

ESTUDOS FUNENSEG

Função Social nos Contratos de Seguro: a Nova Ordem Contratual e sua Implicação para os Contratos de Seguro à Luz do CDC e do Código Civil*

Fernanda Paes Leme Peyneau Rito¹

Junho de 2010



ESCOLA NACIONAL de SEGUROS
FUNENSEG

¹ Mestranda em Direito Civil pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Pós Graduada em Direito Civil pela FESUDEPERJ/Universidade Veiga de Almeida. Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Advogada. Economista pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pesquisadora e consultora na área de previdência social – área de concentração: previdência privada, seguros e mercado consumidor. Autora de diversos trabalhos técnicos na área de previdência social, dentre os quais, o livro: “Perfil dos consumidores de previdência privada: evolução de uma demanda”, editado pela Escola Nacional de Seguros (FUNENSEG). <http://lattes.cnpq.br/6566604480146185>.

* Artigo premiado com o segundo lugar no III Concurso de Artigos Jurídicos, promovido pela Associação Internacional de Direito do Seguro (AIDA/Brasil), em março de 2009.

Presidente

Robert Bittar

Vice-Presidente

Mauro César Batista

Diretor Executivo

Renato Campos Martins Filho

Diretor de Ensino e Produtos

Nelson Victor Le Cocq d'Oliveira

Diretor de Pesquisa e Desenvolvimento

Claudio Contador

Diretor Regional de São Paulo

João Leopoldo Bracco de Lima

Superintendente Administrativo-Financeira

Paola Young Casado Barros de Souza

Superintendente Comercial

Henrique Berardinelli

Conselho de Administração

Robert Bittar

Mauro César Batista

Armando Vergilio dos Santos Júnior

Miguel Junqueira Pereira

João Furtado de Mendonça Neto

Vera Lúcia Ribeiro Barreto Paes

Manoel Moraes de Araújo

Francisco Aldenor Alencar Andrade

Conselho Fiscal

Lúcio Antônio Marques

José Ismar Alves Tôrres

Gumerindo Rocha Filho

Manoel José da Silva Neto

Mauro Sergio da Silva Cabral

Maurice Chevalier Deluca Lima

Unidades Funenseg

Rio de Janeiro • RJ (Matriz)

Rua Senador Dantas, 74 - térreo,

2ª sobreloja., 3º e 4º and. - Centro

Tel.: 21 3380-1000

faleconosco@funenseg.org.br

Rio de Janeiro • RJ

Av. Franklin Roosevelt, 39 - sobreloja - Castelo

Tel.: 21 3132-1111

Belo Horizonte • MG (Parceria com o IMES)

Tel.: 31 3272-1700

unidadebg@funenseg.org.br

Blumenau • SC

Tel.: 47 3326-7105

unidadesc@funenseg.org.br

Brasília • DF

Tel.: 61 3323-7032

unidadebdf@funenseg.org.br

Campinas • SP

Tel.: 19 3212-0608

unidadecampinas@funenseg.org.br

Curitiba • PR

Tel.: 41 3264-9614

unidadepr@funenseg.org.br

Goiânia • GO

Tel.: 62 3945-1210

unidadego@funenseg.org.br

Porto Alegre • RS

Tel.: 51 3224-1965

unidadesrs@funenseg.org.br

Recife • PE

Tel.: 81 3423-1134

unidadepe@funenseg.org.br

Ribeirão Preto • SP

Tel.: 16 3620-2200

unidadeprp@funenseg.org.br

Salvador • BA

Tel.: 71 3341-2688

unidadeba@funenseg.org.br

Santos • SP

Tel.: 13 3289-9852

unidadesantos@funenseg.org.br

São Paulo • SP

Tel.: 11 5212-2100

unidadesp@funenseg.org.br

Tel.: 11 3062-4394

unidadepaulista@funenseg.org.br

Vitória • ES (Parceria com o Sincor - ES)

Tel.: 27 2125-6673

funenseg-es@sincor-es.com.br

Central de Atendimento: **0800 253322**

www.funenseg.org.br

ESTUDOS FUNENSEG

Série destinada à publicação de trabalhos e pesquisas de profissionais das áreas de seguro, resseguro, previdência e capitalização. É comercializada com exclusividade em seminários, palestras, fóruns e workshops realizados pela Escola Nacional de Seguros – Funenseg e por instituições do Mercado de Seguros. Os textos podem ser impressos (em formato pdf) no site da Funenseg (www.funenseg.org.br), link “publicações/livros técnicos”.

Caso haja interesse em adquirir os números da série no formato original, entrar em contato com o setor de Vendas da Funenseg ou com a Secretaria da Escola: Rua Senador Dantas, 74/Térreo – Centro – Rio de Janeiro – RJ (Tel.: (21) 3380-1556 – e-mail: vendas@funenseg.org.br).

Para publicação na série, os textos devem ser encaminhados, para avaliação, para o Diretor de Pesquisa e Desenvolvimento da Funenseg, Claudio R. Contador. Enviar duas cópias: uma por e-mail para claudiocontador@funenseg.org.br, mencionando no assunto “Estudos Funenseg – Trabalho para Avaliação”; e outra impressa para a Diretoria de Pesquisa e Desenvolvimento da Funenseg (Rua Senador Dantas, 74/3o andar – Centro – Rio de Janeiro – RJ – CEP 20031-205), identificando no envelope “Estudos Funenseg”. Incluir nas duas cópias um resumo em português e em inglês do trabalho. As referências bibliográficas devem ser incluídas no final do texto. Enviar também um breve currículo profissional, e-mail e telefone para contato.

Coordenação

Claudio R. Contador

claudiocontador@funenseg.org.br

Editora

Vera de Souza

verasouza@funenseg.org.br

Conselho Editorial

Claudio Contador

Francisco Galiza

Joel Gomes

José Americo Peón de Sá

Lauro Vieira de Faria

Lúcio Antônio Marques

Moacyr Lamha Filho

Nelson Victor Le Cocq d'Oliveira

Paulo Marraccini

Ricardo Bechara Santos

Roberto L. M. Castro

Sergio Viola

Capa

Ronny Martins

ronny@funenseg.org.br

Diagramação

Info Action Editoração Eletrônica

Revisão

Thais Chaves Ferraz

Tiragem: 50 exemplares

Uma publicação da Diretoria de Pesquisa e Desenvolvimento Núcleo de Publicações publicacao@funenseg.org.br

O trabalho publicado nesta edição é de responsabilidade do autor e não reflete, necessariamente, a opinião da Funenseg.

Permitida a citação, total ou parcial, do texto publicado nesta edição, desde que identificada a fonte.

Virginia Thomé – CRB-7/3242

Responsável pela elaboração da ficha catalográfica

R495f Rito, Fernanda Paes Leme Peyneau

Função social nos contratos de seguro: a nova ordem contratual e sua implicação para os contratos de seguro à luz do CDC e do Código Civil / Fernanda Paes Leme Peyneau Rito. – Rio de Janeiro: Funenseg, 2010.

30 p.; 28 cm (Estudos Funenseg, n. 23)

1. Seguro – Estudos e pesquisas. 2. Seguro – Contrato de seguro – Estudos e pesquisas. 3. Contrato de seguro e Código de Defesa do Consumidor – Estudos e pesquisas. I. Título. II. Série.

0010-0915

CDU 368.

Sumário

Resumo	5
Summary	7
Considerações Iniciais: Teoria Contratual em Perspectiva Dinâmica.	9
Liberdade × Igualdade	12
Da Autonomia da Vontade à Autonomia Privada: Implicações nas	
Relações Patrimoniais.....	12
Da Igualdade no Contrato	13
Diálogo entre CC e CDC: Implicações no Contrato de Seguro	16
A Função Social do Contrato de Seguro	18
Princípio da Função Social e Funcionalização das Estruturas Jurídicas	18
Função Social do Contrato de Seguro, segundo o Código Civil e a	
Interpretação Recente dos Tribunais.....	21
Conclusão	27
Referências Bibliográficas	27

O tema função social ganhou acendrado relevo nos últimos anos em decorrência, principalmente, da cláusula geral positivada no artigo 421 do Código Civil de 2002. Entretanto, não se trata de novidade na ordem jurídica brasileira, já que o tema foi introduzido no ordenamento pela Constituição de 1934.

