de declaração no direito comparado, destaca-se a obra de Luis Poças (POÇAS, Luis. **O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 233-283).

⁴¹⁴ “Art. 759. A emissão da apólice deverá ser precedida de proposta escrita com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco”.

⁴¹⁵ “Art. 765. 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”.

⁴¹⁶ “Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido”.

⁴¹⁷ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio; PIMENTEL, Ayrton. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 76.

⁴¹⁸ ALMEIDA, J. C. Moitinho. **O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado**. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1971, p. 74.

⁴¹⁹ Cabendo ao segurador o ônus de demonstrar a pertinência da informação (MIRAGEM, Bruno. **O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução**. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.).

relevância as informações relativas ao estado de saúde, cabendo ao segurado informar, entre outros fatores, suas características físicas e predisposições genéticas (e.g. idade, sexo, profissão, enfermidade) e certos comportamentos habituais (e.g. consumo de cigarro, prática regular de exercícios físicos).⁴²⁰

Por outro lado, a declaração engloba apenas as circunstâncias conhecidas pelo segurado (ou tomador) ou que este deveria conhecer.⁴²¹ Embora este requisito não conste expressamente nos dispositivos do Código Civil,⁴²² uma interpretação possível é que ele estaria implícito no art. 766, na medida em que este veda a omissão de circunstâncias, não sendo possível omissão daquilo que se desconhece.⁴²³ Ademais, não seria compatível com a boa-fé exigir a prestação de informação desconhecidas; nas palavras de Pontes de Miranda, “ninguém tem dever de comunicação do fato se não conhece o fato: a comunicação de fato é comunicação de conhecimento de fato”.⁴²⁴ Nesse sentido, assume relevância o estado subjetivo. As circunstâncias a serem declaradas, além de existirem no plano dos fatos, devem ser conhecidas ou cognoscíveis pelo segurado. Ademais, para determinação do que seja cognoscível, o intérprete deve atentar para o caso concreto, avaliando a capacidade do segurado de percepção do risco e dos seus fatores, especialmente à luz das regras ordinárias do conhecimento.⁴²⁵

Outrossim, a declaração inicial deve ser completa e verdadeira, sendo vedado a prestação de informações inexatas ou a omissão de circunstâncias (art. 766). Observa-se, nesse sentido, que o art. 765, ao prever, nos contratos de seguro, a incidência da boa-fé objetiva - que exige a adoção de uma postura ética nas relações contratuais, impondo, aos contratantes, deveres de lealdade, de probidade e de honestidade, assim como de cooperação e de respeito às

Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 57-59).

⁴²⁰ HARTEN, Carlos. **El Deber de Declaración del Riesgo en el Contrato de Seguro.** Salamanca: Ratio Legis, 2007, p. 73-77.

⁴²¹ ALMEIDA, J. C. Moitinho. **O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado.** Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1971 p. 75; MIRAGEM, Bruno. O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). **Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 46.

⁴²² Tal como se verifica na legislação comparada. No direito português, por exemplo, dispõe o art. 24.º /1 do Decreto-Lei 72/2008: “O tomador do seguro ou o segurado está obrigado, antes da celebração do contrato, a declarar com exatidão todas as circunstâncias que conheça e que razoavelmente deva ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador” (MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros.** Lisboa: Almedina, 2013, p 577).

⁴²³ *Ibidem*, p. 65.

⁴²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito Privado.** 3. ed. Tomo. XLV e XLVI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 330.

⁴²⁵ Nesse sentido, elucidativo é o art. 50 do Projeto de Lei 3555/2004, que prevê normas gerais quanto aos seguros privados, com a revogação de normas do Código Civil, Comercial e do Decreto-lei n.º 73/66: “As partes e os terceiros intervenientes devem informar tudo que souberem de relevante, bem como aquilo que deveriam saber, de acordo com as regras ordinárias de conhecimento”. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E9B5EB52CF2423EF3B2092F7F371C94E.proposicoesWebExterno2?codteor=1279376&filename=PL+3555/2004.

expectativas legítimas da outra parte -, define, também, o padrão de comportamento devido na declaração inicial do risco.⁴²⁶

A extensão do dever de declaração, contudo, irá variar, especialmente, de acordo com o regime adotado quanto ao modo de prestação da informação. Tradicionalmente, a declaração inicial opera de duas formas: pelo regime da declaração espontânea ou pelo regime do questionário. No primeiro, cabe ao segurado ou ao tomador do seguro apreciar as circunstâncias relevantes acerca do risco e informá-las ao segurador. Neste sistema, a declaração é espontânea, o dever de diligência é do segurado. No segundo, é o segurador quem delimita a informação a ser prestada, cabendo ao segurado apenas responder aos questionamentos formulados pelo primeiro. Neste caso, o dever de declaração restringe-se ao dever de resposta, e o dever de diligência é do segurador.⁴²⁷

Em síntese, estes regimes partem de pressupostos diversos, implicando em uma maior ou menor extensão da informação a cargo do segurado. A declaração espontânea assenta-se no pressuposto “de que o segurado, como gestor do risco, detém conhecimento privilegiado ou exclusivo das circunstâncias do risco”;⁴²⁸ assim, é o segurado quem sabe ou deve saber quais são as circunstâncias caracterizadoras do risco. Por outro lado, o questionário pressupõe que é a seguradora, como profissional do risco, quem conhece - e está em melhores condições de avaliar - as circunstâncias relevantes para apreciação do risco, inclusive porque é ela quem irá realizar esta avaliação para o cálculo do prêmio.⁴²⁹

O modelo da declaração espontânea, que parte da igualdade formal das partes, é o precursor. Atualmente, porém, com a realidade da contratação em massa e o incremento da tutela do segurado-consumidor, verifica-se uma tendência à adoção do questionário,⁴³⁰ não apenas na legislação, mas também na prática comercial. Nesse sentido, elucidativa é a evolução do direito alemão, que acolhia o regime da declaração espontânea na lei de seguros de 1908 - reconhecendo o “dever de informação relativo a todas as circunstâncias perigosas, independentemente das perguntadas pelo segurador” - porém, em 2008, inverteu o sistema, consagrando o dever de resposta ao questionário, dispondo que “o tomador deve informar

⁴²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 344-346.

⁴²⁷ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 578; POÇAS, Luis. **O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 282.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 282 e 362.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 282 e 365.

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 235-283.

sobre circunstâncias relevantes que conheça e que lhe sejam perguntadas, num questionário, pelo segurador”.⁴³¹

No direito brasileiro, o Código Civil não faz referência ao regime adotado. Diante da ausência de previsão legal expressa, na medida em que o art. 766 contém os vocábulos “declaração” e “omissão”, e não “resposta” ou “questionário”, seria possível cogitar a adoção da declaração espontânea.⁴³² Este entendimento, contudo, não parece o mais adequado. Além de não observar a praxe do mercado, onde prevalece o questionário, não está em sintonia com as normas protetivas do consumidor, tampouco com a jurisprudência, que tem reconhecido o dever de resposta ao questionário.⁴³³

Dessa forma, entende-se a que a questão deve ser enfrentada considerando a natureza da relação obrigacional e as características do contrato. Em se tratando de uma relação de consumo, diante da vulnerabilidade do consumidor, em contraposição à expertise do segurador, especialmente na avaliação do risco,⁴³⁴ e da prática de contratação em massa, com a consequente padronização dos riscos cobertos, o regime adequado é o do questionário.⁴³⁵ Aqui, o dever do segurado é um dever de resposta. “A adoção do procedimento adequado para a obtenção de informações é ônus do segurador”. Ademais, “não tendo perguntado na fase pré-contratual sobre os fatos que auxiliem na determinação do risco, não poderá imputar a má-fé ao cocontratante”.⁴³⁶

Por outro lado, no caso de uma relação empresarial, seria possível admitir o regime de declaração espontânea, considerando a paridade existente entre as partes. Em tais casos, eventual conhecimento especializado do segurado quanto ao risco segurado (e.g. seguro de uma máquina industrial) poderia somar ao conhecimento do segurador. Da mesma forma, o sistema da declaração espontânea poderia ser adequado aos “seguros de grandes riscos, cujas especificidades o segurador (muitas vezes) desconhece”.⁴³⁷

⁴³¹ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 578-579.

⁴³² HARTEN, Carlos. **El Deber de Declaración del Riesgo en el Contrato de Seguro**. Salamanca: Ratio Legis, 2007, p. 65.

⁴³³ REsp 1340100/GO, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 08/09/2014.

⁴³⁴ Nesse sentido, observa-se que o segurador, como um especialista do risco, tende a proceder uma avaliação objetiva, um juízo científico do risco, de base preponderantemente estatística. O segurado, por sua vez, tende a realizar uma avaliação leiga e subjetiva, a qual varia, em grande medida, de acordo com a sua crença e experiência de vida.

⁴³⁵ POÇAS, Luis. **O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 368.

⁴³⁶ MIRAGEM, Bruno. O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). **Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 46.

⁴³⁷ POÇAS, Luis. **O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 368.

Em todas essas situações, contudo, cabe ao segurador, em maior ou menor grau,⁴³⁸ colaborar para o cumprimento da declaração inicial. Nas relações de consumo, este dever intensifica-se, cabendo ao segurador esclarecer a contraparte acerca da declaração e dos efeitos do descumprimento, bem como orientá-la sobre como responder às perguntas (art. 6, III, do CDC).⁴³⁹ Por outro lado, nas relações empresariais, considerando que o segurador, mais do que ninguém, sabe o que é significativo para o cálculo do risco, caberá a prestação de esclarecimentos à contraparte quanto às circunstâncias relevantes do risco.

