

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua Santo Amaro, 316 - Centro - São Paulo - Brasil

Contato: editora@quartierlatin.art.br

www.quartierlatin.art.br

Coordenação editorial: Vinicius Vieira

Diagramação: Paula Passarelli

Revisão gramatical: José Ubiratan Ferraz Bueno,

André Ricardo Gomes de Jesus e Juliana Hass

Capa: Miro Issamu Sawada

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana – São Paulo : Quartier Latin, 2008.

ISBN 85-7674-348-5

1. Direitos Fundamentais. 2. Dignidade da Pessoa Humana. I. Título

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direitos Fundamentais

DIREITO AO SEGURO PRIVADO: DISCRIMINAÇÃO E AÇÃO AFIRMATIVA*

SUMÁRIO: Notas iniciais. Repensando as medidas de exclusão. O direito ao seguro é um direito humano? Limites do Direito à Recusa. Bibliografia.

Ernesto Tzirulnik 

Advogado

Presidente do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS

Professor da Escola de Direito de São Paulo – Fundação Getúlio Vargas

"A razão que faz com que a lei de seguros seja freqüentemente lida como um capítulo retirado de Alice no País das Maravilhas é a de que o contrato (apólice de seguro) é somente um dentre três fatores que convergem para balizar uma decisão entre segurado e segurador. O segundo fator é um acentuado ingrediente de ordem pública (...) Os Tribunais já há bom tempo vêm reconhecendo que o seguro é um dos maiores ingredientes no planejamento econômico de muitos indivíduos e empresas. (...) Por essas razões os tribunais e legisladores tendem a aplicar um fator de interesse público com mão pesada (...)." (JOHN F. DOBBYN).¹

NOTAS INICIAIS

Com muita honra recebemos do Doutor Marco Antônio Marques da Silva o convite para participar desta obra organizada pelo *Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* em comunhão com a *Academia Brasileira de Direito Criminal*, da qual é presidente, conjugando portugueses e brasileiros em torno de tema que certamente é o mais relevante entre todos, os direitos humanos.

Tentaremos construir nossa contribuição no campo do direito do seguro.

Ao sistematizarmos a compreensão do contrato de seguro sob o ponto de vista dos direitos humanos, logo advém a frustração de uma enorme lacuna em termos de preocupação com o bem estar do homem. A ligação entre o seguro e a promoção do homem está por ser construída.

Espanta, de modo particular, que isto se verifique com o contrato de seguro. Certamente nenhuma outra espécie de contrato mostra sua força, ou sua fraqueza, nos momentos de maior fragilidade humana. A compra e venda, a locação, o comodato, os arrendamentos mercantis etc., não colocam tanto em pauta as tragédias humanas individuais ou coletivas como o seguro. Nenhum é tão importante na hora em que a tragédia (necessidade) se abate sobre a pessoa humana. Já no seguro as fragilidades se escancaram sem maior pudor. Onde, mais facilmente, deveríamos encontrar a preocupação com a plenitude do homem, como instrumento de promoção do bem estar? Não é isto, porém, o que acontece.

Qualquer forma de pensar o seguro, considerando seu fim, deve levar em conta a necessidade de proteger as pessoas, de fornecer proteção, de pulverizar riscos. Se isto importa estruturar um contrato de forma justa e equilibrada, pressupõe antes um outro aspecto, o acesso do maior número possível de pessoas aos mecanismos do seguro.

Não basta que os contratantes encontrem um contrato de seguro equilibrado, que de resto é o mínimo indispensável, mas é também necessário que as pessoas tenham efetivo (e não apenas teórico) acesso a esta modalidade de contrato justo e equilibrado. Assim, a questão primeira é prévia ao conteúdo contratual: a inclusão no sistema de proteção propiciado pelo seguro.

O Direito da atualidade tem hoje, reconhecidamente, como valor primeiro e fundante a pessoa humana, sua valorização e plena realização. O direito volta-se à plena satisfação humana, inclusive o direito privado e, por conseguinte, os contratos que não podem ser desligados do ordenamento do qual tiram validade e eficácia. Dentre os contratos, obviamente, está o de seguro.

As atividades do sistema financeiro, e dentre elas a atividade securitária, não escapam a esta ordenação valorativa. Alias, o texto constitucional, como adiante destacaremos, coloca isto em claro relevo. Em solução conciliatória, abraçada pela Carta Magna, as empresas devem e podem perseguir seu lucro. Mas este deve ser balizado não apenas pelo respeito ao homem, como também orientar-se para o desenvolvimento do homem. O respeito é uma forma charmosa (quicá pedante) de ignorar, o que não é suficiente para o Direito. Não basta respeitar, é preciso promover. Este é o valor máximo, o norte magnético de todas as normas jurídicas.

* Contribuíram os doutores FLÁVIO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI e PAULO LUIZ DE TOLEDO PIZA.

1 *Insurance Law*. St. Paul: West Pub. Co., 1989, p. XIX.