Em relação ao contrato de seguro propriamente dito, pode-se afirmar que a função social está de tal forma atrelada aos pactos dessa natureza que é impossível dissociar o surgimento do contrato de seguro do seu fim social.

Dentre os elementos fundamentais do contrato de seguro, cita-se o risco e a mutualidade. O risco, enquanto probabilidade de dano, é o elemento material do contrato de seguro, é a sua razão fundante. Já a mutualidade foi a forma socialmente desenvolvida para minimizar as consequências do dano, ou seja, da concretização do risco, tornando-o o suportável. Eis a função social, embrionariamente relacionada ao contrato de seguro.

Atualmente, a função social do contrato de seguro não se relaciona apenas ao mutualismo. Vai além, implicando a própria legitimidade do pacto, de tal forma que se afirma, veementemente, inexistir um contrato de seguro dissociado de sua função social.

Nesse contexto, o presente estudo tem como objetivo principal analisar o processo de funcionalização do contrato de seguro no ordenamento pátrio. A fim de lograr atingir tal objetivo, procedeu-se a uma análise dos princípios da liberdade e igualdade em uma democracia, assim como à descrição dos parâmetros de coexistência entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor e, por fim, desenvolveu-se um estudo específico acerca da função social em um contrato de seguro. Utilizou-se a metodologia civil-constitucional como paradigma interpretativo.

Summary

The theme social function has been in the limelight in the last few years mainly as a result of the general provision regarding social function in the contracts, which acquired a positive value in Article 421 of the 2002 Civil Code. However, “social function” is not new in the Brazilian legal order, since the subject was introduced into the legal order through the Constitution of 1934.

With respect to the insurance contract itself, one can say that the social function is so tied to agreements of this nature that it becomes impossible to dissociate the advent of the insurance contract from its social purpose.

Among the key elements of the insurance contract, risk and mutuality are worth mentioning. Risk, as the probability of damage, is the material element of the insurance contract. It is its founding reason. As for mutuality, it was a socially developed way to minimize the consequences of the damage, i.e. the concretization of the risk, so it becomes bearable. Here lies the social function, related to the insurance contract from its outset.

Currently, the social function of the insurance contract is not only related to mutualism. It goes further, having implications for the very legitimacy of the pact, to an extent that it can be vehemently stated that an insurance contract does not exist dissociated from its social function.

In this context, this study has as its main objective the analysis of the process whereby the insurance contract became functional in the national legal order. In order to achieve such goal, an analysis of the principles of freedom and equality in a democracy was undertaken, alongside a description of the parameters of coexistence between the Civil Code and the Consumer Protection Code. Finally, a specific study about the social function in an insurance contract was developed. The civil-constitutional methodology, as an interpretive paradigm, was used.

Considerações Iniciais: Teoria Contratual em Perspectiva Dinâmica

A análise da teoria contratual hoje requer como pressuposto primeiro e fundamental o abandono da ideia tradicional de imutabilidade da espécie. Entende-se, pois, que a teoria contratual deva ser apresentada em uma perspectiva dinâmica, fortemente atrelada à sua própria historicidade. Isto porque, ainda que os contornos legais dos contratos não tivessem sido alterados, a sociedade na qual florescem mudou, fazendo com que a aplicação e a interpretação dos mesmos ganhassem nova forma.

As afirmações supra decorrem do fato de que, apesar de o Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil terem positivado novos princípios e regras contratuais, a mudança de fundo deriva da Constituição de 1988 que, ao fundar o Estado Social de Direito, elegeu uma série de princípios e objetivos a serem perseguidos e concretizados díspares daqueles que vigoravam sob a égide do Estado Liberal, quando foi forjada a teoria contratual clássica.

Nesse novo contexto, o ordenamento passa a focar a pessoa em todos os seus substratos e necessidades, e não mais o indivíduo e suas querências singulares. Consequentemente, transita-se da liberdade individual, como dogma, para a solidariedade social, como fim.

Acredita-se, pois, que a concepção acerca dos contratos evoluiu em consonância com o próprio desenvolvimento das sociedades, acompanhando a ideologia de cada época. A título de ilustração, cita-se que desde o direito romano até o Código de Napoleão, promulgado em fins do século XVIII, havia clara distinção entre contrato e convenção, consistente em que esta última era o gênero do qual o contrato e o pacto eram espécies. Nessa época, segundo Venosa (2006, p.3), ainda que fossem conhecidos determinados contratos, a saber, dos contratos reais, verbais, literais e consensuais não foi desenvolvida uma teoria geral contratual. Afirma ainda o referido professor que os contratos tinham caráter consuetudinário, habitual e obrigatório.

Posteriormente, no Código francês, o contrato foi disciplinado como “mero instrumento para a aquisição da propriedade. O acordo de vontades representava, em realidade, uma garantia para os burgueses e para as classes proprietárias” (GONÇALVES, 2006, p.3). Insta ressaltar que o Código francês expressava os valores e interesses do Estado Liberal. Sobre essa questão, afirma o Professor Humberto Theodoro Júnior (2004, p.1):

“Na visão do Estado liberal, o contrato é instrumento de intercâmbio econômico entre os indivíduos, onde a vontade reina ampla e livremente. Salvo apenas pouquíssimas limitações de lei de ordem pública, é a autonomia da vontade que preside o destino e determina a força da convenção criada pelos contratantes”.

Assim, a teoria liberal dos contratos é norteadada por três princípios básicos: i) princípio da liberdade contratual, consistente em que a vontade das partes só é limitada por poucas normas de ordem pública; ii) princípio da obrigatoriedade do contrato (*pacta sunt servanda e lex inter parts*), que atribui força de lei às cláusulas convencionadas; e iii) princípio da relatividade das cláusulas contratuais, que limita às partes a força vinculante do contrato.

Em finais do século XIX e início do século XX, uma nova concepção de Estado Moderno se impõe, tendo como consequência a sobreposição do Estado Social de Direito sobre o Estado Liberal. Nesse contexto, passa-se a assegurar direitos outros além dos de liberdade e dos civis (patrimoniais).

A preocupação com os direitos sociais implicou uma ruptura com uma série de paradigmas, dentre os quais insere-se a questão contratual. A esse respeito, o Código Civil alemão, promulgado no final do século XIX¹, considerou o contrato como uma espécie de negócio jurídico, desvinculando-o da função de transferência da propriedade. O novo enquadramento jurídico dos contratos proposto pelo ordenamento alemão influenciou as codificações civilistas posteriores, inclusive a brasileira de 1916.

Sob a ótica do Estado Social de Direito, os princípios clássicos da teoria dos contratos foram mitigados pelo surgimento e supremacia de três novos princípios²: o princípio da boa-fé objetiva; o princípio do equilíbrio econômico; e o princípio da função social do contrato.

Temos, pois, que atualmente coexistem os princípios clássicos e os modernos, sendo essa coexistência muito bem explicada pelo Professor Caio Mário (2003, p. 13) nos seguintes termos:

“O que no momento ocorre, e o jurista não pode desprender-se das ideias dominantes no seu tempo, é a redução da liberdade de contratos em benefício da ordem pública, que na atualidade ganha acendrado reforço”.

Por todo o exposto, frisa-se que não há que se advogar a tese de um novo Direito Civil ou mesmo de uma nova ordem contratual. Defende-se a ideia de que a sociedade mudou e, com isso, impôs a evolução conceitual, interpretativa e principiológica do Direito Civil e, a reboque, do direito contratual. O Estado Social de Direito reconhece as desigualdades sociais e, em razão destas, não aceita mais a mera igualdade formal.

Em verdade, a busca pela igualdade substancial, assim como pela efetivação da proteção da dignidade da pessoa, implicou a necessidade de revisão do significado e abrangência da autonomia privada – e dos princípios decorrentes – na seara das relações jurídicas patrimoniais.

A análise do ordenamento jurídico, em especial da teoria contratual, sob uma perspectiva dinâmica, torna inócua a adjetivação (nova ou velha), como bem fundamenta Gustavo Tepedino (1999, p. 199-215):

“(…) Rompe com o caráter absoluto dos institutos jurídicos, obriga-nos a considerar sempre em mutação nossas categorias e teorias, todas historicamente condicionadas. E, sob este ponto de vista, nem mesmo precisaríamos recorrer ao adjetivo novo para qualificar a teoria contratual que floresce das relações de consumo, senão apenas para, em homenagem à retórica ou – vá lá – à didática, enfatizar as transformações ocorridas nesta mesma dogmática”.