4.1.2.2 Efeitos do descumprimento

A prestação de informações inexatas ou incompletas, conhecidas ou conhecíveis, e relevantes para a apreciação do risco, “que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio” (nos termos do art. 766 do CC), caracterizam o descumprimento da declaração inicial. Por induzir em erro o segurador, comprometendo a base econômica do contrato e o sistema mutual, levando ao desequilíbrio entre o prêmio pago e o risco assumido, as “reticências”⁴⁴⁰ do segurado são objeto de uma minuciosa disciplina legal.⁴⁴¹

No direito comparado, verificam-se dois principais modelos que disciplinam o descumprimento da declaração inicial: o da invalidade, de influência Francesa (Código Comercial Francês de 1807), predominante no séc. XIX, assente na teoria dos vícios de consentimento, e o da culpa, que se afirmou em diversos sistemas ao longo do séc. XX, assente no princípio da boa-fé e na tutela da confiança. O primeiro modelo, que se caracteriza como um regime “tudo ou nada”, desconsidera o grau de censurabilidade da conduta do preponente; a simples desconformidade entre o risco declarado e o risco real, mesmo que sem dolo ou má-fé, leva à nulidade ou anulabilidade do contrato. O segundo, por sua vez, considera o grau de censurabilidade da conduta do agente, relegando a segundo plano a desconformidade entre o risco declarado e a realidade, na busca de “soluções gradativas, que satisfaçam uma

⁴³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 535.

⁴³⁹ Neste sentido, da mais alta relevância é a figura do corretor de seguros, a quem cabe, como integrante da cadeia de fornecimento, prestar os devidos esclarecimentos do segurado.

⁴⁴⁰ Registra-se que “reticências” corresponde à locução tradicionalmente empregada pela doutrina “para designar o não-cumprimento do dever de declaração iniciou do risco ou o seu cumprimento imperfeito” (MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013, p. 581).

⁴⁴¹ Esta intensa regulação se justifica, nas palavras de Moitinho de Almeida, na medida em que “uma falsa declaração concernente ao risco pode influir na balança de ambas as prestações, levando à fixação de um prêmio inferior ao que seria estabelecido conhecida a realidade, ou mesmo determinando a aceitação pelo segurador de um contrato, que, de outro modo, não aceitaria”. Ademais, “não só entre as partes surge o desequilíbrio gerado pela declaração falsa, indo este repercutir também na mutualidade dos segurados” (ALMEIDA, J. C. Moitinho. **O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado**. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1971, p. 74).

composição justa dos interesses em presença e atendam ao princípio da conservação dos negócios jurídicos”.⁴⁴²

No direito brasileiro, o regime adotado no CC/02 se aproxima ao modelo da culpa, na medida em que considera o grau de censurabilidade da conduta do segurado, distinguindo os efeitos do descumprimento da declaração em caso de má-fé ou de boa-fé (subjéctiva). Ademais, ao prever a perda do direito à indenização em caso de má-fé e a possibilidade de resolução do contrato em caso de ausência de má-fé, operaria, de acordo com uma parcela significativa da doutrina, quanto à eficácia do contrato.⁴⁴³ O Código Civil anterior, por sua vez, em um regime “tudo ou nada”, previa a perda do direito ao valor do seguro em caso de reticências do segurado (art. 1.444).⁴⁴⁴ Contudo, na época, este regime já era flexibilizado pela doutrina⁴⁴⁵ e jurisprudência,⁴⁴⁶ que exigiam a má-fé ou o dolo.

O Código Civil atual prevê, de acordo com o grau de censurabilidade da conduta do segurado, regimes distintos quanto ao descumprimento da declaração inicial⁴⁴⁷ (art. 766, caput, e parágrafo único).⁴⁴⁸ Se o descumprimento resultar de má-fé, o segurado perderá o direito à cobertura, ficando, inclusive, obrigado ao pagamento do prêmio vencido. Neste caso, portanto, sanciona-se o comportamento de má-fé, com a extinção da obrigação de garantia e retenção do prêmio em favor do segurador.⁴⁴⁹ Ademais, para a incidência da regra, exige-se o dolo específico, que a omissão ou inexatidão decorra de ato intencional, sendo praticada com a

⁴⁴² POÇAS, Luis. **O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 282.

⁴⁴³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito Privado**. 3. ed. Tomo. XLV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 342; MIRAGEM, Bruno. O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). **Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 57-59. Como observa este autor: “Nas hipóteses de perda do direito à indenização, não se cogitará de invalidade, mas mais propriamente, de ineficácia do contrato”; “o art. 766, parágrafo único, diz respeito à possibilidade de extinção do contrato pelo segurador no caso de declarações inexatas ou omissões não decorrerem de má-fé do segurado, tratando-se, no caso, de opção a escolha do legislador. Aproxima-se, aqui, da solução italiana (...) embora não use falar na lei brasileira em anulação, mas ineficácia” (*Ibid.*, p. 57-59).

⁴⁴⁴ “Art. 1.444. Se o segurado não fizer declarações verdadeiras e completas, omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito ao valor do seguro, e pagará o prêmio vencido”.

⁴⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 326.

⁴⁴⁶ REsp 219.829/CE, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/1999, DJ 19/06/2000.

⁴⁴⁷ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio; PIMENTEL, Ayrton. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 76.

⁴⁴⁸ REsp 1340100/GO, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 08/09/2014.

⁴⁴⁹ HARTEN, Carlos. **El Deber de Declaración del Riesgo en el Contrato de Seguro**. Salamanca: Ratio Legis, 2007, p. 55.

intensão de fraudar o seguro.⁴⁵⁰ Nesse sentido, recai sobre o segurador o ônus da prova do estado subjetivo do agente.⁴⁵¹

Por outro lado, se a reticência não resultar de má-fé, subsistirá, em caso de sinistro, a obrigação do segurador ao pagamento da indenização securitária. Em tais casos, decorrendo a reticência de um estado de boa-fé (subjetiva) - “isto é, de boa-fé como ignorância escusável acerca da situação de fato ou de direito” -⁴⁵² ou de mera culpa, a conduta do segurado não é sancionada com a perda do direito à cobertura. Aqui, a solução é diversa: se o segurador tomar conhecimento das reticências antes da ocorrência do sinistro, terá direito de resolver o contrato ou de cobrar do segurado a diferença entre o prêmio pago e o prêmio devido caso o risco tivesse sido declarado corretamente; contudo, se o segurador tomar conhecimento das reticências após a ocorrência do sinistro, a lei assegura apenas o direito de cobrar a diferença do prêmio.⁴⁵³ Nestes casos, portanto, em que o segurado não age de má-fé, tutela-se o sistema contratual e a vontade negocial do segurador mediante a previsão do direito à resolução do contrato ou à cobrança da diferença do prêmio, possibilitando-se, nesta segunda hipótese, o saneamento do vício existente no cálculo do prêmio, com o equilíbrio entre o prêmio pago e o risco segurado.

Em tais casos, porém, a possibilidade de resolução do contrato - ou de resilição, como reconhece parte da doutrina -⁴⁵⁴ não constitui um direito absoluto. Em se tratando de uma relação de consumo, em que se impõem certas restrições à liberdade contratual do segurador, a resolução, nas palavras de Bruno Miragem, “poderá ter como óbice o pagamento substancial do prêmio pelo consumidor” e o “seu direito de manter o seguro contratado”.⁴⁵⁵ Nestes casos, frente ao direito do consumidor à manutenção do vínculo contratual (art. 6º, V, e 51, §2º, do CDC),⁴⁵⁶ especialmente em se tratando de um contrato cativo de longa duração,⁴⁵⁷ a resolução

⁴⁵⁰ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio; PIMENTEL, Ayrton. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 76.

⁴⁵¹ Observa-se que o critério adotado pelo legislador é objeto de críticas. De um lado porque pressupõe o ânimo subjetivo do agente (boa-fé subjetiva), e não o descumprimento de um padrão de conduta (boa-fé objetiva). De outro, porque a prova da má-fé, como prova de um estado subjetivo, preponderantemente indiciária, é vista como prova diabólica, de impossível produção. HARTEN, Carlos. **El Deber de Declaración del Riesgo en el Contrato de Seguro**. Salamanca: Ratio Legis, 2007, p. 29.

⁴⁵² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 348.

⁴⁵³ HARTEN, *op. cit.*, p. 129-131.

⁴⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Substitutivo ao capítulo referente ao contrato de seguro no anteprojeto do Código Civil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: n. 5, ano XI, p. 143-152, 1972; HARTEN, *op. cit.*, p. 128.

⁴⁵⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 429.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 201.

⁴⁵⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 96.

deve ser a última alternativa, devendo o segurador colaborar para a manutenção do contrato, seja com a cobrança da diferença do prêmio, de modo proporcional ao fator de risco, seja com a exclusão da cobertura do risco não declarado. Ademais, à semelhança da recusa da proposta, a resolução deve ser motivada, cabendo ao segurador demonstrar a relevância da informação não declarada e justificar a impossibilidade de garantia do risco.

4.2 AGRAVAMENTO-DIMINUIÇÃO DO RISCO: FASE DE EXECUÇÃO

O risco é um elemento em constante mutação. Atualmente, com a dinâmica e fluidez da vida em sociedade, os riscos tendem a se modificar com maior rapidez, comportando um certo grau de volatilidade: altera-se a realidade social, altera-se o comportamento do indivíduo, alteram-se os riscos - em natureza e dimensão. Assim, é natural que o risco que ameaça o interesse do segurado se modifique ao longo da relação contratual, especialmente considerando que o seguro se caracteriza como um contrato de longa duração, cuja execução tende a se prolongar no tempo. Embora, na fase pré-contratual, a partir da declaração inicial, o segurador faça previsões, de modo que o prêmio faça frente ao risco coberto durante todo o período contratual, o risco segurado poderá alterar no curso do contrato, seja por fatos alheios ao segurado, seja em razão do comportamento do próprio segurado.⁴⁵⁸

Em sentido estrito, a alteração superveniente do risco abarca as situações de agravamento ou de diminuição do risco propriamente ditas, em que o risco considerado na fase de formação do contrato varia em dimensão, aumentando ou diminuindo em razão de circunstâncias que influenciam na probabilidade ou na intensidade do sinistro (e.g. ausência superveniente de garagem para a guarda do veículo segurado).⁴⁵⁹ Em sentido amplo, a alteração superveniente poderia englobar, também, as hipóteses de cessação do risco (e.g. destruição do bem segurado) ou de modificação qualitativa, em que o risco que recai sobre o interesse do segurado altera-se em natureza (e.g. ao risco de morte por doença, soma-se o risco de morte pela prática de esportes radicais), as quais levam à extinção ou à própria remodelação do contrato.⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ ALMEIDA, J. C. Moitinho. **O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado**. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1971. p. 87.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 86-87.