Some-se esta subordinação de base constitucional à notada vocação do seguro para o amparo da pessoa humana e logo se conclui pela necessidade de uma revisão a fim de que o seguro possa preencher os espaços requeridos pela sociedade e induzidos pelo ordenamento.

A nossa era, e tantos já falaram mais e melhor disto, caracteriza-se pela insegurança fática; vive-se perigosamente como nunca dantes, com uma exposição cada vez maior a danos inevitáveis. Não há como trazer segurança material, fática, nem este é o campo de atuação da ciência jurídica. Instrumentos como a responsabilidade objetiva ou seguros e similares são técnicas que buscam ofertar segurança jurídica aos seres desprotegidos que somos cada vez mais. Mas, entre todos, só seguro desborda do jurídico e serve também como anteparo social e econômico para a promoção da pessoa humana com dignidade.

Isto, todavia, só se alcança de forma verdadeira com a universalização de um sistema de seguro, cujas dificuldades, não se desconhece, são imensas. Os sistemas de seguridade e previdência bem demonstram as dificuldades práticas destas universalizações.

O caminho para a perseguir, inegavelmente, é a ampliação da base segurada, onde o Brasil engatinha, como – infelizmente – o faz em quase todas as áreas propícias à inclusão sócio-econômica.

Seguro é a maneira técnica de repartir riscos entre as pessoas, de forma que possam elas proteger-se, preservando as utilidades econômicas que obtiveram. Os incluídos socialmente repartem os riscos nos seguros saúde, nos seguros patrimoniais e até mesmo nos aspectos patrimoniais dos seguros de pessoa. Outros são excluídos para não perturbar a base, com sua pouca participação no bolo e seus riscos estranhos de balas perdidas, quedas de motocicletas em dias úteis e coisas similares. São os hipossuficientes. Outros ainda se afastam da base porque podem suportar os riscos, os seguros lhe são insuficientes ou a imensidão patrimonial dilui naturalmente os riscos. São os hiperssuficientes. O seguro é aqui o espelho da sociedade injusta e excludente que se repete em todas as searas.

Segue o seguro sendo o campo dos aquinhoados suficientemente.

De forma muito assemelhada, por mais que à primeira vista estranha, isso se repete com os seguros empresariais. As pequenas e micro empresas, exatamente as mais necessitadas, são excluídas por falta de recursos ou de capacidade de contratar, ou por não se exporem aos riscos que interessem aos critérios de assegurabilidade das seguradoras. As empresas agigantadas têm dificuldade de alocar seus riscos em um mercado segurador de pouco porte e com concentração no resseguro, como o nosso. Seguem com o mercado, fundamentalmente, as empresas de médio porte, com capacidade para recolherem prêmios sobre riscos mais comuns e de mais fácil administração.

Os excluídos por hipossuficiência são duplamente excluídos: a) pela dificuldade em amealhar bens e b) porque devem correr isoladamente os riscos sobre seu parco patrimônio.

Quem tiver um mínimo de compreensão deste momento atual do Direito terá, desde logo, a certeza que este setor deve sofrer urgente revisão. A linha condutora do contrato de seguro não pode ser a de promover a derradeira exclusão.

Muito ao contrário. O contrato de seguro deve ser instrumento de justiça, de paz, de prosperidade, assegurando tranquilidade e conforto, não apenas aos que menos precisam, mas também aos que mais precisam, exatamente os menos desfavorecidos. Um exemplo retirado do caos urbano pode servir de ilustração do longo caminho que deve o seguro percorrer para encontrar a trilha certa e preencher seu papel com brilho. Nas grandes cidades brasileiras, congestionadas ao extremo por falta de planejamento e investimento, no tráfego urbano e nos transportes públicos, proliferam os “motoboys”, que levam documentos e encomendas em corridas alucinadas de um lado para outro das cidades. Muitas vezes estas encomendas, pertencentes a empresas, possuem seguro. O “motoboy” e seu instrumento de trabalho, a motocicleta, não. Se o problema se situa no risco, este risco pesa não só sobre o motorista e o veículo, mas também sobre a carga.

Um primeiro passo para o seguro é impedir as práticas de discriminação, ou seja, este “motoboy” não pode ser aliado de um sistema securitário, porque, retirados eufemismos e disfarces, é pobre e se arrisca, e arrisca sua motocicleta, para obter o sustento. Se o trabalho é dignificador da pessoa humana, não há como

se negar seguro aos instrumentos deste trabalho. Se a pessoa humana é o valor maior, a vida não pode ter seu seguro negado. Um ordenamento que veda a negativa pela prática de esporte (motociclismo, por exemplo), não pode com simetria de valores negar seguro a motociclista por trabalho, profissão de onde se retira a própria sobrevivência.

Se dentre os direitos humanos se incluem os socioeconômicos, o seguro do instrumento de trabalho não pode ser legitimamente refutado. Se deste instrumento se retira o sustento familiar, a proteção do ordenamento sobre ele é atraída irresistivelmente.