¹ O Código Civil alemão entrou em vigor em 1º de janeiro de 1900.

² Em verdade, estes constituem cláusulas gerais do novo Código Civil brasileiro.

Consigna-se, pois, que a classificação da teoria contratual traduz-se supérflua. No entanto, reconhece-se a necessidade de uma nova metodologia interpretativa do ordenamento jurídico, metodologia essa decorrente de dois postulados essenciais, quais sejam, a unidade do ordenamento jurídico e a superioridade hierárquica da Constituição, cuja tábua axiológica vincula toda a legislação infraconstitucional.

Neste diapasão, verificou-se a eclosão do movimento neoconstitucionalista ou de constitucionalização do direito que, segundo a lição de Barroso (2007, p. 203-249), consiste em um processo associado ao efeito expansivo das normas constitucionais e que apresenta três marcos. O marco histórico coincide com a formação e consolidação do Estado Democrático de Direito ao longo das décadas finais do século XX, que no Brasil, identifica-se com o processo de redemocratização da década de 80, permitindo a reconstitucionalização do país, e é consagrado com a promulgação da Constituição de 1988. O marco filosófico do processo em voga é o pós-positivismo, que consagrou a força normativa dos valores sociais sintetizados nos princípios. Por fim, aponta o autor como marco técnico a efetivação da força normativa dos preceitos constitucionais, alcançada a partir de uma nova dogmática interpretativa.

Em suma, acredita-se que a utilização da metodologia civil-constitucional para a interpretação e aplicação das normas civilistas corresponda aos objetivos de solidariedade social e atenda efetivamente à tutela da pessoa, sem que para tal seja preciso traçar fronteiras entre um novo e um velho Direito Civil, principalmente porque tal discussão afasta-se das reais necessidades da sociedade.

Sob a abordagem civil-constitucional, a teoria dos contratos recebe uma releitura, baseada em uma nova dogmática que refuta o conhecimento de sistemas binários e que, ao reconhecer o deslocamento dos princípios do Direito Civil para a Constituição da República, impõe uma nova hermenêutica guiada, limitada e legitimada pelos princípios e diretrizes constitucionais. Nesse contexto, ganha relevo a funcionalização dos institutos de Direito Civil, dentre eles o contrato.

Assim, o presente estudo tem por objetivo analisar a funcionalização do contrato de seguro, tanto em termos positivos, ou seja, conforme previsões legislativas expressas no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, como na interpretação dos tribunais.

A fim de alcançar o objetivo proposto, o presente estudo encontra-se dividido em três seções, contando ainda com as considerações iniciais acima esposadas, com uma síntese das ideias e apreensões centrais a título de conclusão e com as referências bibliográficas apresentadas ao final.

A primeira seção analisa a tensão, característica nas democracias modernas, entre liberdade e igualdade, com especial atenção para as alterações sofridas pela autonomia privada, assim como a concretização do princípio da igualdade nas relações contratuais, notadamente nas securitárias.

Na segunda seção são traçados os parâmetros de coexistência entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, e a terceira seção trata especificamente da função social do contrato de seguro.

Liberdade × Igualdade

Da Autonomia da Vontade à Autonomia Privada: Implicações nas Relações Patrimoniais

Conforme já defendido na seção anterior, não há que se tentar classificar categoricamente a teoria contratual em nova ou velha. Fundamental é compreender as transformações sofridas pela autonomia e as implicações destas na inter-relação entre os princípios contratuais.

A primeira ressalva a ser feita diz respeito à própria expressão “autonomia privada”, em contraposição com a “autonomia da vontade”, esta última concebida nas codificações do século XIX. A rigor, autonomia da vontade é associada ao voluntarismo jurídico, podendo ser sintetizada como uma construção ideológica do século XIX em oposição aos excessos do liberalismo econômico.

Já a autonomia privada, na lição de Pietro Perlingieri (2007, p 17) é:

“O poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas (...) como consequência de comportamentos (...) livremente assumidos”.

Tepedino afirma que a autonomia da vontade, modernamente, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, sofreu profundas alterações nos aspectos subjetivo, objetivo e formal. Tais alterações refletem a concepção atual de que a autonomia não é um valor em si, o que implica o juízo de merecimento do ato.

A mudança essencial sofrida pela autonomia privada em seu aspecto subjetivo diz respeito ao destaque dado ao personalismo jurídico, ou seja, ao ordenamento passa a interessar a pessoa concretamente considerada, e não mais o sujeito abstrato. Nesse contexto, a preocupação central do ordenamento jurídico volta-se para as diferenças que inferiorizam e/ou vulnerabilizam a pessoa.

No aspecto objetivo, por seu turno, verifica-se a prevalência dos interesses existenciais sobre os patrimoniais e, por fim, observa-se que o aspecto formal é alterado, na medida em que a forma dos atos jurídicos visa a assegurar, em primeiro, os interesses socialmente relevantes.

Em apertada síntese, conclui-se que a transição da autonomia da vontade para autonomia privada é decorrência lógica e necessária da nova ordem constitucional, cuja tábua de valores se irradia por todo ordenamento, como não poderia deixar de ser, já que, como leciona o professor Pietro Perlingieri (2007, p. 17), a autonomia privada não pode ser determinada em abstrato; ao revés, é relativa ao ordenamento jurídico no qual se expressa e desenvolve, assim como às exigências de sua própria historicidade.

Em verdade, o pensamento jurídico evoluiu em direção a uma concepção social do contrato, afastando-se do modelo liberal fundado pelo individualismo filosófico característico do liberalismo econômico prevalente nos séculos XVIII e XIX. À época, a vontade figurava no centro dos contratos, de tal sorte que do voluntarismo jurídico decorreram o consensualismo e a força obrigatória dos contratos como regras. A percepção que se tinha corresponde à fórmula do utilitarismo: acreditava-se que a satisfação do interesse geral equivalia ao somatório dos interesses individuais. Assim, nem o legislador nem o juiz deveriam intervir na avença.

Tal pensamento foi sendo desconstruído ao longo do século XIX e gradativamente ultrapassado nas primeiras décadas do século XX. Ainda que a Alemanha tenha iniciado um movimento incorporador de princípios sociais no ordenamento civilista há mais de um século, a maioria dos países que seguiram essa linha o fizeram, sobretudo, no pós-segunda guerra mundial. Alguns fatores explicam a concepção moderna.

Inicialmente, como consequência direta da grande depressão econômica que assolou o mundo moderno na primeira metade do século XX, surge a percepção de que o modelo liberal puro não seria capaz de frear o avanço do socialismo. Assim, nos anos de guerra fria, os países capitalistas adotam o modelo do bem-estar social, assegurando direitos sociais aos cidadãos.

Ademais, a teoria econômica smithiana, que já havia demonstrado toda a sua fragilidade, é abandonada, cedendo lugar para o modelo keynesiano, mais preocupado e atento às questões sociais, especialmente a do emprego. Neste diapasão, a teoria de Nash, consistente, em termos muito sintéticos e modestos, a uma formulação matemática comprovadora de que a cooperação entre as partes, ao invés da feroz concorrência, era mais eficiente para gerar o desenvolvimento econômico, passa a ser adotada por grandes empresas norte-americanas, chamando a atenção dos governantes.

Por fim, o modelo neoliberal tenta adequar os interesses do mercado com as necessidades e anseios sociais, buscando um difícil equilíbrio. Nesse contexto são incorporados princípios norteadores das relações entre privados e entre o público e o privado. Há uma ruptura do modelo calcado tão-somente na legalidade, no sentido de que, atualmente, verifica-se a supremacia da legitimidade, ou seja, da observância dos valores e princípios sociais, sobre a legalidade, que é a observância das leis e das regras.