⁴⁶⁰ Nestes casos, contudo, em que o risco se modifica em natureza, como observa a doutrina, não se trataria propriamente de uma alteração do risco inicialmente contratado, mas de nova circunstância de risco, diferentemente daquela inicialmente coberta pelo seguro. DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 2. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952. p. 401-402.

Tradicionalmente, a alteração do risco em sentido estrito, sobretudo por agravamento, é objeto de minuciosa disciplina normativa: nos primórdios, era regulada no próprio contrato, por disposição das partes; no transcorrer do século XIX, porém, passa a ser objeto de disciplina legal, como norma inderrogável pelas partes. Inicialmente, verifica-se, normas legislativas pontuais sobre o tema nos ramos marítimo e de incêndio. Em seguida, especialmente com o advento do Código Comercial italiano de 1882 e da lei de seguros alemã de 1908, o instituto passa a ser verdadeiramente sistematizado nas legislações.⁴⁶¹

No direito brasileiro, à semelhança do que se verifica na legislação comparada,⁴⁶² o agravamento-diminuição do risco é regulado de forma pormenorizada pelo Código Civil (arts. 768, 769, 770).⁴⁶³ De um lado, se impõe ao segurado deveres - ou encargos, de acordo com a doutrina majoritária -⁴⁶⁴ de não agravar intencionalmente o risco coberto e de comunicar todo agravamento ao segurador, sob pena de perda do direito à cobertura securitária. De outro lado, o agravamento ou a diminuição do risco, uma vez configurados, podem levar à revisão do prêmio ou, até mesmo, à resolução do contrato.⁴⁶⁵

4.2.1 Pressupostos

Configura hipótese de agravamento-diminuição do risco, produzindo efeitos jurídicos sobre a relação contratual, a alteração do estado do risco segurado relevante e superveniente à contratação. Em tais casos, para a preservação da base econômica do contrato, a ordem jurídica intervém, prevendo direitos e deveres, ônus ou encargos, a ambos os contratante.

4.2.1.1 Alteração do risco e a base econômica do contrato

A disciplina normativa do agravamento-diminuição do risco se justifica para a preservação da base econômica do contrato. A alteração da dimensão do risco segurado, como

⁴⁶¹ AGUIRRE, Felipe; ROITMAN, Horácio. **La Agravación del Riesgo en el Contrato de Seguro**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012. p. 7-10. Observa-se que nem o Código Comercial português (1888) e nem o Código Comercial italiano (1882) regulavam a diminuição do risco, mas apenas o agravamento. No direito italiano, a diminuição do risco foi introduzida na legislação com o advento do Código Civil, em 1924 (art. 1.897). ALMEIDA, J. C. Moitinho. **O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado**. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1971. p. 87.

⁴⁶² A exemplo da legislação de seguros portuguesa, conforme expõe Menezes Cordeiro (**Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013. p. 707-708).

⁴⁶³ Observa-se que o Código Civil de 1916, diferentemente do Código atual, regulava, nos arts. 1453, 1454 e 1555, apenas a hipótese de agravamento do risco, deixando de lado a de diminuição.

⁴⁶⁴ HALPERIN, Isaac. **El Contrato de Seguro: seguros terrestres**. Buenos Aires: Tipografica, 1946. p. 194.

⁴⁶⁵ MIRAGEM, Bruno. O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). **Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 46 e 51-54.

uma modificação na possibilidade ou na intensidade do sinistro, tem impactos na economia do seguro. Levando a um novo estado de risco, diferentemente daquele considerado na formação do contrato para o cálculo do prêmio (puro), estas alterações, quando significativas e supervenientes, rompem com a relação de correspondência inicialmente estabelecida - a partir da constituição de uma mutualidade e previsão dos sinistros futuros - entre prêmio pago e risco assumido, impactando na equação financeira que sustenta o contrato de seguro e o sistema contratual.⁴⁶⁶

Nesse sentido, as normas relativas ao agravamento e à diminuição do risco visam assegurar a manutenção da relação de equilíbrio entre prêmio pago e risco garantido durante o transcurso da relação contratual. Como observa Vivante, “nell’assicurazione il premio dovrebbe essere l’equivalente del rischio non solo nel momento in cui si stipula, ma anche in tutti i momenti successivi del contratto”. Ademais, como prossegue o autor, “per mantenere l’equivalenza obbiettiva delle prestazioni per tutta la durata del contratto il Codice ha interdito all’assicurato di aggravare volontariamente il rischio”.⁴⁶⁷ Entre as normas da declaração inicial e do agravamento-diminuição do risco, portanto, se percebe uma íntima relação. Ambas conectam-se à base econômica do contrato de forma instrumental: a primeira viabiliza a formação da base, permitindo o estabelecimento de uma relação de correspondência entre prêmio e risco na fase pré-contratual, a segunda visa a preservar esta base, conservando a relação de equivalência durante toda a execução do contrato.⁴⁶⁸

A manutenção desta relação de correspondência se impõe para evitar um ônus excessivo a uma das partes e a onerosidade do sistema contratual.⁴⁶⁹ O agravamento considerável do risco onera o segurador e o sistema, inclusive a rede contratual que a ele subjaz, levando ao recebimento de um prêmio puro inferior ao necessário para fazer frente aos sinistros futuros e, por consequência, para a cobertura do risco individualmente considerado. Por outro lado, a diminuição considerável do risco onera o segurado, importando no pagamento de um prêmio puro superior aquele necessário para fazer frente aos sinistros futuros.

⁴⁶⁶ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das Obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 87.

⁴⁶⁷ VIVANTE, Cesare. **Del Contratto di Assicurazione**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1936. p. 200. “No contrato de seguro, o prêmio deve ser equivalente ao risco não apenas no momento da estipulação do contrato, mas também em todos os momentos sucessivos. Para manter a equivalência objetiva das prestações por toda a duração do contrato, o Código proíbe o segurado de agravar voluntariamente o risco” (tradução nossa).

⁴⁶⁸ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Consulta acerca de plano de reequilíbrio econômico de duas apólices representativas de uma carteira de seguro de vida de renovação periódica**. 28 dez. 2012. Porto Alegre. Consulta no original. p. 20.

⁴⁶⁹ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 2. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952. p. 401-402.

Dessa forma, atuando de modo a evitar a onerosidade excessiva,⁴⁷⁰ a ordem jurídica intervém, nos casos de agravamento-diminuição, ora tutelando o segurador e a comunidade de segurados, ora o segurado individualmente, quer possibilitando a revisão ou resolução do contrato, quer vedando o agravamento intencional do risco ou impondo, ao segurado, como gestor do risco em concreto, a comunicação de circunstâncias que agravem o risco coberto.⁴⁷¹

Nesse sentido, parte da doutrina vai buscar na imprevisão os fundamentos ou requisitos do agravamento-diminuição do risco, relacionando a disciplina do instituto com os princípios da pressuposição ou da superveniência.⁴⁷² Outros autores, porém, considerando que a teoria da imprevisão é restritiva, requerendo a análise de aspectos subjetivos - além da imprevisibilidade, a extraordinariedade e externalidade do fato, de modo que este não resulte de ato das partes -,⁴⁷³ sendo, inclusive, controversa a sua incidência sobre os contratos aleatórios,⁴⁷⁴ analisam o agravamento-diminuição com enfoque objetivo, na quebra da base do negócio. De acordo com Morandi, “en la hipótesis no podría hablarse de una imprevisión, en sentido com que se la admite dentro de la legislación de fondo. Antes, bien, se trataría de un dispositivo legal cuya razón se ser reside en la necesidad de resolver los problemas generados por el cambio del estado del riesgo, siendo que éste constituye la base de la obligación de asegurador, y, consecuentemente, el elemento tomando en cuenta para establecer el equilibrio del sinalagma”.⁴⁷⁵

⁴⁷⁰ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio; PIMENTEL, Ayrton. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 80-84.

⁴⁷¹ Como observa Isaac Haperin: “El asegurador y, por su intermedio, la comunidad de riesgos, deben ser protegidos contra las variaciones imprevisibles de ese estado del riesgo, en base al cual se fija la prima y se adscribe al riesgo en una determinada categoría de la comunidad, por lo que toda alteración no previsible, destruye los fundamentos sobre los que estableció el contrato. De ahí que deriven para el asegurado dos cargas: la de mantener el estado de riesgo – es decir, no alterarlo por un acto suyo – y la de informar al asegurador toda alteración del estado de riesgo, sea por las agravaciones que él cause o que resulten por obra de terceros” (**El Contrato de Seguro: seguros terrestres**. Buenos Aires: Tipografica, 1946. p. 194).

⁴⁷² DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 2. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952. p. 401.

⁴⁷³ FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. **Revisão dos Contratos: do código civil ao código do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 108-115.