Uma constatação se faz necessária. A promoção da pessoa humana em matéria de seguros não exige nos seus primeiros passos malabarismos de criatividade. Não é necessário virar de ponta cabeça o instituto ou subverter as raízes do contrato, mas apenas dar vazão às potencialidades presentes no contrato e harmônicas com nosso ordenamento. São suficientes medidas que cheguem a este fim, sem os sobressaltos que sempre atormentam aqueles que têm medo do progresso.

Uma constatação das possibilidades inúmeras destas medidas pontuais é simples. Todos aqueles que diuturnamente lidam com seguros no Brasil sabem que as seguradoras do ramo de responsabilidade civil na maioria das vezes pagam as indenizações diretamente às vítimas, terceiros. Resistem, contudo, fortemente a uma interpretação das normas jurídicas que considerem isto um dever seu, optando por entender tal prática como mera liberalidade a seu arbítrio, o que faz, muitas vezes, que fiquem discutindo longamente a matéria nos tribunais.

Frente a um acidente, quem mais precisa de proteção é a vítima, atingida pelo evento, a sofrer imotivadamente as suas conseqüências. Por que não se proteger e amparar a pessoa humana que em concreto necessita de proteção? Se isto é pouco e, não obstante, pequeno, se depara com feroz resistência, bem se percebem as dificuldades criadas para qualquer mudança de postura.

Há poucos anos escrevemos um anteprojeto de lei para regular o contrato de seguro privado. Nessa oportunidade, embora não tenhamos sistematizado, sobreveio como preocupação central garantir o máximo acesso possível das pessoas ao serviço de seguro. Tínhamos despercebidamente nos deparado com uma questão própria do debate para o qual é vertida esta reflexão: garantir a dignidade humana criando meios para que o fluxo da solidariedade propiciado pelo seguro corresse o mais livre possível; bloquear a radicalização dos interesses empresariais movidos pelo fim de lucro que, mesmo sem o notar, acaba produzindo práticas discriminatórias entre indivíduos e inibitórias da interação entre a atividade empresarial e a promoção dos homens e da sociedade, enfim, práticas que se alheiam à função social do contrato de seguro.

Desde então, por falta da ação de blocos organizados de interesses que sustentem o Projeto de Lei de Contrato de Seguro (PLCSB) que veio a ser apresentado, e por existirem contra ele sucessivas tentativas de bloqueio, vimo-nos completamente envolvidos com a luta pela outorga dessa primeira lei sobre o contrato de seguro do Brasil². E nessa labuta praticamente só temos feito discutir se e como a discriminação econômica e social para o acesso aos serviços securitários pode ser combatida.

O PLCSB, ainda que contenha um grande número de dispositivos que visem a assegurar a proteção daquilo que é relevante para o empresário que explora a atividade seguradora, como seria exemplo o artigo 58, que veda “a interpretação ampliativa que desequilibre a estrutura técnica e atuarial do ramo ou modalidade da operação de seguro”, contém regras que protegem o consumidor ou beneficiário da garantia do seguro, como o § 4º do artigo 17, em que se prevê que a suspensão da garantia decorrente da mora no pagamento de parcela do prêmio – que passa a depender de prévia notificação, tal como vem-se orientando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – “não afetará direitos dos prejudicados nos seguros de responsabilidade civil, quando o dano for a morte, a invalidez ou a necessidade de tratamento médico-hospitalar, devendo a seguradora indenizar os prejudicados ou seus beneficiários, e agir em regresso contra o segurado”.

2 Projeto de Lei nº 3555, de 13 de maio de 2004, autor o deputado José Eduardo Martins Cardozo, atualmente na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados – CEDEIC, com parecer favorável sob a forma de Substitutivo do Relator Deputado Leandro Sampaio. O Anteprojeto foi elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS. Os artigos do PLCSB mencionados neste artigo são aqueles do Substitutivo Leandro Sampaio, atual relator na CEDEIC.

Normas como essa, ou a simples atribuição de uma ação direta da vítima contra o segurador de responsabilidade civil, medidas de fácil implementação que já concorreriam para o exercício da função social da empresa de seguro, provocam, todavia, a pronta reação do setor segurador.

Temos, no entanto, percebido que a principal causa de reação ao Projeto consiste no conflito entre as regras de equilíbrio do PLCSB com a suposição de que, através da lei da oferta e da procura, se estabelece uma mecânica segundo a qual a realidade econômica tenderia para o equilíbrio, pois os indivíduos – agentes econômicos – livremente perseguiriam a realização de seus objetivos. Entende-se também que a regulamentação que se fizer necessária deveria ser propiciada pelos órgãos da Administração, não carecendo a discussão de uma lei.