No Brasil, os princípios da solidariedade social (Art. 3º, I, CF), do valor social da livre iniciativa (Art. 1º, IV, CF), da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF) e da igualdade substancial (Art. 3º, III, CF) anunciavam os novos tempos que se iniciariam após a promulgação da Constituição de 1988. Apenas dois anos depois, o Código de Defesa do Consumidor marca pontualmente a mudança de orientação nas relações patrimoniais, e, finalmente, com o advento do Novo Código Civil, tornaram-se inexoráveis a concepção, limite e fim social impostos às relações privadas patrimoniais, ou seja, aos contratos em todas as suas espécies.

Assim, nos tempos atuais, a alteração no pensamento jurídico, em resposta ao novo modelo social, permitiu, quiçá impôs, o surgimento dos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social, que passam a coexistir com os princípios da liberdade contratual, da obrigatoriedade do contrato e da relatividade das cláusulas contratuais. Tais princípios aplicam-se às relações consumeristas e paritárias, como não poderia deixar de ser, na medida em que o ordenamento jurídico é uno, não havendo por que se falar em microssistemas.

Da Igualdade no Contrato

Dentre as críticas que emergem contra a desconstrução teórica da autonomia como dogma e valor em si, há a que repousa na tese de que a autonomia privada asseguraria a igualdade formal entre as partes envolvidas.

Ocorre que a igualdade formal não satisfaz os objetivos de igualdade³ de um Estado Social que busca, para além desta, a igualdade substancial entre as partes, fim este evidenciado especialmente na legislação social e intervencionista, sempre a privilegiar a parte mais frágil das relações.

O reconhecimento de que a igualdade formal não responde aos anseios de justiça social das democracias modernas implica a existência de uma desigualação permitida que, por seu turno, para ser efetivada, requer a limitação da liberdade. Estabelece-se, pois, uma tensão entre liberdade e igualdade, postulados do constitucionalismo dos Estados democráticos. Assim, os conceitos são relativizados e atuam limitando um ao outro reciprocamente, sendo tal limitação estabelecida em concreto.

No âmbito contratual, sendo uma das partes vulnerável, o princípio da igualdade deve limitar o da liberdade, a fim de alcançar a justiça. Deve-se assegurar a reciprocidade das prestações, o sinalagma contratual e a equivalência entre elas.

Ruy Rosado Aguiar Junior (2008), ao analisar a questão em comento, identifica quatro fases de igualdade no contrato: i) primeira fase pré-contratual; ii) segunda fase de elaboração do contrato; iii) terceira fase de execução do contrato; e iv) quarta fase de extinção do contrato. As proposições do douto magistrado serão utilizadas como referencial teórico para a análise da igualdade em um contrato de seguro. *Data vênia*, as quatro fases enumeradas serão reagrupadas em duas: pré-contratual e contratual.

A primeira fase de igualdade em um contrato de seguro, ou seja, a fase pré-contratual, depende da paridade na escolha do contratante, do momento de contratar, do tipo de contrato e do seu conteúdo.

Em regra, a escolha do cocontratante, assim como do momento de contratar, em um contrato de seguro, não é limitada para nenhuma das partes. Entretanto, reconhece-se a possibilidade de o contrato de seguro fazer parte de uma rede contratual que obrigue a celebração da nova avença com uma parte predeterminada. Ademais, o contrato de seguro, quanto à sua existência, pode ser principal, acessório ou derivado, sendo que as duas últimas hipóteses permitem a limitação do direito de escolha do outro contratante.

A título de ilustração, um seguro de vida (e/ou um seguro saúde) assumirá um caráter acessório quando sua existência estiver subordinada a um contrato principal, como no caso de estar inserido na política de pessoal de determinada empresa, decorrendo, pois, do contrato de trabalho.

Já na escolha do tipo de contrato e, conseqüentemente, do seu conteúdo, há, obrigatoriamente, desigualdade na relação securitária já que se trata de um contrato de adesão, por força da conceituação legal disposta no artigo 54, caput, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

³ Ruy Rosado Aguiar Junior (2008) afirma que “no contrato, o princípio da igualdade formal – da igualdade frente à lei – consagrou verdadeiras desigualdades”.

O contrato de seguro é composto por cláusulas previamente aprovadas pelo órgão supervisor, estando, pois, inserido na primeira parte do conceito legal de contrato de adesão. Assim, o segurado aceita ou rejeita um conjunto de cláusulas previamente elaboradas pela seguradora, não havendo, assim, discussão entre as partes acerca do conteúdo disciplinador intrínseco⁴ da convenção.

Tepedino, Barboza e Moraes (2006, p. 562) afirmam que o contrato de seguro é de adesão em decorrência da sua natureza massificada e pela própria lógica dessa modalidade contratual, baseada no mutualismo, ou seja, na pulverização do risco entre os diversos contratantes.

A desigualdade no caso, ainda que permitida, deve ser amenizada com a disponibilização de informações claras sobre o negócio. A *posteriori*, também deve-se buscar a interpretação mais favorável ao aderente e o afastamento de cláusulas abusivas em casos de litígio.

Já a segunda fase da igualdade no contrato de seguro compreende a execução e a extinção do contrato. Nessa fase, a igualdade depende essencialmente da boa-fé dos envolvidos.

Assevera-se que o conceito ético-social da boa-fé é sobrelevado nos contratos de seguro, já que a celebração dos mesmos se funda precipuamente nas mútuas afirmações das partes contratantes. Sobre esse aspecto, Venosa afirma que a boa-fé no contrato de seguro é qualificada, ressaltando que se trata de “boa-fé estrita de ambas as partes, tendo em vista também as fases pré e pós-contratual” (VENOSA, 2006, p. 359).

O grande relevo da boa-fé na espécie contratual em estudo foi consagrado pelo legislador brasileiro, tanto no Código de 1916 quanto no atual, sendo certo que o Código de 2002 ampliou expressamente a imperiosidade da boa-fé, que passou a alcançar toda a fase executiva do contrato, nos termos do artigo 765:

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.

A título de ilustração, a boa-fé objetiva está implícita nos artigos 758 e 759 do Código Civil, obrigando a transparência e a informação no contrato de seguro. Complementarmente, o artigo 766 “estabelece sanção para o segurado que, mais do que violar os deveres anexos daquele princípio decorrentes (lealdade, transparência, etc), atua em má-fé subjetiva” (Tepedino, Barboza e Moraes, 2006, p. 573).

Na mesma linha de raciocínio, o artigo 768 dispõe que “o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”. Trata-se aqui do dever de boa-fé na execução do contrato, já que uma declaração verdadeira no momento da celebração não seria suficiente para assegurar o equilíbrio contratual se, no curso da avença, o segurado majorasse o risco segurado sem comunicar ao segurador. Cumpre destacar que o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça tem sido no sentido de que a agravação do risco só implicará a perda da garantia quando

⁴ A Superintendência de Seguros Privados estabelece regras gerais e autoriza planos padrão de seguro. Assim, dentro dos limites impostos pelo órgão fiscalizador, as seguradoras desenvolvem seus modelos contratuais de seguro.

comprovado que o segurado influenciou decisivamente a ocorrência do sinistro e diretamente no agravamento do risco⁵. Por fim, na extinção do contrato especificamente, a igualdade depende também da boa-fé, além de exigir processos corretivos na liberdade contratual.

Diálogo entre CC e CDC: Implicações no Contrato de Seguro

Dentre as diversas reações provocadas pela promulgação do Código Civil de 2002, foi suscitado um conflito aparente entre este e o Código de Defesa do Consumidor. Nesse contexto, Cláudia Lima Marques (2007) propõe um diálogo das fontes, no sentido de estabelecer uma aplicação coerente das leis.

A referida autora identifica três possíveis diálogos entre os Códigos Civil e Consumerista: i) diálogo sistemático de coerência, a permitir que uma lei sirva de base conceitual para a outra, quando da aplicação simultânea; ii) diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade que, como o próprio nome sugere, consiste na aplicação coordenada das duas leis, uma complementando a outra; e iii) diálogo de coordenação e adaptação sistemática, que vem a ser um diálogo de influências recíprocas.