⁴⁷⁴ Observa-se que a aplicação da Teoria da Imprevisão aos contratos aleatórios é muito controvertida. Certos ordenamentos, como o italiano, excluem expressamente esta possibilidade. Outros, como o brasileiro, silenciam. Em linhas gerais, sustenta-se a impossibilidade da aplicação da teoria aos contratos aleatórios, na medida em que, para a incidência desta, o fato superveniente não poderia estar dentro da álea normal do contrato. Parte da doutrina, contudo, sustenta a possibilidade de aplicação da teoria aos contratos aleatórios. Como analisa Nelson Borges, os contratos aleatórios possuiriam três áleas: “aquela estreitamente ligada à sua essência, fulcrada na futuridade, na incerteza, na ocorrência de fatos duvidosos quando à ocorrência efetiva e ao quando se dará; uma outra, na qual pode incidir o evento anormal (álea da imprevisibilidade) alterando a base contratual, que nenhuma relação tem com a que é responsável pela sua natureza intrínseca; e ainda a comum, na qual os riscos normais da contratação (como o inadimplemento) podem ocorrer”. Nesse sentido, mesmo aos contratos aleatórios, subsistiria a aplicação da teoria da imprevisão (A teoria da imprevisão e os contratos aleatórios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 826, p. 25-37, ago. 2004. p. 119).

⁴⁷⁵ MORANDI, Juan Carlos F. **El riesgo en el contrato de seguro: regimen de las modificaciones que lo agravan**. Buenos Aires: Astrea, 1974. p. 51.

4.2.1.2 Características da alteração do risco

Não é todo e qualquer aumento ou diminuição da dimensão do risco, porém, que produz efeitos jurídicos, configurando hipótese de agravamento-diminuição propriamente ditas, sendo capaz de romper com a relação entre prêmio e risco. Para tanto, a alteração do risco deve ser relevante⁴⁷⁶ (ou considerável, nos termos dos arts. 769⁴⁷⁷ e 770⁴⁷⁸ do CC): deve apresentar tal magnitude, decorrendo de circunstâncias que influam na probabilidade ou na intensidade do sinistro, de modo que, se conhecidas pelas partes na fase de tratativas, o contrato não teria sido celebrado ou as condições da contratação não seriam as mesmas.⁴⁷⁹ Esta é a orientação traçada pelo Código Comercial italiano de 1882, e que prevalece ainda hoje,⁴⁸⁰ resultando, no ordenamento brasileiro, da interpretação do art. 766 do CC.⁴⁸¹

Ademais, o aumento-diminuição do risco devem ser superveniente à contratação, decorrendo de circunstâncias que alterem o estado de risco ao longo da vigência do contrato, e que não tenham sido consideradas na fase de formação para o cálculo do prêmio: não por reticências do segurado, o que levaria ao regime da declaração inicial do risco, mas por ainda não terem ocorrido ou não serem conhecidas pelas partes.⁴⁸²

De acordo com Donati,⁴⁸³ escapariam ao regime do agravamento aquelas variações normais - ou naturais - do grau de risco, que, embora supervenientes à contratação, são conhecidas, previsíveis e esperadas pelo segurador com base na probabilidade estatística, entrando na cláusula de alteração do risco apenas aquelas variações anormais, não previsíveis ou esperadas. Para esta corrente, portanto, à relevância e à superveniência da alteração, em caso de agravamento, se agregaria um terceiro elemento: sua imprevisibilidade pelo segurador. Sendo a variação do risco previsível ao segurador, este deve considerá-la para o cálculo inicial

⁴⁷⁶ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 2. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952. p. 402-403.

⁴⁷⁷ “Art. 769. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé”..

⁴⁷⁸ “Art. 770. Salvo disposição em contrário, a diminuição do risco no curso do contrato não acarreta a redução do prêmio estipulado; mas, se a redução do risco for considerável, o segurado poderá exigir a revisão do prêmio, ou a resolução do contrato”

⁴⁷⁹ VIVANTE, Cesare. **Del Contratto di Assicurazione**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1936. p. 199-200.

⁴⁸⁰ MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013. p. 708; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 349.

⁴⁸¹ “Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido”.

⁴⁸² MORANDI, Juan Carlos F. **El riesgo en el contrato de seguro: regimen de las modificaciones que lo agravan**. Buenos Aires: Astrea, 1971, p. 61-83.

⁴⁸³ DONATI, *op. cit.*, p. 120 e 402.

do prêmio; ademais, não o fazendo, não poderá alegar agravamento superveniente do risco, o que configuraria conduta contraditória, vedada pelo ordenamento.

Esta alteração do risco, relevante, superveniente e não considerada na fase de formação do contrato, pode se manifestar de várias formas: (i) pode decorrer de circunstâncias alheias ao segurado, seja de fatos natureza (e.g. aumento do risco de tsunamis em razão de terremoto), seja de ato de terceiro (e.g. instalação - ou desativação - de fábrica de inflamáveis ao lado da residência segurada), ou pode guardar relação com o próprio comportamento do segurado (e.g. prática de racha com o automóvel segurado).⁴⁸⁴

Ademais, (ii) pode ter uma certa permanência, apresentando um caráter mais duradouro, como algo que tende a perdurar no tempo (eg. mudança de endereço do estabelecimento comercial segurado; e.g. aumento significativo do salário do segurado no seguro de crédito) ou pode se caracterizar como uma alteração circunstancial,⁴⁸⁵ como uma situação momentânea, porém significativa o suficiente para interferir na probabilidade ou intensidade do sinistro (e.g. estacionar o veículo segurado com a chave na ignição e com as portas abertas);⁴⁸⁶ (iii) ademais, a alteração pode ou não contribuir para a ocorrência do sinistro, não sendo, em regra, pressuposto de incidência da norma de agravamento-diminuição, a efetiva ocorrência do evento danoso ou o nexo de causal entre este o agravamento.⁴⁸⁷

Observa-se que, muitas vezes, as circunstâncias que configuraram hipótese de agravamento-diminuição do risco, de modo a produzir efeitos jurídicos, se encontram previstas em lei ou no contrato. De acordo com o art. 799 do CC, não configura agravamento do risco, no seguro de pessoas,⁴⁸⁸ não podendo o segurador eximir-se do pagamento do seguro, “se a

⁴⁸⁴ REsp 1368766/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 06/04/2016.

⁴⁸⁵ Observa-se que parte da doutrina indica a durabilidade ou permanência da situação de alteração do risco como pressuposto para a configuração do agravamento-diminuição do risco (nesse sentido: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 328-349). Entende-se, porém, que a permanência ou durabilidade da alteração tende a ser relevante sobretudo para efeitos do reconhecimento da possibilidade de revisão-resolução do contrato ou para a imputação do dever de comunicação do risco. Em certos casos, porém, especialmente em agravamento intencional do risco, a alteração poderia ser circunstancial (e.g. prática de racha com o veículo segurado), inclusive por sua proximidade em relação ao sinistro no processo causal.

⁴⁸⁶ REsp 1411431/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 10/11/2014.

⁴⁸⁷ Nesse sentido, se posiciona Donati: “Con tal que sea imprevisto o imprevisible y relevante sobre el riesgo [...] es indiferente que sea duradero o puramente transitorio; que contribuya o no a producir el siniestro; que sea o no voluntario, es decir, debido a un hecho del contrayente, asegurado, subordinado o se deba a un hecho de tercero o a un hecho natural”. (**Los Seguros Privados**: manual de derecho. Trad. Arturo Vidal Solá. Barcelona: Libreria Bosch, 1960. p. 285).

⁴⁸⁸ DELGADO, José Augusto. **Comentários do Novo Código Civil**: das várias espécies de contrato - art. 757 a 802. Vol. XI. Tomo II. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Forense, 2004. p. 243.

morte ou incapacidade decorrer da utilização de transporte mais arriscado, prestação de serviço militar, da prática de esportes ou de atos de humanidade ou de auxílio a outrem”.⁴⁸⁹

De outro lado, em geral, as circunstâncias que implicam a alteração do risco resultam da interpretação do próprio contrato: seja de cláusulas que indiquem expressamente estas situações (e.g. considera-se agravado o risco quando o transporte das mercadorias for realizado sem escolta armada), seja da “cláusula perfil”, que, a partir da declaração inicial, prevê, na apólice, as circunstâncias que particularizam o risco segurado (e.g. idade e sexo do condutor principal, destinação do veículo, existência de garagem etc). Nesse sentido, *a priori*, todas aquelas circunstâncias referidas na cláusula e que variarem no curso do contrato teriam aptidão para levar ao agravamento-diminuição do risco.

Ademais, quanto à alteração do risco por conta do comportamento do próprio segurado, registra-se que o segurador adota diferentes técnicas de gerenciamento destinadas a orientar ou estimular a conduta do segurado. Como forma de desestimular o agravamento intencional, por exemplo, são tradicionais as cláusulas de franquia ou de coparticipação, que deixam uma parcela do custo do sinistro a cargo do segurado.⁴⁹⁰ Em tais casos, combate-se o risco moral: que o segurado, por ter contratado o seguro, acabe por adotar uma postura mais negligente, diminuindo o seu grau de vigilância quanto ao bem segurado, de modo a facilitar o sinistro, ou, até mesmo, uma conduta oportunista, visando o recebimento da indenização securitária.⁴⁹¹

4.2.2 Especificação do regime: efeitos da alteração

A disciplina normativa do agravamento-diminuição do risco no direito brasileiro é complexa. O Código Civil atual contém, basicamente, três principais regras quanto à alteração do risco no curso do contrato: o art. 770, que dispõe sobre a diminuição do risco;⁴⁹² o art. 769,

⁴⁸⁹ “Art. 799. O segurador não pode eximir-se ao pagamento do seguro, ainda que da apólice conste a restrição, se a morte ou a incapacidade do segurado provier da utilização de meio de transporte mais arriscado, da prestação de serviço militar, da prática de esporte, ou de atos de humanidade em auxílio de outrem”.

⁴⁹⁰ As quais implicam, respectivamente, na “definição de um limite de valor a partir da qual se pode exercer o direito à indenização frente ao segurador (franquia simples)” ou estabelecem “espécie de coparticipação, de modo que o segurador indenize apenas o que superar certo valor (MIRAGEM, Bruno. O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). **Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 54.