A utilização de estatutos autônomos para reger as relações em seus ângulos essenciais, especialmente aquelas de grande relevância para os indivíduos e para a sociedade como um todo, além do agravado risco de ilegalidade que comumente oferece, é o mais temerário dos caminhos. A relevância política dos direitos humanos não compadece com a atuação ordinária dos agentes do executivo, como adverte Bidart³: “El enfoque general de los derechos humanos – Se afirma a veces, que nuestra época pone un énfasis mayor en los derechos humanos del ‘tener’ o del ‘poseer’ que en los del ‘ser’. Pero tal vez sería más adecuado señalar que se hace *hindicapié* en el *primum vivere* por una parte y, por otra, en la realización de los derechos humanos tanto en el sentido de su aplicación efectiva, como en el de la aplicación que más (o más primariamente) importa. Y también en su universalización, al lograr, con este nuevo elenco, alcanzar efectivamente a sujetos que nos e habían preocupado de ejercerlos – por razones de incultura o de déficit económico – o que no se habían encontrado en mínimas condiciones de verificarlo. Por lo demás, el enfoque se hace similar para toda categoría de derechos humanos. Así se advierte en materia de derechos políticos, una tendencia a una mayor, efectiva, popularización, que confronta, en nuestra época, como se dijo, el peligro de la tecnocracia, del gobierno de los técnicos, de su intervención preponderante en sectores que no les corresponden (política).”

O princípio de espontaneidade econômica, tão festejado por todos os cantos, funda-se numa idéia de felicidade humana utilitarista e individualista que exige urgentemente seja substituída pela felicidade responsável, solidária e coletiva. Daí porque orientar-se a iniciativa parlamentar segundo o entendimento de que o sucesso da atividade econômica privada não está na quantidade de resultados de faturamento e lucro, nem na simplicidade e baixo custo com que eles são obtidos pelos seus empreendedores, mas em como os interesses podem ser controlados para, sem prejuízo do estímulo à ação empresarial, não sufocarem direitos essenciais dos indivíduos em geral e a fruição dos resultados do seguro por toda a sociedade, de forma que, na medida em que é possível, se possa torná-la mais justa e digna, ou seja, pacificá-la.

REPENSANDO AS MEDIDAS DE EXCLUSÃO

Como já referido, antes de cuidar das medidas afirmativas, de inclusão, exige o seguro um olhar crítico sobre as medidas de exclusão. E as causas de exclusão não são apenas econômicas, ligadas ao custo do seguro, ainda que seja esta a principal causa (não jurídica) de não expansão da base de segurados no Brasil.

Setores inteiros da sociedade são excluídos dos contratos de seguro por força dos elementos mais diversos como a profissão (motoristas de táxi), idade (idosos no seguro saúde), situação financeira (devedores nos seguros patrimoniais) ou social (moradores de certos bairros). Muitas vezes, pessoas são excluídas pelo só fato de terem tido passagem policial, por mais inepta que fosse a acusação e por mais longe que se estivesse do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

Entre outros diversos problemas em que a questão dos direitos humanos se coloca na seara do seguro privado, está o achar-se em voga no Brasil, trazidos da experiência norte-americana, os denominados *seguros-perfil*, que tomam o seguro como um contrato *intuitu personae* e pretendem ajustar a operação solidarís-

tica de massa, essencial para a nota securitária, ao risco de cada um dos indivíduos, com a geração de seguros *taylor made*, como se costuma dizer.

Crê-se – ou simplesmente sustenta-se – que é possível e é conveniente desenvolver seguros sob medida, ou que os seguros hipersegmentados podem ser o modelo do exercício da empresa de seguro. Isso, de cara, parece ofender a idéia de massa e homogeneidade que estruturam os seguros. O que é possível é ajustar o serviço a peculiaridades (“condições particulares”) e, quanto a segmentações hipertrofiadas, deve-se cuidar de evitar que o seguro, como voltaremos a ver, tão necessário para a humanidade, não se transforme em negócio promotor da segmentação vertical da sociedade.

Nessa toada, o indivíduo cujo crédito sofre restrições e o indivíduo que vive em determinado bairro são rejeitados como consumidores de seguro pelo sistema de controle de propostas da seguradora, no primeiro caso, a partir da simples identificação do número de inscrição no cadastro de pessoas físicas do Ministério da Fazenda – utilizado para identificar os devedores de instituições financeiras e estabelecimentos comerciais –, no segundo caso, do código de endereçamento postal do domicílio do proponente. Essas e tantas outras discriminações sucedem já hoje.

Quem quiser comprar a casa própria, mas for-lhe solicitado um seguro como condição para o financiamento, dependerá do *sim* da seguradora, cujo *não* sequer precisaria de uma justificativa.

O mesmo ocorrerá com a empresa, de pequeno ou agigantado porte, para cuja atividade um seguro for essencial, seja para licitação pública, apresentando-o como condição para participar do certame, seja para prestar a devida segurança a investidores e acionistas, seja para preservar as forças produtivas, até mesmo os salários dos empregados em caso de sinistro.

Pessoas que necessitam de seguro para proteger seus patrimônios, suas ferramentas profissionais, o futuro de seus dependentes, podem simplesmente ser descartadas do maravilhoso mundo do seguro, sem nenhuma justificativa técnica. Basta que uma recusa lhes seja oposta.