A autora conclui afirmando que o modelo brasileiro de coexistência do Direito do Consumidor e do Código Civil é *sui generis*, já que a opção legislativa foi a de estabelecer um código para iguais e um código para diferentes, enquanto nos demais países da família romano-germânica a opção foi a de sistematização de ambas as disciplinas em um único diploma. Aduz:

“O novo Código Civil brasileiro de 2002 deseja ser, pois, um Código central e para iguais! (...) O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), cujo espírito e teologia estão ligados a um novo paradigma, o paradigma de diferença, da igualdade dos desiguais (...) Efetivamente, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) é um contraponto em relação ao campo de aplicação do Código Civil de 2002, pois prevê o tratamento especial dos diferentes ou vulneráveis caracterizados como consumidores”. (MARQUES, 2007, p. 82-83).

A autora considera o código consumerista como um microsistema, assim como acredita que o mesmo tenha hierarquia superior⁶ ao Código Civil, cabendo a este último uma atuação subsidiária.

Refuta-se veementemente essa concepção, devido ao fato de que o ordenamento jurídico é uno, não comportando, pois, microsistemas. Acredita-se que o Código Civil e o de Consumo devam ser considerados como diplomas complementares e, mais do que isso, como instrumentos para a promoção da solidariedade e do personalismo jurídico.

A legislação que irá disciplinar o caso concreto deverá resultar do procedimento de qualificação da relação jurídica, orientado pelo fim de assegurar a dignidade da pessoa, seja ela consumidora ou não.

⁵ REsp. 637.240/SC, rel. Min. Castro Filho, DJ de 11/09/2006 e REsp. 231.995/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 06/11/2000.

⁶ “Não deve surpreender, portanto, que o Código de Defesa do Consumidor tenha hierarquia superior, uma vez que todas as suas normas civis são de ordem pública, e de lei especial” (MARQUES, 2007, p. 57).

Tepecino (2005) leciona que a compatibilização das normas do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor é não só possível como imperiosa, em um ordenamento unitário. Entretanto, adverte ser necessário o estabelecimento de limites para a incidência de um e de outro diploma, devendo tais limites ser hábeis a diluir um possível conflito aparente de normas.

O ilustre professor avoca a vulnerabilidade⁷ como critério definidor da norma aplicável, no sentido de que, sempre que constatada a vulnerabilidade, seja ela técnica, jurídica ou econômica, para uma das partes contraentes em uma relação que envolva aquisição de bens e/ou serviços, indicada está a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

Ao enfrentar problemas suscitados pela coexistência de ambos os diplomas, conclui afirmando que “os confins interpretativos devem ser estabelecidos a partir não da topografia das definições legislativas, mas da diversidade axiológica dos bens jurídicos a que se pretende tutelar” (TEPEDINO, 2005, p. V).

Conclui-se, pois, que Código Civil e Código de Defesa do Consumidor são não-colidentes, cabendo ao critério da vulnerabilidade determinar quais dos diplomas deve incidir no caso concreto, após a qualificação da relação jurídica.

O contrato de seguro é disciplinado pelo Código Civil, sendo certo que a essa espécie contratual, quando inserida em uma relação de consumo, recaem as disposições de ordem pública, em defesa do consumidor. Ou seja, é um contrato típico e nominado, cuja regulamentação geral está prevista no Código Civil, ao mesmo tempo em que, por força de lei, é um contrato de consumo (Art. 3º, § 2º, CDC) e de adesão (Art. 54, *caput*, CDC).

Em termos genéricos, pode-se afirmar que a disciplina legal do contrato de seguro é complexa, visto ser composta por três diplomas principais – Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e Decreto-Lei 73, de 21/11/1966, além das normas expedidas pelo órgão fiscalizador –, que precisam ser harmonizados e compatibilizados, já que muitas vezes incidem simultaneamente. Assim, o contrato de seguro, além de observar a sua disciplina específica, deve também atender às exigências especiais, de tratamento diferenciado, concedidas ao consumidor.

Entretanto, tal complexidade é minimizada a partir da compreensão de que o Código Civil e o Decreto-Lei 73 disciplinam as regras específicas do contrato, enquanto o Código de Defesa do Consumidor regula a relação de consumo estabelecida entre segurado e segurador. Dito de outra forma, os dois primeiros diplomas determinam a forma do contrato de seguro enquanto o Código de Defesa do Consumidor impõe a funcionalização desse contrato a uma relação consumerista, na qual reconhece-se a condição de hipossuficiência do segurado.

⁷ Heloísa Helena Barbosa (2008) alerta que a vulnerabilidade é “característica ontológica de todos os seres vivos. Isto reforça a justificação da plena tutela geral (abstrata) da pessoa humana, ontologicamente vulnerável, não só nas relações econômicas como nas de consumo, mas em todas as suas relações, especialmente as de natureza existencial, e a tutela específica (concreta), de todos os que se encontrem em situação de desigualdade, por força de contingências (vulnerabilidade potencializada ou vulnerados), como forma de assegurar a igualdade e a liberdade, expressões por excelência da dignidade humana”.

A coexistência dos diplomas é um exemplo claro da tensão entre liberdade e igualdade, assim como dos procedimentos corretivos que um e outro sofrem e exercem. O Código Civil e o Decreto-Lei são o campo da liberdade, ou seja, as partes são livres para estabelecerem o seu pacto, respeitadas aquelas determinações caracterizadoras do próprio contrato. Já o Código de Defesa do Consumidor representa a intervenção estatal na liberdade das partes, a fim de assegurar uma igualdade substancial dos envolvidos.

A título de ilustração, o Código Civil e o Decreto-Lei 73 estipulam os direitos e deveres das partes no contrato, ao passo que o Código de Defesa do Consumidor os amplia, por se tratar de uma relação especialmente protegida (Art. 6º, CDC). Os primeiros, juntamente com as normas expedidas pelo órgão regulador, representam um leque aberto de possibilidades contratuais. O Código consumerista restringe tal leque, afastando cláusulas abusivas, disciplinando a publicidade e impondo a responsabilidade objetiva (ou seja, independente de culpa), do segurador.

Sobre o tema, insta transcrever a ementa do acórdão proferido em sede de apelação cível pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual rejeitou a possibilidade de o segurador resolver unilateralmente um contrato com base em cláusulas permissivas e em circulares da Superintendência de Seguros Privados:

“APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE SEGURO. RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO BASEADO EM CIRCULARES DA SUSEP. ABUSIVIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

O cancelamento imotivado de contrato de seguro, com base em cláusula contratual de não-renovação, bem como por conta de novas normas da SUSEP, coloca o consumidor em enorme desvantagem, porquanto, após manter relação contratual continuada, passa a ser obrigado a aderir à nova contratação, com diminuição das coberturas e aumento do prêmio.

Normas com hierarquia inferior não podem se sobrepor às normas civilistas da função social do contrato e do princípio da Boa-Fé.

Abusividade no cancelamento unilateral do contrato. Sentença mantida. Apelo desprovido.

(TJRS, Apelação Cível 2008.70026044628, Des.Romeu Marques Ribeiro Filho, j. 05/11/2008).”

A Função Social do Contrato de Seguro

Princípio da Função Social e Funcionalização das Estruturas Jurídicas

A mudança de orientação jus-filosófica do indivíduo para a pessoa concretamente considerada e da liberdade individual para a solidariedade social implicou mudanças sensíveis no princípio da autonomia, forjando novos contornos para as relações intersubjetivas, especialmente as patrimoniais, objeto do estudo.

Nesse contexto, afirma-se que foi só a partir do reconhecimento de que a vontade deixa de estar voltada para os fins individuais, com o advento do Estado Social de Direito, que se pôde falar em função social do contrato. Gama (2008) afirma que:

“Imbuído deste princípio (*função promocional do direito*), o Código Civil de 2002, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor e da própria Constituição, tem como paradigma a funcionalização do contrato como meio para balancear os interesses individuais e sociais”.

Ainda que o tema função social tenha sido introduzido no ordenamento jurídico pátrio na Constituição de 1934⁸, à época relacionava-se à função social da propriedade, traduzindo-se em postulado metajurídico, atrelado à função econômico-social das trocas. O instituto ganhou relevo com a promulgação do novo Código Civil, ao determinar, em seu artigo 421, que a liberdade de contratar tem que ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Em que pese divergir a doutrina acerca do conteúdo e alcance da função social do contrato, o próprio legislador conferiu ao instituto status de preceito de ordem pública, ao dispor, no parágrafo único do artigo 2.035, que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. Ademais, dentre os principais posicionamentos parece existir um núcleo comum, que pode ser representado pela seguinte consideração do Professor Pietro Perlingieri (2008, p. 940):

“Em um sistema inspirado pela solidariedade política, econômica e social e pelo pleno desenvolvimento das pessoas, o conteúdo da função social assume um papel promocional”.