⁴⁹¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015. p. 138-139.

⁴⁹² “Art. 770. Salvo disposição em contrário, a diminuição do risco no curso do contrato não acarreta a redução do prêmio estipulado; mas, se a redução do risco for considerável, o segurado poderá exigir a revisão do prêmio, ou a resolução do contrato”.

que regula o agravamento não intencional do risco;⁴⁹³ e o art. 768, que trata do agravamento intencional do risco.⁴⁹⁴

A diminuição do risco e o agravamento não intencional levam à possibilidade de revisão do prêmio ou de resolução do contrato, implicando o agravamento o reconhecimento do dever do segurado de comunicar a alteração do risco ao segurador. Por outro lado, o agravamento intencional do risco pelo segurado justifica a perda do direito à cobertura securitária.⁴⁹⁵

4.2.2.1 Agravamento não intencional e diminuição do risco

O “agravamento casual” do risco,⁴⁹⁶ que se verifica quando o aumento considerável do risco não decorre de ato intencional do segurado, e a diminuição do risco, uma vez verificados no curso do contrato, conduzem a efeitos jurídicos semelhantes: implicando o reconhecimento do direito das partes - seja do segurado, em caso de diminuição, seja do segurador, em caso de agravamento - à revisão do prêmio, com o reestabelecimento da equação econômica do contrato, ou à resolução do contrato (ou resilição, como reconhece a doutrina),⁴⁹⁷ com a extinção da relação obrigacional e restituição do prêmio pago de modo proporcional ao período de cobertura.⁴⁹⁸

O art. 770 do CC reconhece, expressamente, o direito alternativo do segurado à revisão do prêmio ou à resolução do contrato em caso de diminuição considerável do risco. O § 1º, do art. 769, por sua vez, ao regular o agravamento causal, menciona apenas a possibilidade de resolução do contrato pelo segurador. Neste caso, contudo, considerando a severidade da medida extintiva, e sendo a revisão uma alternativa de acordo com a regra geral da onerosidade excessiva (art. 479 do CC),⁴⁹⁹ deve-se admitir – inclusive por simetria ao art. 770

⁴⁹³ “Art. 769. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé. § 1º O segurador, desde que o faça nos quinze dias seguintes ao recebimento do aviso da agravação do risco sem culpa do segurado, poderá dar-lhe ciência, por escrito, de sua decisão de resolver o contrato. § 2º A resolução só será eficaz trinta dias após a notificação, devendo ser restituída pelo segurador a diferença do prêmio”.

⁴⁹⁴ “Art. 768. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”.

⁴⁹⁵ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio; PIMENTEL, Ayrton. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 80-84.

⁴⁹⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. **Contratos Nominados III. Seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação e compromisso**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 117 -121.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 119 e 121.

⁴⁹⁸ MIRAGEM, Bruno. O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). **Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 46 e 51-54.

⁴⁹⁹ “Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do

e pela interpretação do parágrafo único do art. 766 em caso de omissão quanto à comunicação do agravamento – a possibilidade de aumento do prêmio de modo a viabilizar a continuidade do vínculo contratual. Ademais, frente ao direito do segurado-consumidor à manutenção do vínculo, deve-se privilegiar a revisão sempre que esta seja possível. Não sendo porém, do interesse do consumidor ou implicando a revisão em um ônus excessivo ao segurador, deve ser facultada a resolução do contrato.

Ademais, de acordo com o art. 769, § 1º e 2º, o direito do segurador deve ser exercido no prazo de 15 dias a contar do recebimento da comunicação do agravamento do risco. Optando pela resolução, a extinção do contrato não é imediata, perdurando a cobertura pelo prazo de 30 dias após a notificação do segurado. Assim, ocorrido o sinistro entre a comunicação do agravamento e o término do prazo extintivo, caberia ao segurador implementar a indenização securitária. Parte da doutrina, porém, considerando que o § 1º faz menção à “agravação do risco sem culpa”, reconhece que os parágrafos do art. 769 regulamentariam apenas a hipótese em que a alteração ocorre por fatos completamente estranhos ao segurado, de modo que, no caso de agravamento culposos, ainda que não intencional, desapareceria “o prazo para a seguradora comunicar a extinção do contrato, bem como o dever de manter a garantia pelo período subsequente”, com a eficácia imediata da resolução.⁵⁰⁰

Por outro lado, para viabilizar o exercício do direito alternativo do segurador, ainda quanto ao agravamento causal, com ou sem culpa, porém, não intencional, dispõe o art. 769, *caput*: “o segurado é obrigado a comunicar, ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco, coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.” Neste caso, se impõe ao segurado o dever - ou encargo, de acordo com a doutrina -⁵⁰¹ de comunicação do agravamento do risco, o que se justifica, em regra, pelos mesmos fundamentos da declaração inicial do risco: na medida em que o segurado é o gestor do risco (em concreto), detendo conhecimento privilegiado ou

contrato”.

⁵⁰⁰ Como observa a doutrina: “Os parágrafos regulamentam a hipótese de agravamento sem culpa. Constata-se a ausência de regulamento para aquelas situações em que não houve a intenção, mas sim culpa do segurado. O *caput* é a regra para as situações de agravamento com ou sem culpa e, conseqüentemente, aplicável em ambas, estando a restrição presente apenas nos parágrafos, cuja incidência é afastada quando se trata de conduta culposa. Desaparece, na hipótese de agravamento culposos, pela omissão legislativa, o prazo para a seguradora comunicar a extinção do contrato, bem como o dever de manter a garantia pelo período subsequente” (TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio; PIMENTEL, Ayrton. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 84).

⁵⁰¹ HALPERIN, Isaac. **El Contrato de Seguro**: seguros terrestres. Buenos Aires: Tipografica, 1946. p. 194.

exclusivo das circunstâncias que particularizam o risco segurado, as quais escapam aos dados estatísticos e ao conhecimento do segurador.⁵⁰²

Nesse sentido, a comunicação do agravamento, como uma extensão da declaração inicial,⁵⁰³ em geral, segue a disciplina desta: em conteúdo, extensão e quantos aos efeitos de descumprimento. Seu conteúdo abarca a comunicação de circunstâncias que alterem a possibilidade ou a intensidade de sinistro, e enquanto tais, sejam conhecidas ou conhecíveis pelo segurado de acordo com as regras ordinárias do conhecimento, cabendo ao segurador, porém, como especialista, a avaliação e comprovação daquilo que corresponda a uma alteração relevante do risco objeto do contrato.⁵⁰⁴ Outrossim, a ausência de comunicação leva à perda do direito à cobertura apenas em caso de má-fé, isto é, caso o segurado não informe as circunstâncias agravantes no intuito de fraude, buscando se beneficiar da situação de alteração do risco.^{505,506}

4.2.2.2 Agravamento intencional do risco

O agravamento do risco, quando intencional, leva à perda do direito à cobertura. Dispõe o art. 768 do Código Civil: “o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”. Em tais casos, sanciona-se o comportamento doloso do segurado, contrário à boa-fé, que, no curso da relação contratual, aumenta a probabilidade ou a severidade do sinistro, rompendo com a base do contrato.^{507,508}

⁵⁰² DONATI, Antígono. **Los Seguros Privados**: manual de derecho. Trad. Arturo Vidal Solá. Barcelona: Libreria Bosch, 1960. p. 284.

⁵⁰³ AGUIRRE, Felipe; ROITMAN, Horácio. **La Agravación del Riesgo en el Contrato de Seguro**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.

⁵⁰⁴ MIRAGEM, Bruno. O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). **Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 46 e 51-54.

⁵⁰⁵ Assim, seguindo a lógica do art. 766, parágrafo único, se a falta de aviso não resultar de má-fé, subsistiria, em caso de sinistro, a obrigação do segurador ao pagamento da indenização, com a cobrança da diferença do prêmio (*Ibid.*, p. 51).

⁵⁰⁶ Iguualmente, embora não conste expressamente na legislação, tendo o segurador conhecimento da diminuição do risco no curso do contrato, e sendo esta desconhecida ao segurado, configurando-se uma situação de assimetria informacional, não se pode excluir o dever do segurador, por via da boa-fé, de comunicação da diminuição do risco ao segurado, como sugere Menezes Cordeiro. Em tais casos, a finalidade seria viabilizar, ao segurado, condições para o exercício do direito de escolha entre a revisão do contrato e a resolução (**Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013. p. 490 e 707).

⁵⁰⁷ MIRAGEM, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁰⁸ Observa-se, nesse sentido, os arts. 768 e 762 Código Civil apresentam uma íntima conexão, na medida em que tratam da vedação à cobertura de risco proveniente de ato doloso do segurado. Como observa Bruno Miragem, porém: “Em relação ao art. 762, é a previsão contratual que dá causa à nulidade”. Dessa forma, “não se confunde com o comportamento do segurado, na execução do contrato, cujo dolo gera ineficácia-perda do direito à indenização, hipótese, todavia, que é contemplada pelo art. 768 do CC”. (MIRAGEM, *op. cit.*, p. 56).

Como gestor do risco em concreto, o segurado deve abster-se de agravar o risco coberto.⁵⁰⁹ No Código Civil de 1916 (art. 1.454), este dever era amplo: exigia-se do segurado a abstenção “de tudo quanto pudesse aumentar os riscos” ou fosse “contrário aos termos do estipulado”, sob pena de perda do direito ao seguro,⁵¹⁰ o que se justificava “pelo fato de ter sido o próprio interessado quem transforma *in peius* a situação de fato”.⁵¹¹ No Código Civil atual, porém, este dever abarca apenas o agravamento intencional, ou seja, o aumento considerável do risco decorrente de ato doloso, voluntário e consciente, e não todo e qualquer agravamento de alguma forma, direta ou indiretamente, relacionado com o comportamento do segurado.⁵¹²

O que configura, contudo, a hipótese de agravamento intencional, nos termos do art. 768, é questão controversa na doutrina e na jurisprudência. Em uma interpretação restritiva, parte da doutrina entende que a norma se aplica apenas àqueles casos em que o segurado age com a intenção específica de agravar o risco, de modo a facilitar a ocorrência do sinistro, ou seja, “com a intenção de se beneficiar do valor da garantia”⁵¹³ (e.g. estacionar o veículo segurado com as janelas abertas e a chave na ignição com a intenção de facilitar o furto). Para esta corrente, seria necessário o dolo específico, a vontade e consciência quanto “à finalidade específica de fazer aumentar a probabilidade de sinistro”.⁵¹⁴ Nesta perspectiva, a diferença entre o agravamento intencional e o sinistro intencional é tênue.