Ao sabor da “liberdade”, especialmente com o desenvolvimento biotecnológico, a sociedade certamente será partida em duas classes básicas, os asseguráveis e os não asseguráveis. Pessoas que têm direito de contratar seguros e pessoas que não têm. Pessoas com direito a ter direitos, isto é, cidadãos, e pessoas sem direito a ter direitos, os excluídos ou, quando muito, “cidadãos de segunda classe”. Depois seguirão subclasses inúmeras, conforme o tipo de seguro e seu conteúdo.

Essa realidade, mais o debate hoje travado no Congresso Nacional a respeito do PLCSB, exige portanto uma reflexão a respeito da discriminação no acesso aos serviços de seguro, sobre como ela pode ser identificada e se as regras dispostas nos §§ 6º e seguintes do artigo 44 do PLCSB constituem instrumentos capazes de promover uma ação afirmativa, no sentido de devolver à cidadania e promover a igualdade, para que no âmbito securitário a autonomia da vontade não valha para discriminar certos setores sociais, prejudicando a integração social, ou, em outros termos, para que não se valha da autonomia da vontade como couraça para ricochetejar a possibilidade de fruição dos serviços de seguro por todos os membros da sociedade.

Ao falarmos aqui em *ação afirmativa*, queremos significar aquelas medidas tendentes à “concretização da igualdade substancial ou material”, no dizer de Barbosa Gomes⁴, a fim de fazer com que atue “o conceito de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento literal oitocentista, recomenda, inversamente, que se levem na devida conta as desigualdades concretas existentes na sociedade, devendo as situações desiguais ser tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade.”

As mencionadas regras do PLCSB, por certo com motivação similar à do artigo 15 do recentíssimo Decreto-Lei n° 72/2008 português – que aprova o regime jurídico do contrato de seguro –, procuram prevenir e evitar os efeitos de práticas discriminatórias.

O PLCSB enfatiza o momento da formação do contrato, mais especificamente estabelecendo que (§ 6º) “a recusa de propostas de seguro deve ser fundada em fatores técnicos, vedadas políticas comerciais conducentes à discriminação social ou prejudiciais à livre iniciativa empresarial”, e (§ 8º) uma vez questionada (§ 10) “se a seguradora não informar os motivos da recusa (...) considerar-se-á aceita a proposta.”

Mas, como se poderia obrigar uma empresa a contratar com quem ela não quer? Certamente virão filas de arautos da “livre iniciativa” também garantida na constituição (art. 1º, IV e 170, *caput*), a criticar essa intenção. Por certo as autoridades tenderão a não fazer isso, ou seja, penderão automaticamente no sentido de evitar que as empresas tenham de contratar com alguém mais do que aqueles com quem desejam.

Mesmo sabendo-se que há no mínimo superioridade hierárquica do direito à dignidade econômica, a não ser discriminado, sobre o direito à livre iniciativa, sendo aquela efetivamente uma garantia fundamental e esta não⁵, parece ser de rigor, ante a tendência contrária das autoridades – e mesmo dos mais cuidadosos operadores do direito, quando atuando em concreto –, a positivação de ações afirmativas, na acepção já descrita, para a garantia da eficácia da proteção à dignidade em matéria contratual, especialmente quando atinentes a negócio privado e, mais, destinadas a promover a formação de contratos e a evitar práticas discriminatórias.

É praticamente certo que a primeira percepção será a de que não se pode conduzir à formação de um contrato de seguro não desejado pela seguradora. Para isto, no entanto, e para que depois se considerem os outros direitos em jogo (como dignidade e igualdade), é fundamental antes de tudo que se disponha de um conforto, a partir do qual serão encorajados e despertados os indivíduos e as autoridades. E esse primeiro conforto é o estabelecimento de previsão legal clara, com potencial de eficácia.

No PLCSB, então, estabeleceu-se no “Capítulo VIII – Formação e duração do Contrato”:

“Art. 44. Recebida a proposta, a seguradora terá o prazo máximo de quinze dias para cientificar sua recusa ao proponente, findo o qual se considerará aceita.

(...)

§ 6º A recusa de propostas de seguro deve ser fundada em fatores técnicos, vedadas políticas comerciais conducentes à discriminação social ou prejudiciais à livre iniciativa empresarial.

(...)

§ 8º Se a seguradora não informar as razões da recusa, o proponente poderá solicitar tal informação, no prazo de 30 trinta dias.

§ 9º Solicitadas as informações pelo proponente, a seguradora terá igual prazo para informar os motivos da recusa, desde que não importem prejuízos para terceiros.

§ 10 Se a seguradora não informar os motivos da recusa na forma deste artigo, considerar-se-á aceita a proposta.”