Existe certo consenso de que a função social é uma espécie de critério de controle de legitimidade da liberdade contratual. Entretanto, como já mencionado, diverge a doutrina acerca do conteúdo e alcance do princípio em voga. Nesse cenário, emergem três posicionamentos principais.

Inicialmente, há quem sustente que a função social do contrato não possui eficácia jurídica autônoma, ou seja, não pode ser diretamente aplicada às relações. Humberto Theodoro Júnior (2004), expoente de tal entendimento, constrói a sua tese a partir da visão de que a função social (assim como a boa-fé) é um elemento estranho que em razão dos anseios sociais foi introduzido ao instituto, não fazendo, pois, parte integrante de sua natureza, mas sim, um adicional à sua função primeira, que é a econômica⁹.

Ademais, no compreender do referido professor, a ausência de disciplina específica por iniciativa do legislador impõe que a eficácia do instituto dependa de outros princípios, o que significa uma aplicação subsidiária, como depreende-se da seguinte afirmação:

“Convém registrar que a lei prevê a função social do contrato, mas não a disciplina sistemática ou especificamente. Cabe à doutrina e à jurisprudência pesquisar sua presença difusa dentro do ordenamento jurídico e, sobretudo, dentro dos princípios informativos da ordem econômica e social traçada pela constituição”. (p. 95).

Já para uma segunda corrente, a função social, como expressão do valor social das relações, teria dupla eficácia: externa, de proteção aos interesses extracontratuais, e interna, de atender aos interesses privados dos contratantes.

⁸ Artigo 17. É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido **contra o interesse social** ou coletivo, na forma que a lei determinar.

⁹ “Primeiro, portanto, tem de reconhecer-se a função natural e específica do instituto jurídico dentro da vida social; depois é que se pode pensar em limites dessa natural e necessária função” (THEODORO JUNIOR, 2004, p. 101).

Neste sentido, Gama (2008, p. 383-386) assevera:

“O princípio da função social do contrato determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais (...) Dessa forma, a função social não é simples limite externo ou negativo à autonomia privada, mas limite positivo, além de determinação do conteúdo da liberdade de contratos”.

Sob este prisma, em seu aspecto interno, a função social estaria relacionada à autonomia privada que, em virtude das transformações sofridas, para ser merecedora de tutela, tem que, obrigatoriamente, estar vinculada à produção de efeitos socialmente úteis. Já em seu aspecto externo, relacionar-se-ia à oponibilidade a terceiros estranhos à avença. Sobre esse aspecto, Negreiros (2006), filiando-se à corrente em comento, propõe ampla análise da relativização do princípio da relatividade contratual em decorrência da funcionalização, conferindo especial destaque ao terceiro cúmplice em um caso de descumprimento contratual.

Por fim, há um terceiro entendimento no sentido de que a função social consiste tão-somente em elemento interno do contrato. Neste sentido, Tepedino (2008, p. 402) leciona:

“É a função social que permite que o controle social não se limite ao exame das estruturas ou tipos abstratamente considerados (...), dando lugar ao exame de merecimento de tutela do tipo em concreto (...) Por isso, a função consiste em elemento interno e razão justificativa da autonomia privada”.

Consigna-se que, independentemente da determinação do conteúdo e alcance da função social do contrato, esta se relaciona diretamente com o fenômeno de funcionalização das estruturas jurídicas, segundo o qual o interesse do titular tem que ser merecedor de tutela, o que ocorre, em termos genéricos, quando atende também aos interesses da coletividade.

A funcionalização dos institutos de direito civil é decorrência lógica do processo de constitucionalização do direito e implica que a legitimidade e validade dos institutos dependam da causa¹⁰ que os originou, assim como dos efeitos que gera. Já a funcionalização do contrato visa a precipuamente identificar os efeitos e objetivos ou causa dos contratos. Konder (2006, p. 32) explica que “a funcionalização significa, no exame de um fato jurídico, privilegiar o perfil funcional – os efeitos buscados, o fim almejado – em detrimento do perfil meramente estrutural”.

Perlingieri (2007) leciona que todas as situações jurídicas subjetivas são compostas por dois aspectos, um estrutural, representativo da estrutura de poder conferida ao titular da situação jurídica subjetiva, e um funcional, que vem a ser a expressão da finalidade prático-social daquela mesma situação jurídica subjetiva e condicionante do aspecto estrutural.

¹⁰ A causa não foi expressamente elencada pelo ordenamento civilista pátrio como requisito do negócio jurídico. Entretanto, encontra-se implicitamente na vedação do objeto ilícito, assim como no sobrelevo recebido pela boa-fé dos contraentes, que é objetiva, assim como na função social do contrato.

Afirma a melhor doutrina que há uma relativização da relatividade contratual como resposta ao reconhecimento de que o contrato não é uma abstração jurídica afeta apenas às partes contraentes, mas sim um instrumento que gera externalidades para a sociedade na qual se desenvolve, devendo, pois, ser um meio de efetivação dos fundamentos e valores constitucionais.

Sobre o tema, insta transcrever a lição de Konder (2006, p. 8):

“A complexidade dos negócios contemporâneos alia-se a uma nova valoração do fenômeno contratual, demandando a superação do modelo que observava o contrato como um acontecimento isolado de interferências externas, e igualmente incapaz de surtir efeitos para além das partes contratantes. A declarada função social do contrato impõe reconhecê-lo como um evento inserido em um contexto social e capaz de sofrer interferências dos demais negócios que o cercam, assim como apto a neles causar perturbações”.

Função Social do Contrato de Seguro, segundo o Código Civil e a Interpretação Recente dos Tribunais

A função social é observada no Código Civil de 2002 em diversos dispositivos específicos sobre o contrato de seguro, dos quais serão analisados os principais.

- **Interesse Legítimo como Fundamento do Contrato de Seguro**

O artigo 757 inaugura o capítulo do seguro, trazendo o interesse legítimo como fundamento de todo e qualquer contrato de seguro. A expressão interesse legítimo aponta o reconhecimento da causa desse contrato. Em outros termos, poderá ser segurável todo e qualquer interesse funcionalizado, ou seja, em consonância com os valores ético-sociais.

Corroborando a tese acima esposada, o artigo 762 determina a nulidade do contrato que visar a garantir o risco proveniente de ato doloso do segurado. Explicam Tepedino, Barboza e Moraes (2006, p. 569) que “o problema se situa na ilicitude do objeto e no desvio do contrato dos seus fins econômicos e sociais, os quais induzem a nulidade do ato”.

Ocorre que o ato doloso retira a incerteza, elemento essencial do contrato de seguro. Assim, além de desvirtuar o contrato, seria atentatório à ordem pública tal avença. O fim do contrato seria o locupletamento, que é vedado. Ademais, a garantia do risco proveniente de ato doloso do segurado, beneficiário ou do representante de um ou de outro repercutiria negativamente na esfera de terceiros componentes da base mutuária do seguro.

É cediço dentre os estudiosos da ciência securitária que mutualismo é um dos princípios fundamentais que constitui a base de toda a operação de seguro. Em outros termos, consiste em uma solidariedade entre os participantes do seguro, representada pela repartição do risco, o que possibilita um equilíbrio entre as prestações e as contraprestações. Sobre esse aspecto, Alvim (2007, p. 33) assevera que:

“Não se pode dar guarida ao ato doloso, que é uma das formas do ato ilícito, porque ele envolve um ato intencional com o objetivo de causar danos, não compadecendo, por isso, com a ordem pública”.

- **Mora**

A interpretação dada pelos tribunais ao artigo 763 do Código Civil, que dispõe sobre a mora no pagamento do prêmio, evidencia a funcionalização do contrato de seguro.

Preceitua o artigo 763 que “não terá direito à indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação”. A interpretação literal do dispositivo leva a crer que havendo mora, não haverá indenização. Entretanto, há de se proceder a uma interpretação funcionalizada da norma e consoante com os artigos 187 e 244 do Código Civil, e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Em verdade, o artigo 763 já vem sendo interpretado e aplicado pelos tribunais no sentido de que o inadimplemento suspende a exigência da indenização, não autorizando, contudo, o cancelamento automático do seguro¹¹, restando a possibilidade de exigir a indenização pautada no adimplemento substancial.