De outro lado, para uma segunda corrente, seria necessário “diferenciar a intenção de agravar o risco da prática intencional do ato que leva despercebidamente a essa agravação”. Neste segundo caso, “a solução dependerá da gravidade ou intensidade dos efeitos do comportamento”. “Comportando-se o segurado de maneira que a realização do risco ou o aumento da intensidade dos seus efeitos se torne previsível, é de se aplicar a regra da caducidade”.⁵¹⁵ Sob esta ótica, portanto, se dispensaria, *a priori*, o dolo específico, requerendo, para a incidência da hipótese legal, a intenção do segurado de causar o ato que leva ao

⁵⁰⁹ DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 2. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952. p. 397.

⁵¹⁰ “Art. 1454. Embora vigorar o contrato, o segurado abster-se-á de tudo quanto possa aumentar os riscos, ou seja contrário aos termos do estipulado, sob pena de perder o direito do seguro”.

⁵¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito Privado**. 3. ed. Tomo. XLV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 329.

⁵¹² MIRAGEM, Bruno. O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). **Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. p. 30.

⁵¹³ DELGADO, José Augusto. **Comentários do Novo Código Civil**: das várias espécies de contrato - art. 757 a 802. Vol. XI. Tomo II. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Forense, 2004. p. 243. p. 247.

⁵¹⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. Contratos Nominados III. **Seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação e compromisso**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 116.

⁵¹⁵ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio; PIMENTEL, Ayrton. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 81.

agravamento e apenas a previsibilidade do agravamento.⁵¹⁶ Como observa Adilson Campoy, o art. 768 deve ser compreendido, “quanto à intencionalidade do ato, como a prática deliberada de ato pelo segurado, que, sem pretender a ocorrência do sinistro, sabe que sua ocorrência passa a ser mais provável ante o comportamento por ele adotado. O risco de ocorrência do sinistro agrava-se segundo o senso comum”.⁵¹⁷

Ademais, como uma espécie de variação da corrente acima, é possível identificar uma terceira interpretação, que relaciona o agravamento intencional do risco com a figura do dolo eventual, oriunda do direito penal, que se verifica quando o “agente não quer diretamente a realização do tipo, mas o aceita como possível ou até provável, assumindo o risco da produção do resultado”.⁵¹⁸ De acordo com esta interpretação, o art. 768 contemplaria aqueles casos em que o segurado pratica o ato que leva ao agravamento, não com a intenção propriamente dita de aumentar o risco, porém o aceita como possível e assume as suas consequências (e.g. segurado que pratica racha, assumindo, de forma consciente e voluntária, o aumento da chance de risco de acidente).⁵¹⁹

Defensores da primeira corrente tendem a sustentar que a interpretação contrária importaria na banalização do instituto, de modo que todo e qualquer aumento do risco por ato do segurado, desde que previsível ao senso comum, à luz das regras ordinárias do conhecimento (e.g. ultrapassagem no lugar proibido), poderia levar ao agravamento intencional do risco. Críticos da primeira corrente, porém, afirmam que esta é muito restrita, esvaziando em demasia a hipótese de incidência da norma, ao estabelecer uma relação muito próxima entre sinistro doloso e agravamento intencional.⁵²⁰

Em geral, porém, o que se verifica, especialmente observando a jurisprudência, é que o reconhecimento das situações que configuram agravamento intencional - para além da análise da intencionalidade do ato - passa, sobretudo, pela consideração do grau de reprovabilidade da conduta do segurado à luz daquilo que é socialmente esperável e aceito, assim como pela avaliação da severidade do agravamento. Nesse sentido, elucidativa é a hipótese de condução do veículo segurado em estado de embriaguez, a qual passou a ser reconhecida, mais recentemente pela jurisprudência, como situação de agravamento intencional. Em tais casos,

⁵¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 488-489.

⁵¹⁷ CAMPOY, Adilson José. **Contrato de Seguro de Vida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 42.

⁵¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 354.

⁵¹⁹ Apelação Cível Nº 70069785798, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 31/08/2016.

⁵²⁰ CAMPOY, *op. cit.*, p. 41-42.

face à severidade, reprovabilidade e previsibilidade do agravamento, haveria, como reconhece o STJ, uma “presunção relativa de que o risco de sinistralidade foi agravado”.⁵²¹

⁵²¹ REsp 1485717/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 14/12/2016. Nos termos do Voto do Ministro relator: “Uma vez constatado, portanto, que o condutor do veículo estava sob influência do álcool (causa direta ou indireta) quando se envolveu em acidente de trânsito - fato esse que compete à seguradora comprovar -, há presunção relativa de que o risco da sinistralidade foi agravado, o que ensejará a aplicação da pena do art. 768 do CC. Por outro lado, a indenização securitária deverá ser paga se o segurado demonstrar que o infortúnio ocorreria independentemente do estado de embriaguez (como culpa do outro motorista, falha do próprio automóvel, imperfeições na pista, animal na estrada, entre outros)”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do risco enquanto elemento do contrato de seguro permite as seguintes considerações finais:

a) O contrato de seguro surgiu e se desenvolveu polarizado pelo risco, para atender à necessidade do ser humano de se precaver frente à possibilidade de um infortúnio. Como um tipo contratual autônomo, com a finalidade precípua de dispersão do risco, o seguro passou por uma verdadeira transformação desde o seu surgimento no séc. XIV, acompanhando o ritmo do progresso econômico e científico e as necessidades sociais.

b) A análise dos seus principais momentos históricos evidencia que o seguro está em constante mutação, sendo conformado pelas transformações econômicas e sociais. Basta observar, por exemplo, a influência do florescimento da atividade mercantil nas cidades italianas medievais para o surgimento da modalidade marítima; do incêndio de Londres para o desenvolvimento do ramo de incêndio; do início da exploração de seguros por sociedades anônimas para o fortalecimento da operação; do progresso das ciências exatas para o aprimoramento da técnica do seguro; do desenvolvimento industrial para a expansão da indústria e massificação do contrato.

c) Na sua fase inicial, desenvolvido para a garantia dos riscos da navegação, o seguro se caracteriza como uma operação instável e extremamente arriscada para o segurador. Na fase de desenvolvimento moderno, se fortalece, passando a se estruturar em bases técnicas e financeiras mais sólidas. Neste período, verifica-se a expansão dos seguros terrestres e o surgimento da empresa seguradora. Não por acaso, é a partir deste momento que o seguro de vida tem sua legitimidade e independência reconhecidas, desenvolvendo-se fora dos domínios da aposta. Ademais, na fase contemporânea, com o desenvolvimento da atividade de seguro por um setor altamente especializado e sólido, verifica-se o aprimoramento e a massificação do contrato. Nesta fase, o seguro torna-se um bem de consumo, submetendo-se a um amplo controle estatal.

d) Entre as diversas abordagens que explicam a causa do seguro, compreendida como função econômico-social do contrato, destacam-se as teorias do risco, que identificam na assunção (ou garantia) do risco por parte do segurador a função legitimadora do seguro, comum às diversas modalidades do tipo. Sob esta perspectiva, acentua-se o papel do seguro como um contrato de segurança, cuja função precípua é neutralizar os efeitos do risco na esfera patrimonial do segurado.

e) O contrato de seguro se estrutura a partir da troca entre prêmio e cobertura: enquanto o segurado se obriga ao pagamento do prêmio, o segurador se obriga à cobertura, à garantia do interesse legítimo do segurado contra riscos predeterminados, comprometendo-se a uma prestação eventual, em caso de sinistro. Nesse sentido, o seguro pode ser classificado como um contrato bilateral e oneroso, na medida em que se verificam obrigações interdependentes e que ambos os contratantes suportam esforços econômicos. Sua natureza aleatória ou comutativa, de outro lado, é controversa.

f) A obrigação do segurador assume feição complexa: passa, *a priori*, pela assunção do risco durante toda a vigência do contrato, e, *a fortiori*, pelo cumprimento de determinada prestação em caso de sinistro. Sob esta ótica, engloba uma prestação eventual, dependente de um fato futuro e incerto, sob condição suspensiva. Contudo, a isso não se restringe, já que, ao assumir o risco, o segurador já entrega uma vantagem patrimonial ao segurado.

g) Entre risco assumido e prêmio devido se estabelece uma íntima conexão, uma vez que uma parcela significativa deste (prêmio puro) é calculada em função dos sinistros esperados, refletindo, ao fim e ao cabo, o custo da cobertura, o custo da assunção do risco pelo segurador. Esta relação de correspondência, todavia, só faz sentido à luz do sistema contratual que subjaz o contrato de seguro.

h) Para garantia do risco segurado, o segurador organiza um sistema contratual voltado à gestão científica e financeira do risco. De um lado, este sistema pressupõe uma mutualidade, uma comunidade de compartilhamento de riscos. Mediante a constituição de um grupo homogêneo de segurados e alocação dos prêmios pagos em um fundo comum de onde sairão os recursos para pagamento dos sinistros que possam atingir qualquer um dos integrantes do grupo, a seguradora administra um sistema mutual, em que o custo das indenizações pagas em caso de sinistro é diluído e compensado pela contribuição daqueles segurados que não foram afetados pelo sinistro.