O *caput* do artigo 44 do PLCSB não oferece maiores dificuldades. A praxe e as normas administrativas existentes no Brasil desde há muito adotaram essa solução através da qual, reconhecida a consensualidade do contrato, a simples ausência de recusa expressa por parte da seguradora corresponderá à aceitação da proposta de seguro por esta recebida⁶.

A inovação surge com o § 6º, onde se exige que as recusas de propostas de seguro sejam efetivamente fundadas em fatores técnicos, vedando políticas de aceitação que possam discriminar os pretendentes ao seguro. Talvez fosse melhor que a norma não contivesse o adjetivo *social*, pois o que se pretende é proibir toda e qualquer forma de discriminação impediendo da fruição máxima do serviço de seguro pelos indivíduos e pela sociedade em geral.

De qualquer forma, a expressão social talvez se deva confirmar em função do que adverte Bidart⁷ ao discorrer sobre os direitos humanos sócio-econômicos: “Los derechos humanos sociales o socioeconómicos

5 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 184.

6 TZIRULNIK, Ernesto; QUEIROZ CAVALCANTI, Flávio de; PIMENTEL, Ayton. *O Contrato de seguro de Acordo com o Novo Código Civil Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 43-44.

7 BIDART, Adolfo Gelsi. *De Derechos, Deberes y Garantías del Hombre Común*. Buenos Aires: Julio Cesar Fairsa, 2006, p. 145.

ponen su acento en la condición social del hombre, con lo cual tal vez recaeríamos en el pleonismo, pues todo derecho positivo es social, responde a una comunidad determinada, la traduce o regula en el plano jurídico. El derecho es un instrumento social, referido a las relaciones que tiene la gente en sociedad. Pero, como se dijo antes aquí se procura subrayar derechos humanos relativos a aspectos específicamente sociales, a situaciones derivadas para el hombre de su pertenencia a un "lugar" determinado en la sociedad (obrero, director empresarial, desocupado, marginado, etc.) y asegurar a ese hombre, en tal condición, el acceso adecuado, justo, a determinados bienes que la comunidad organizada produce o a los que tiene acceso y que luego distribuye⁸.

A norma procura afastar aquelas práticas tão comuns de se obstaculizar o acesso ao seguro sem nenhuma ponderável razão técnica de assegurabilidade, apenas por conveniência de operação e de resultados da atividade empresarial seguradora.

Admitindo a hipótese de as seguradoras persistirem com o hábito já formado e raramente excepcionado de simplesmente manifestar recusa, sem dizer a razão, o § 8º prevê o direito do proponente de solicitar que a seguradora fundamente sua recusa. Assinala-se, no § 9º, um prazo razoável, de trinta dias, para esse requerimento e outro igual para a seguradora apresentar os fundamentos de sua recusa. É excepcionada a obrigação da seguradora quando seu cumprimento implicar prejuízos para terceiros, do que seria exemplo a informação ao terceiro estipulante a respeito de determinados problemas de saúde daquele em favor do qual o seguro será celebrado.

A medida destinada a garantir⁸ que se evite a prática de recusa infundada, discriminatória, surge com a previsão do § 10: "Se a seguradora não informar os motivos da recusa (...), considerar-se-á aceita a proposta".

Como poderá uma seguradora, com essa norma, dizer que não aceita o risco porque sua política de aceitação não possibilita encartar segurados que vivem num determinado bairro da cidade? Ou a seguradora apresenta uma ponderável razão técnica ou surgirão duas conseqüências: a) não se justificando adequadamente, poderá o proponente adotar as medidas necessárias para combater a prática discriminatória, civis, administrativas e penais e b) silenciando, estará concluído o contrato de seguro.

Esses dispositivos mostram-se em compasso com as exigências do moderno direito contratual. "A doutrina contemporânea", como registra Toledo Piza⁹, "se por um lado assinala a evolução do contrato-consenso para o contrato-operação econômica, por outro lado reconstrói a noção de contrato a partir da evolução do contrato-consenso para o contrato-necessidade, na qual a vontade cede lugar não só à utilidade, mas também à justiça, como fundamentos do princípio de sua força obrigatória. A idéia de eficiência, em síntese, não pode deixar de levar em conta a justiça contratual, não obstante o caráter historicamente relativo das noções de equidade e de justiça".

Como já mencionamos, Portugal também se preocupou com as práticas discriminatórias, por ocasião do recente Decreto-Lei nº 72/2008, cujo art. 15 traz regras de prevenção e combate:

"Artigo 15º

Proibição de práticas discriminatórias

1 – Na celebração, na execução e na cessação do contrato de seguro são proibidas as práticas discriminatórias em violação do princípio da igualdade nos termos previstos no artigo 13.º da Constituição.