A função social do contrato de seguro é também verificada no que diz respeito à mora do segurador em pagar o sinistro que, uma vez constatada, obriga à atualização monetária, com incidência dos juros (artigo 772, Código Civil). O pagamento célere da indenização é imposição da própria finalidade do seguro, visto ser o que possibilita ao segurado e/ou beneficiário recompor o equilíbrio quebrado com o acontecimento do sinistro.

- **Ação direta do lesado face à seguradora**

A legitimidade ativa da vítima do segurado para propor ação direta face à seguradora gerou acirradas discussões doutrinárias, em torno da função social do contrato e da relatividade contratual.

O enunciado 21 do Conselho de Justiça Federal preconiza que a função social do contrato impõe “a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”. Tal relativização a favor da tutela externa do crédito em relação ao contrato de seguro de responsabilidade civil foi recentemente pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça.

O Código Civil prevê o contrato de seguro de responsabilidade facultativo e o obrigatório. No que diz respeito a esta última modalidade, a dicção do artigo 788 não permite restar dúvidas: nestes, a indenização por sinistro “será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado”.

No entanto, em relação ao seguro facultativo de responsabilidade civil emergiram divergências quanto à legitimidade ativa do lesado em demandar indenização face à seguradora diretamente. Os que defendem a ilegitimidade da vítima utilizam o argumento de que o terceiro ofendido é estranho à relação, ao passo que aqueles que entendem ser o terceiro ofendido parte legítima sustentam que o seguro de responsabilidade civil consiste em uma estipulação em favor de terceiro.

¹¹ A Segunda Seção do e. STJ, quando do julgamento do Resp 316.449/SP, decidiu que o simples atraso não implica suspensão ou cancelamento automático do contrato de seguro, sendo necessária, ao menos, a interpelação do segurado, comunicando a suspensão dos efeitos da avença enquanto durar a mora.

Alvim (2007, p. 143) ressalta:

“A ação direta contra o segurador satisfaz os interesses dos litigantes, não sobrecarrega a justiça com mais de uma ação para resolver o caso e comprova a função social da instituição do seguro, particularmente o de responsabilidade civil”.

Embora a questão da relativização da relatividade dos efeitos contratuais tenha ganho relevo após a promulgação do novo Código Civil, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em julgado de junho de 1999¹², evocando a função social do contrato, decidiu pela procedência da ação indenizatória ajuizada pela vítima do segurado face à seguradora diretamente. Insta transcrever trechos essenciais da decisão:

“Pela inafastável função social que o seguro encerra nos dias atuais (...), há que se admitir o ajuizamento da ação de ressarcimento de danos diretamente contra o proprietário do automotor causador do acidente, como também contra a seguradora, circunscrita a responsabilidade desta às lindes do contrato de seguro (...) De fato, não se ignora o princípio de direito civil segundo o qual o contrato, em regra, só produz efeitos entre as partes nele avençadas. Menciona-se de regra, porquanto, no caso vertente, há que se abrir uma relevantíssima exceção (...) A função social do seguro é, pois, o fundamento primordial e inafastável para o agasalhamento da tese tendente a viabilizar, em juízo, em caso de seguro facultativo, o acionamento direto da seguradora, para, nos limites do contrato, de modo solidário com o segurado, ser satisfeita a indenização pertinente”.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, com base no princípio constitucional da solidariedade social e no princípio da função social do contrato, firmou posição no mesmo sentido, ou seja, reconheceu a legitimidade ativa do lesado para demandar diretamente à seguradora, mesmo no caso de seguro facultativo.

O voto¹³ do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, relator de recurso especial julgado em 2001 sobre o tema em comento, elucida a questão nos seguintes termos:

“A visão preconizada nestes precedentes abraça o princípio constitucional da solidariedade (Art. 3, I, da CF), em que se assenta o princípio da função social do contrato (...) De fato, a interpretação do contrato de seguro dentro desta perspectiva social autoriza e recomenda que a indenização prevista para reparar os danos causados pelo segurado a terceiro seja por este diretamente

¹² TJSC, Agravo de Instrumento 99.004.384-3 (Araquá), 4ª CC. Rel. Des. Pedro Manoel Abreu, 30/06/1999.

¹³ Tal entendimento foi também consagrado no voto da Ministra Nancy Andrighi, no REsp 444.716-BA, 3ª T, v.u., j. 11/05/04. Entendimento análogo foi empregado em ação de cobrança impetrada por beneficiário diretamente contra o plano de saúde contratado pelo empregador, cuja ementa transcreve-se:
COBRANÇA. CONTRATO DE SEGURO. REEMBOLSO DE DESPESAS.
Pode o beneficiário de plano de saúde contratado pelo empregador em benefício de seus empregados demandar diretamente contra a empresa gestora do plano. Uma das aplicações práticas do princípio da função social do contrato, ora positivado no novo Código Civil (art. 421), consiste justamente na flexibilização do clássico princípio da relatividade dos contratos (...). (TJRS, Recurso Inominado 71001625458 (Porto Alegre), 3ª T, JEC, v.u., j. 26/08/2008.

reclamada da seguradora. Assim, sem se afrontar a liberdade contratual das partes – as quais quiseram estipular uma cobertura para a hipótese de danos a terceiros –, maximiza-se a eficácia social do contrato com a simplificação dos meios jurídicos pelos quais o prejudicado pode haver a reparação que lhe é devida”.

- **Valor do Interesse Segurado**

O valor do interesse segurado pode ou não sofrer limites de acordo com a natureza do objeto segurado que, por seu turno, indica a finalidade do contrato e, mais precisamente, a sua funcionalização.

Assim, em um contrato de seguro de dano, como o valor do interesse segurado visa a compensar o dano patrimonial suportado pelo segurado em decorrência da perda da coisa, o valor do seguro não pode ultrapassar o valor da coisa segurada. Complementarmente, se o segurado contratar novo seguro sobre a coisa, tal limite fica sendo mantido, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa. Alvim (2007, p. 120) entende que “a nova contratação, garantindo o mesmo risco, provoca, a nosso ver, o perecimento do contrato anterior na parte em que a soma dos valores ultrapassar o valor do interesse segurado”.

Em decorrência do caráter indenizatório do seguro de dano, o segurador pode sub-rogar-se, ou seja, substituir o segurado nos seus direitos e ações contra o responsável pela verificação do risco previsto no contrato.

De outra sorte, o seguro de pessoas tem caráter compensatório, não havendo, pois, limite para o valor contratado. O seguro de pessoas tem por objetivo minimizar alguma situação fática que atinja diretamente a pessoa, ou seja, visa a “beneficiar a vida e as faculdades humanas” (GONÇALVES, 2006, p. 491). Por ser despido de caráter indenizatório, o seguro de pessoas não se sujeita a nenhum teto, sendo contratado segundo a vontade e as possibilidades de cada um, sendo inclusive, nos termos do artigo 789 do Código Civil, facultado ao segurado contratar quantos seguros lhe convier.

O caráter compensatório do seguro de pessoas implica a sua não-submissão a um teto limitando o valor segurado, assim como impede a sub-rogação do segurador (artigo 800, Código Civil).

- **Beneficiário**

No que diz respeito ao beneficiário no seguro de vida, nos termos do artigo 791 do Código Civil este poderá ser substituído, salvo se o segurado tiver renunciado a essa faculdade ou se o seguro tiver como causa declarada a garantia de alguma obrigação. Nessa última hipótese, a impossibilidade de substituição do beneficiário é expressão da relativização da relatividade do contrato, já que o beneficiário não é terceiro estranho ao contrato, de tal sorte que sua substituição culminaria com a própria finalidade do mesmo, que é a de garantia de outra obrigação previamente assumida pelo segurado.

Ressalta-se que a validade da estipulação do companheiro como beneficiário deriva da funcionalização deste contrato à tábua axiológica da Constituição, que reconhece a união entre um homem e uma mulher com objetivos de constituir família, como entidade familiar.