i) De outro lado, o sistema do seguro se apoia na técnica atuarial, em fundamentos matemáticos que permitem uma previsão dos sinistros futuros, uma mensuração objetiva dos riscos segurados, fornecendo ao segurador instrumentos racionais para a precificação do seguro, ou seja, para o cálculo do custo da cobertura. Mediante a combinação de unidades expostas ao risco, em um número suficientemente grande e homogêneo, é possível estimar as perdas futuras do grupo segurado, estabelecendo antecipadamente quanto cada participante precisa pagar para fazer frente aos eventos previstos.

j) É neste sistema contratual, nesta estrutura administrada pelo segurador, que se

encontra a base econômica do contrato de seguro. É essencialmente a partir da combinação da mutualidade com a técnica atuarial que o segurador calcula o valor do prêmio. Não se trata, porém, da formação de uma base econômica individual, mas de uma base sistêmica, que correlaciona uma multiplicidade de contratos. Trata-se, em outros termos, de um sistema que une uma multiplicidade de contratos em torno de uma mesma base econômica.

k) Caracterizam o contrato de seguro, como elementos essenciais, além da garantia e do prêmio, o risco e o interesse legítimo. Risco e interesse constituem elementos correlatos entre si. Este constitui o elemento moralizador do contrato, a relação juridicamente relevante que se estabelece entre o segurado e um bem da vida. Aquele, por sua vez, constitui o elemento que justifica o seguro, que o ameaça o interesse, como uma possível fonte de lesão, criando, para o segurado, a necessidade de proteção.

l) A noção de risco transcende os domínios do seguro. Antes de ser um elemento categorial deste contrato, o risco é um fato social, de caráter complexo, objeto de estudo das mais diversas áreas do conhecimento. Na base da noção de risco está a ideia de incerteza quanto ao futuro, quanto à possibilidade de eventos adversos. Este tipo de incerteza, porém, comporta diversas análises e perspectivas: ora se aproximando da noção de perigo, ora da noção de probabilidade; ora como um fenômeno calculável, previsível e gerenciável, ora como algo que desafia a capacidade do ser humano de previsão e domínio; ora em uma perspectiva objetiva, ora subjetiva; ora como realidade objetiva, ora como construção social.

m) No contrato de seguro, o risco se caracteriza como a possibilidade de sinistro, de um evento desfavorável ao interesse legítimo do segurado, previsto no contrato e não decorrente de ato intencional do seguro, cuja ocorrência leva ao pagamento da indenização securitária. Sem possibilidade, adversidade e casualidade, não há risco segurável. Sem previsão contratual, não há risco segurado, não há cobertura contratual.

n) Enquanto possibilidade, o risco envolve uma situação de indeterminação quanto ao futuro, em que a ocorrência do sinistro é desconhecida, não podendo ser aferida na contratação. O risco, portanto, é caracterizado pela probabilidade de sinistro, pela contingência do fato gerador do direito do segurado à indenização. Ademais, esta indeterminação pode dizer respeito à ocorrência do evento, ao momento e à sua dimensão.

o) A noção de perda ou de prejuízo também caracteriza o risco no seguro. Este, inclusive, é um dos aspectos que vai distinguir o seguro do jogo ou da aposta. Nesta há, simultaneamente, a possibilidade de perda e de um ganho (álea ou risco especulativo), no seguro há apenas a chance de uma perda, não podendo o contrato ser fonte de lucro para o

segurado. Aqui, porém, a noção de perda deve ser tomada em uma perspectiva ampla, como possibilidade de diminuição em uma situação previamente considerada, de uma situação em alguma medida desfavorável ao segurado. Ademais, para ser passível de seguro, o evento ao qual o risco se reporta deve ser alheio à vontade do segurado. Em regra, sobretudo por fundamentos éticos e morais, não se admite a cobertura de sinistro proveniente de ato doloso do segurado (art. 762 do CC), sendo possível, de outro lado, a cobertura de eventos decorrentes de ato culposo do segurado.

p) Por outro lado, apenas aqueles riscos previstos contratualmente obrigam o segurador. Para se caracterizar como um risco coberto, o risco deve ser predeterminado no contrato. O processo de predeterminação do risco, que revela a extensão da cobertura securitária, contudo, é complexo. Além de envolver a individualização do risco segurado, passa pela delimitação do risco coberto, a qual pode ser causal, temporal ou espacial. Ademais, pode ocorrer pela técnica de indicação positiva como pela técnica de indicação negativa, como ocorre quanto às cláusulas de exclusão e de perda de direitos.

q) Nesse contexto, o risco constitui um elemento que conforma todo o desenvolvimento da relação obrigacional, em consideração ao qual se estabelecem direitos e deveres, ônus ou encargos, a ambos os contratantes, tanto na fase de formação do contrato, como na fase de execução. Na fase de formação, impõe-se ao segurado a declaração inicial do risco, a descrição, ao segurador, das circunstâncias que caracterizam o risco a ser segurado, que influenciam na dimensão deste, na probabilidade ou na severidade do sinistro.

r) Resultando do reconhecimento de uma assimetria informativa, a declaração inicial é indispensável à celebração e à plena execução do contrato, sendo relevante não apenas para que o segurador decida sobre a contratação e precise seus contornos, mas também para o funcionamento do sistema contratual e o cálculo prêmio. A declaração inicial conecta-se à base econômica do contrato de forma instrumental, permitindo o estabelecimento de uma relação de correspondência entre prêmio e risco na fase pré-contratual.

s) Esta declaração, porém, abarca apenas aquelas informações conhecidas ou conhecíveis pelo segurado, relevantes para a apreciação do risco, que possam interferir na aceitação da proposta de seguro ou no cálculo do prêmio (art. 766). A extensão do dever, ademais, varia especialmente de acordo com o regime adotado: seja o da declaração espontânea, em que cabe ao segurado decidir o que será informado ao segurador, seja o do questionário, em que a declaração se converte em um dever de resposta. Atualmente, com a realidade da contratação em massa e o incremento da tutela do segurado-consumidor, verifica-

se uma tendência ao segundo regime.

t) Quanto aos efeitos do descumprimento da declaração, verificam-se dois principais modelos: o da invalidade e o da culpa. No direito brasileiro, o regime atual se aproxima ao modelo da culpa, na medida em que considera o grau de censurabilidade da conduta do segurado, distinguindo os efeitos do descumprimento em caso de má-fé ou de boa-fé (subjéitiva): se a reticência resulta de má-fé, o segurado perde o direito à cobertura, obrigando-se ao prêmio vencido; se não resultar de má-fé, subsiste, em caso de sinistro, a obrigação do segurador à indenização (art. 766, parágrafo único).

u) Na fase de execução do contrato, o agravamento e a diminuição implicam, respectivamente, o reconhecimento do direito do segurador ou do segurado à revisão do prêmio ou à resolução do contrato. Ademais, impõe-se ao segurado a comunicação de eventual circunstância agravante do risco, sendo vedado o agravamento intencional do risco. Em tais casos, na medida em que o agravamento-diminuição do risco levam a um novo estado de risco, diferentemente daquele considerado na formação do contrato, a ordem jurídica intervém para a preservação da base econômica do contrato, para a conservação da relação de correspondência entre prêmio pago e risco assumido durante a execução do contrato.

v) Para configurar hipótese de agravamento-diminuição do risco, produzindo efeitos jurídicos sobre a relação contratual, a alteração do risco deve ser relevante, decorrendo de circunstâncias que influam na probabilidade ou na intensidade do sinistro, de tal modo que, se conhecidas pelas partes na fase de tratativas, o contrato não teria sido celebrado ou as condições da contratação não seriam as mesmas. Ademais, a alteração deve ser superveniente, decorrendo de circunstâncias que alterem o risco ao longo da vigência do contrato, e que não tenham sido consideradas na fase de formação.

w) O agravamento não intencional e a diminuição do risco conduzem a efeitos jurídicos semelhantes: implicando o reconhecimento do direito das partes - seja do segurado, em caso de diminuição, seja do segurador, em caso de agravamento - à revisão do prêmio, com o reestabelecimento da equação econômica do contrato, ou à resolução do contrato, com a extinção da relação obrigacional e restituição do prêmio pago de modo proporcional ao período de cobertura (art. 769 e 770 do CC). O agravamento intencional do risco, porém, por ato doloso do segurado, leva à perda do direito à cobertura (art. 768).

REFERÊNCIAS

- ADAMS, John. **Risco**. Trad. Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: Senac, 2009.
- AGUIRRE, Felipe; ROITMAN, Horácio. **La Agravación del Riesgo en el Contrato de Seguro**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das Obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- ALMEIDA, J. C. Moitinho. **O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado**. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1971.
- ALTHAUS, Catherine. A Disciplinary Perspective on the Epistemological Status of Risk. **Risk Analysis**, v. 25, n. 3, p. 567-588, 2005. doi:10.1111/j.1539-6924.2005.00625.x.
- ALVIM, Pedro. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- _____. **O Seguro e o Novo Código Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.
- ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BALDWIN, Robert. Introduction: risk - the legal contribution. In: **Law and Uncertainty: risks and legal processes**. London: Springer, 1997. p. 1-18.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2011.
- BENSA, Enrico. **Il contratto di assicurazione nel medio evo: studi e ricerche**. Whitefish: Kessinger Publishing, LLC, 2010 (Orig. 1884).
- BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos Deuses: a fascinante história do risco**. Trad. Ivo Korytowski. 2.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997.
- BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1936.
- _____. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Comentado por Clóvis Beviláqua. 5ª Tiragem. Rio de Janeiro: Rio, 1973.

BIRDS, John. **Modern Insurance Law**. 9 ed. London: Sweet & Maxwell, 2013.