2 – São consideradas práticas discriminatórias, em razão da deficiência ou em risco agravado de saúde, as acções ou omissões, dolosas ou negligentes, que violem o princípio da igualdade, implicando para as

8 BIDART, op. cit., p. 157: "El pasaje de la idea del derecho humano a su proclamación, se realiza formulando la norma programática, que señala el principio, la regla que debe inspirar (mejor: informar) la legislación. Luego la programación realizada en la norma, se aplica especificándose en otras reglas de conductas, habitualmente "sectorializadas". Para la efectividad de éstas, deben dictarse otras que garanticen, aseguren su aplicación, permitiendo superar obstáculos, resolver conflictos, obtener medios o instrumentos adecuados para la realización (garantías). Se trata, pues, de normas que consagran determinadas medidas que revisten carácter instrumental para otras, que no tienen un fin en sí, sino para aquellas, cuyo valor o significación jurídica depende, en consecuencia, de su referencia a éstas, y, en buena medida, de su importancia."

9 TOLEDO PIZA, Paulo Luiz de. *Contrato de Resseguro: tipologia, formação e direito internacional*. São Paulo: IBDS-EMTS, 2002, p. 32.

pessoas naquela situação um tratamento menos favorável do que aquele que seja dado a outra pessoa em situação comparável.

3 – No caso previsto no número anterior, não são proibidas, para efeito de celebração, execução e cessação do contrato de seguro, as práticas e técnicas de avaliação, selecção e aceitação de riscos próprias do segurador que sejam objectivamente fundamentadas, tendo por base dados estatísticos e actuariais rigorosos considerados relevantes nos termos dos princípios da técnica seguradora.

4 – Em caso de recusa de celebração de um contrato de seguro ou de agravamento do respectivo prémio em razão de deficiência ou em risco agravado de saúde, o segurador deve, com base nos dados obtidos nos termos do número anterior, prestar ao proponente informação sobre o rácio entre os factores de risco específicos e os factores de risco de pessoa em situação comparável, mas não afectada por aquela deficiência ou risco agravado de saúde, nos termos dos n.ºs. 3 a 6 do artigo 178.º

5 – Para dirimir eventuais divergências resultantes da decisão de recusa ou de agravamento, pode o proponente solicitar a uma comissão tripartida que emita parecer sobre o rácio entre os seus factores de risco específicos e os factores de risco de pessoa em situação comparável mas não afectada por aquela deficiência ou risco agravado de saúde.

6 – O referido parecer é elaborado por uma comissão composta por um representante do Instituto Nacional para a Reabilitação, I. P., um representante do segurador e um representante do Instituto Nacional de Medicina Legal, I. P.

7 – O segurador, através do seu representante na comissão referida nos n.os 5 e 6, tem o dever de prestar todas as informações necessárias com vista à elaboração do parecer, nomeadamente, indicando as fontes estatísticas e actuariais consideradas relevantes nos termos do n.º 3, encontrando-se a comissão vinculada ao cumprimento do dever de confidencialidade.

8 – O parecer emitido pela comissão, nos termos do n.º 6, não é vinculativo.

9 – A proibição de discriminação em função do sexo é regulada por legislação especial.”

Com o devido respeito, não nos parece a mais adequada a solução acima apresentada. Na parte nº 2 do artigo 15 vê-se que o legislador português, no caso de deficiência e de risco agravado de saúde, por exemplo, deixou a discriminação submetida à verificação de dolo ou culpa, além de aparentemente restringir a discriminação àquela prática que implicar “para as pessoas naquela situação um tratamento menos favorável do que aquele que seja dado a outra pessoa em situação comparável”. Embora “a violação do princípio da igualdade” possa dar-se independentemente de culpa e ser exógena com relação a essa hipótese, a especificação feita pode influenciar o operador do direito para uma postura restritiva, risco que é elevado com a previsão do nº 3, especialmente ao excepcionar as práticas e técnicas “próprias do segurador”.

Nossa opinião, assim, coincide com a da Associação Portuguesa de Deficientes – APD, em manifestação publicada no seu *website*¹⁰, que transcrevemos em parte: “A publicação, hoje, do Decreto-Lei n.º 72/2008, que aprova o regime jurídico do contrato de seguro, vem legitimar a inqualificável prática reiterada de discriminação, em razão da deficiência ou da existência de risco agravado de saúde, por parte das seguradoras, contrariando em toda a linha o estipulado na Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto e na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que o Governo Português assinou e já garantiu ratificar. O Decreto-Lei introduz uma cláusula de não discriminação para a seguir a contrariar, permitindo que, em determinadas circunstâncias, certas práticas, que à luz da lei 46/2006 são discriminatórias, passem a não o ser, mediante a utilização de “práticas e técnicas de avaliação, selecção e aceitação de riscos”, definidas segundo os critérios exclusivos de uma das partes, os quais já provaram à saciedade que marginalizam as pessoas com deficiência”.