- **Revisão contratual**

Os artigos 770 e 772 são implicitamente norteados pela função social do contrato, na medida em que buscam o equilíbrio econômico da avença. Nestes termos, se houver considerável redução no risco, o segurado poderá exigir a revisão do prêmio que, em última instância, estará acarretando onerosidade excessiva.

- **Renovação do Contrato de Seguro**

Questão bastante recorrente nos tribunais diz respeito à renovação do contrato de seguro. Mais precisamente, a negativa das seguradoras em renovar, após longo período de relação negocial, os contratos.

Lides dessa natureza vêm sendo decididas no sentido do afastamento da cláusula permissiva de não-renovação (ou de resolução), por considerá-la abusiva face ao Código de Defesa do Consumidor e à função social do contrato.

Ocorre que, em regra, a seguradora expressa a sua intenção de não renovar o contrato quando o segurado passa a apresentar maiores probabilidades de sofrer o sinistro, como no caso julgado pela Terceira Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul em setembro de 2008¹⁴ – cujos trechos essenciais do voto do relator são aqui transcritos – no qual, após cerca de 20 anos de renovações automáticas, a seguradora se negou a dar continuidade ao contrato.

“A questão enfocada, qual seja, não-renovação dos contratos de seguro de vida após longo período de vigência e renovações automáticas contínuas revela-se prática abusiva em face da legislação consumerista, como também desconsidera o direito de envelhecer, o que vulnera princípio mais caro ainda, que é o da dignidade da pessoa humana. (...)

Justamente no momento em que o segurado mais precisa, ou seja, no período em que seu risco é maior, maliciosamente, utiliza-se a seguradora da cláusula que prevê a possibilidade de não-renovação automática para ver-se furtada a manter o vínculo negocial com o segurado. (...)

Eventual desequilíbrio econômico há de ser, em observância ao princípio da solidariedade, absorvido por toda a carteira de segurados, mas também pela própria seguradora. Se, por longo período houve o pagamento do prêmio e a observância de todos os requisitos exigidos, não pode o consumidor, simplesmente por ter atingido determinada idade, ser descartado, ainda mais quando, ao pagamento da indenização securitária, como no caso dos autos, já contribuiu com boa parcela do valor a ser pago”.

¹⁴ TJRS, Recurso Inominado 71001736701 (Porto Alegre), 3ª T, JEC, v.u., j. 09/09/2008.

Semelhante solução tem sido adotada em relação a alterações unilaterais por parte da seguradora, como condição para a renovação da avença, especialmente em relação ao valor do prêmio e à cobertura dos riscos, como verificado em ação coletiva de consumo interposta face à seguradora que negou a renovação automática do contrato, ofertando contratação alternativa, onde prêmio e cobertura seriam substancialmente alterados em desfavor dos consumidores. O Desembargador Leo Lima, relator do Agravo de Instrumento¹⁵ que enfrentou a questão, ressaltou:

“Ora, pelo que se observa dos documentos juntados (...), os segurados da agravante têm sido comunicados de que, com o encerramento do período de vigência do seguro, o contrato não será renovado com idênticas coberturas e valores, havendo proposta de contratação alternativa, com alteração quanto ao cálculo do prêmio, além da exclusão da cobertura de “invalidez permanente total por doença”.

Tal alteração unilateral, contudo, mostra-se abusiva, incidindo, na espécie, o disposto no art. 51, IV, do CDC, quanto mais que envolve contratos de trato sucessivo ou cativos de longa duração (fl. 121). Ademais, há que se privilegiar o princípio da boa-fé objetiva e atentar para o fim social do contrato que, nas circunstâncias, sobrepõem-se ao princípio da liberdade contratual e autonomia da vontade, como decorre dos arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do vigente Código Civil”.

Em suma, em todos os casos analisados, o princípio da função social do contrato é invocado para limitar a autonomia privada, no caso da seguradora, atuando tal funcionalização como instrumento de concretização do princípio da solidariedade social e tutela efetiva da dignidade da pessoa humana.

¹⁵ TJRS, Agravo de Instrumento 70023477995 (Porto Alegre), 5ª CC. Rel. Des. Leo Lima, 13/08/2008.

Conclusão

A função social do contrato e a boa-fé inserem-se no Código Civil não apenas como princípios, mas como cláusulas gerais supridoras e saneadoras de vícios, como dever de agir na celebração, execução e resolução de negócios jurídicos, como princípios interpretativos das leis e dos contratos, enfim, como verdadeiras fontes geradoras de direitos e obrigações.

A função social do contrato como cláusula geral tem o fim precípuo de descrever valores que devem orientar a relação contratual em todas as suas fases, exigindo determinados comportamentos dos contratantes, assim como de terceiros que com eles se relacionam. Decorre essencialmente dos princípios da eticidade e da socialidade adotados pelo Código Civil de 2002 e visa a regular o exercício dos direitos individuais de liberdade e autonomia, em conformidade com a solidariedade. Ademais, importa também na mitigação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato.

A funcionalização do contrato de seguro já é uma realidade no ordenamento jurídico pátrio, perceptível em diversos julgados que, evocando a função social do contrato, limitam a autonomia privada, a fim de concretizar os valores constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, cumpre ressaltar que a cláusula geral da função social do contrato não pode ser utilizada como um meio destrutivo da função natural do contrato, que é econômica e patrimonial. Assim, primeiramente, a função social do contrato não pode ser confundida com uma função assistencialista ou, em outros termos, deve-se ressaltar que a função social opera como um limite e não como uma meta a ser buscada pelos contratos.

Referências Bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais. **Revista de Direito Renovar**, n. 18, set./dez. 2000, p. 11-19.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O princípio da igualdade e o direito das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor RICARDO PEREIRA LIRA**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, p. 531-563.

ALVIM, Pedro. **O seguro e o novo Código Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ALVIM, Pedro. **Política brasileira de seguros**. SP: Manuais Técnicos de Seguros, 1980.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor RICARDO PEREIRA LIRA**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, p. 407-424.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: Souza Neto C.P. e Sarmento D. (coords.). **A constitucionalização do direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2007, p. 203-249.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito contratual contemporâneo: a função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor RICARDO PEREIRA LIRA**. Rio de Janeiro: Ed Renovar, 2008, p. 369-394.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. v. 3. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos Conexos**. Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo do direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: Cláudia Lima Marques (coord.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 17-86.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 2.ed, rev. amp. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: Souza Neto C.P. e Sarmiento D. (coords.). **A constitucionalização do direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2007, p. 435-454.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. v. 3. 28. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

SANTOS, Ricardo Bechara. **Direito de seguro no cotidiano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de direito civil**. v. 3. 11. ed. rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999, p. 199-215.

TEPEDINO, Gustavo. Editorial: Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 22. Rio de Janeiro: Padma, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Editorial: Dez anos de proteção ao consumidor. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 5. Rio de Janeiro: Ed. Padma, jan-mar. 2001, p. III-V.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento; In: Souza Neto C.P. e Sarmiento D. (coords.). **A constitucionalização do direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2007, p. 309-320.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor RICARDO PEREIRA LIRA**. Rio de Janeiro: Ed Renovar, 2008, p. 395 a 405.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena.; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. v. 2. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro. v. 6, n. 23, 2003, p. 145.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

TZIRULNIK, Ernesto. **O contrato de seguro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: contratos em espécie**. 6. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006.



ESCOLA NACIONAL de SEGUROS
FUNENSEG

A Escola Nacional de Seguros – FUNENSEG, é uma instituição voltada para o ensino e a pesquisa do seguro no Brasil. Dentro dessas frentes de atuação, oferece uma rede de produtos e serviços destinados à qualificação profissional, à evolução educacional e ao intercâmbio de experiências com as mais conceituadas instituições nacionais e internacionais da Área de Seguros. Presente com unidades regionais em 14 cidades, localizadas estrategicamente pelo país, a Escola atua no treinamento e formação de profissionais para o Mercado de Seguros. Sua missão consiste em acompanhar as necessidades do setor, tornando-se pólo de produção e disseminação do conhecimento em todo o território nacional. Agora que você conhece um pouco mais sobre o nosso trabalho, nos procure e venha entender porque somos a ESCOLA de SEGUROS do Brasil!

www.funenseg.org.br