BIROCCHI, Italo. Rischio (dir. interm.). In: **Enciclopedia del Diritto**. v. XL. Varese: Dott. A. Giuffrè, 1958. p. 1133-1143.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BORGES, Nelson. Os contratos de seguro e sua função social: a revisão securitária no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 782, p. 78-89, dez. 2000.

_____. A teoria da imprevisão e os contratos aleatórios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 826, p. 25-37, ago. 2004.

BOSELLI, Aldo. **Alea**: Novissimo Digesto Italiano. v.1. t. II. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1964-1975.

BUTARO, Luca. Assicurazione (in generale; contrato di; contro i danni). In: **Enciclopedia del Diritto**. v. III. Varese: Dott. A. Giuffrè, 1958. 427-519.

CAMPOY, Adilson José. **Contrato de Seguro de Vida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CARLINI, Angélica; FARIA, Maria da Glória. Fundamentos Jurídicos e Técnicos dos Contratos de Seguro: o dever de proteção da mutualidade. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). **Direito dos Seguros. fundamentos de direito civil**, direito empresarial e direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 65-84.

CASSANDRO, Giovanni. Assicurazione (storia). In: Enciclopedia del Diritto. v. III. Varese: Dott. A. Giuffrè, 1958, p. 420-426.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CHECCHINI, Aldo. I precedenti e lo sviluppo storico del contratto di assicurazione. **Atti dell'Instituto Nazionale delle Assicurazioni**, v. III. Roma: dell'Instituto Nazionale delle Assicurazioni, 1931.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Seguro de Crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. Substitutivo ao capítulo referente ao contrato de seguro no anteprojeto do Código Civil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: n. 5, ano XI, p. 143-152, 1972.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 5 ed. Boston: Pearson, 2007.

_____. ULLEN, Thomas. **Direito e Economia**. Trad. Luis Marcos Sander. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A Obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2007.

DELGADO, José Augusto. **Comentários do Novo Código Civil**: das várias espécies de contrato - art. 757 a 802. Vol. XI. Tomo II. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Forense, 2004.

DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não-indenizar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DIDINI, Thyago Lacerda. **A Teoria do Risco Putativo no Contrato de Seguro**. Rio de Janeiro: Ed. Escola Nacional de Seguros, 2015.

DONATI, Antigono. **Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private**. v. 1-3. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952.

_____. **Los Seguros Privados**: manual de derecho. Trad. Arturo Vidal Solá. Barcelona: Libreria Bosch, 1960.

EGGERS, Peter; PICKEN, Simon; FOSS, Patrick. **Good Faith and Insurance Contracts**. London: LLP, 2004.

EWALD, François. Insurance and risk. In: BURCHELL, G; GORDON, C; MILLER, P. **The Foucault Effect**. Chicago: The University of Chicago Press, 1991. p. 197-210.

FABIAN, Christoph. **O Dever de Informar no Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. **Reciprocidade e Contrato**: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações 'paracontratuais'. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Revisão dos Contratos: do código civil ao código do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GALIZA, Francisco. **Economia e Seguro**. Rio de Janeiro: Funenseg, 1997.

GAMBINO, Agostino. **L'Assicurazione nella Teoria dei Contratti Aleatori**. Milano: Giuffrè. 1964.

GASPERONI, Nicola. Contratto di Assicurazione. In: **Novissimo Digesto Italiano**. vol. IV. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1964-1975. p. 563-609.

GOLDSCHIMIDT, Levin. **Storia universale del diritto commerciale**. Trad. Vittorio Pouchain e Antonio Scialoja. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913 .

GOMES, Orlando. **Contratos**. 21. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GREENE, Mark R. **Riesgo y Seguro**. 3. ed. Trad. Hernán Troncoso Rojas. Madrid: Editorial Mapfre, 1979.

HALPERIN, Isaac. **El Contrato de Seguro: seguros terrestres**. Buenos Aires: Tipografica, 1946.

_____. **Exposición Crítica de las Leyes 17.418 y 20.091**. v. 1. Buenos Aires: Depalma, 1983.

_____. **Lecciones de Seguros**. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 1997.

HARTEN, Carlos. **El Deber de Declaración del Riesgo en el Contrato de Seguro**. Salamanca: Ratio Legis, 2007.

KNIGHT, Frank H. **Risk, Uncertainty and Profit**. New York: Bookseller, 1964 (Orig. 1921).

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. **Droit des Assurances**. 11 ed. Paris: Dalloz, 2001.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

_____. **Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos**. Trad. Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LORENZETTI, Ricardo. **Tratado de los contratos**. Tomo III. 7. ed. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 1999.

_____. Redes Contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 16, p. 161-202, 1999.

LUCCAS FILHO, Olívio. **Seguros: fundamentos, formação de preço, provisões e funções biométricas**. São Paulo: Editora Atlas. 2011.

LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory (communication and social order)**. Trad. Rhodes Barrett. New Brunswick: Aldine Transaction, 2005

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____.MIRAGEM, Bruno. **Consulta acerca de plano de reequilíbrio econômico de duas apólices representativas de uma carteira de seguro de vida de renovação periódica**. 28 dez. 2012. Porto Alegre. Consulta no original.

_____. MIRAGEM, Bruno. Seguros e planos de assistência à saúde: risco, solidariedade e os direitos do consumidor. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). **Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.165-195.

_____. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. BENJAMIN, Antonio Herman; ROSCOE, Leonardo. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito dos Seguros**. Cascais: Principia, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, J. J. de Souza. **Bases Técnicas do Seguro**. São Paulo: Manuais Técnicos de Seguros Ltda. 1977.

MENEZES CORDEIRO, António. **Direito dos Seguros**. Lisboa: Almedina, 2013.

_____. ROCHA, António Manuel da. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2013.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). **Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 25-64.

_____. O contrato de seguro e os direitos do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 76. p. 239-276, out. 2010.

_____. **Direito Bancário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Direito Civil: responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTI, Alberto. **Buona Fede e Assicurazione**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2002.

MORANDI, Juan Carlos F. **El riesgo en el contrato de seguro: rgimen de las modificaciones que lo agravan**. Buenos Aires: Astrea, 1974.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Contratos Nominados III. Seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação e compromisso.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Garantias no Direito das Obrigações:** um ensaio de sistematização. 2005. 262 f. Tese (Doutorado em Direito) –Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Faculdade de Direito. Porto Alegre, 2005.

PICARD, MAURICE; BESSON, ANDRÉ. **Les Assurances terrestres en droit français.** t.1. 2. ed. Paris: Reliure inconnue, 1965.

PIRON, Sylvain. L'apparition du rescum en Méditerranée occidentale, XIIe-XIIIe siècles. In: MARTIN, B, *et al.* **Genèse, evolution, actualité du concept dans les sociétés occidentales.** **Strasbourg:** Histoire et Anthropologie, 2004. p. 59-76.

PIZA, Paulo Luiz de Toledo. **Contrato de Resseguro.** São Paulo: IBDS. 2002.

POÇAS, Luis. **O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro.** Coimbra: Almedina, 2013.

POLIDO, Walter. **Seguros para Riscos Ambientais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Contrato de Seguro:** novos paradigmas. São Paulo: Roncarati, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito Privado.** 3. ed. Tomo. XLV e XLVI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. **Tratado de direito Privado.** Atual. Bruno Miragem. T. XLV e XLVI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

REEN, Ortwin. Concepts of risk: a classification. In: KRIMSKY, Sheldon; GOLDING, Dominic (org). **Social theories of risk.** Westport: Praeger, 1992. p. 53-79.

REGO, Margarida Lima. **Contrato de Seguro e Terceiros:** estudos de direito civil. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010.

RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. **Direito de Seguros.** São Paulo: Atlas, 2006.

RISCO. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa.** 3ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 1772

RISCO. In: HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 2462.

RISK, n. In: **Oxford English Dictionary Online.** Oxford University Press, December 2016. Disponível em: <http://www.oed.com/view/Entry/166306?rskey=GF4mrF&result=1>. Acesso em: March 04, 2017.

SARGENTI, Manlio. Rischio (dir. rom.). In: **Enciclopedia del Diritto.** v. XL. Varese: Dott. A. Giuffrè, 1958. p. 1126-1132.

SILVA, João Calvão da. **Banca, Bolsa e Seguros**. 4. ed. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2013.

SLOVIC, Paul. Trust, emotion, sex, politics, and science: surveying the risk-assessment battlefield. **Risk Analysis**, v. 19, p. 689-701, 1999. doi:10.1111/j.1539-6924.1999.tb00439.x.

STIGLITZ, Rubén. **Derecho de Seguros**. Tomo I e II. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

_____. **Clausulas abusivas en el contrato de seguro**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

THE ROYAL SOCIETY. **Risk: Analysis, Perception and Management**. London: 1992.

THOMPSON, P. B. The philosophical foundations of risk. **Southern Journal of Philosophy**, Memphis, Vol. 24, p. 273–286, 1986.

TIMM, Luciano; GUARISSE, João. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano (org). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio; PIMENTEL, Ayrton. **O Contrato de Seguro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. CAVALCANTI, Flávio; PIMENTEL, Ayrton. **O Contrato de Seguro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Seguro de Riscos de Engenharia: instrumento do desenvolvimento**. São Paulo: Roncarati, 2015.

VASQUES, José. **Direito dos Seguros**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005.

VAUGHAN, Emmett J; VAUGHAN, Therese M. **Fundamentals of risk and insurance**. 7. ed. New York: John Wiley & Sons Inc, 1996.

VILANOVA, Wilson. **Matemática Atuarial**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1969.

VIVANTE, Cesare. **Del Contratto di Assicurazione**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1936.

_____. **Istituzioni di Diritto Commerciale**. Milano: Ulrico Hoepli, 1906.

ZANITELLI; Leandro Martins. A regulação dos planos de saúde no Brasil e os princípios da solidariedade e da justiça atuarial: algumas considerações em torno da assimetria informativa. In: TIMM, Luciano. **Direito e Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 211.