À parte patologias legiferativas, como seria a eventual confirmação da denúncia feita pela referida associação de deficientes¹¹, as legislações, naturalmente, ainda tateiam sobre como garantir o acesso dos

10 <http://apd.org.pt/documentos/Contrato>

11 “O processo de aprovação deste Diploma esteve inquinado desde o início. Foi posto à discussão pública um Projecto de Lei do Contrato de Seguro e não uma proposta de Decreto-Lei. Sabendo o Governo que não era certo que o Parlamento aprovasse um

indivíduos à sociedade securitária. Um primeiro passo é reconhecê-los, depois se tornando impositivo o aperfeiçoamento dos mecanismos para assegurá-los *in concreto*, pois, como salienta Bidart¹², “Los Derechos Humanos son de tal manera importantes para la sociedad organizada, que no basta con proclamarlos y aplicarlos, sino que es indispensable asegurarlos, garantizarlos, establecer medidas para que se realicen, suprimiendo obstáculos y constituyendo cauces adecuados para que pasen a la realidad”.

Paralelamente, o Brasil, como diversos outros países, ocupa-se dos chamados microsseguros¹³. São seguros para camadas de baixo poder aquisitivo, seguros para os quase-pobres. Certamente, ainda que não se repita a degenerescência de que foi acometido o seguro obrigatório de dano para vítimas de acidentes com veículos automotores de vias terrestres (DPVAT)¹⁴, lamentável exemplo de como se transformam idéias de

Diploma que contrariava a Lei por si aprovada, por consenso e nesta mesma legislatura, optou por transformar, cobardemente, o Projecto de Lei num Decreto-Lei. Uma nota última sobre o tratamento menor que é dado pelo actual Governo às ONG de pessoas com deficiência. O Conselho Nacional para a Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência (CNRIPD) foi chamado a pronunciar-se sobre o então Projecto de Lei e emitiu um Parecer. O Decreto-Lei, na relação das entidades que foram ouvidas, omite o CNRIPD. Esta omissão é sintomática do desrespeito do Governo pelas organizações de pessoas com deficiência e a APD começa a questionar a pertinência de perder tempo em reuniões de um Órgão que no papel é definido como sendo de consulta do Governo, mas cujas opiniões, na prática, são sistematicamente ignoradas. Este acto, é mais uma prova inequívoca da diferença que existe entre um discurso travestido de progresso social e uma prática reiterada de adopção de políticas e medidas retrógradas, que penalizam as camadas mais desfavorecidas e privilegiam o grande capital.”

12 Op. cit., p. 143.

13 “Nos interessamos pelo microsseguro para as classes C menos e D, onde a iniciativa privada pode desenvolver produtos interessantes para a inserção social e permitir a melhora da qualidade de vida deste nível da população”, diz Mike Goldberg, especialista do Banco Mundial em microfinanças do setor privado para a região da América Latina e Caribe. O foco do Banco Mundial é ajudar a desenvolver o microsseguro entre a população de baixa renda na América Latina, África e Sudeste Asiático. No mundo, o potencial estimado é de 4 bilhões de pessoas, que têm renda anual inferior a US\$ 3 mil por habitante. Segundo dados do Microinsurance Centre, 80 milhões de pessoas são atendidas pelo microsseguro em todo o mundo com 357 produtos identificados. As principais apólices são vida, invalidez, saúde e patrimonial. “Este é um mercado de consumo de US\$ 5 trilhões”, costuma afirmar Antonio Cássio dos Santos, presidente da Mapfre e da Fenaprevi (Federação Nacional de Previdência e Vida). Na América Latina, o mercado é estimado em US\$ 509 bilhões, sendo US\$ 170 bilhões no Brasil, com um público estimado em 100 milhões de pessoas. O Brasil e o México são os principais mercados da região. “A penetração de seguros no PIB nacional é de apenas 3% porque as seguradoras estão focadas nas classes mais ricas, enquanto a população brasileira está concentrada na classe de menor renda”, afirma Goldberg. Este percentual é muito baixo em relação a média de 7% registrada em outros países emergentes. “Há um grande potencial no Brasil e por isso estamos colhendo informações para saber qual é a melhor forma de ajudar o País a desenvolver o microsseguro”, diz. A demanda maior dessa faixa é de apólices para incapacidade temporária, residências e para o pagamento de dívidas. No Brasil, a aposta é de que 10 milhões de pessoas das classes C, D e E pagam de R\$ 2 a R\$ 9 ao mês por algum tipo de microsseguro no Brasil. As duas maiores corretoras de seguros do mundo e também no Brasil registraram 11,5 milhões de apólices, sendo 5 milhões de clientes das classes C, D e E em 2007 na carteira da Marsh e 6,4 milhões na Aon Affinity. Os seguros vendidos por meio das contas de serviços, como luz e celular, bem como por meio do varejo, estão dentro do perfil traçado para o microsseguro. Entre os produtos que podem se encaixar na definição de microsseguros está o um projeto pioneiro no Brasil, o Plano de Amparo Social Imediato (PASI), garantido pela Mapfre. Ele foi criado em Minas Gerais, em 1989, oferecendo cobertura de vida para 9 mil trabalhadores da construção civil. Em 2007, o PASI tinha mais de 1,5 milhão de segurados em todo Brasil, de diversos setores da economia, como calçados, vestuário, transportes, restaurantes, frentistas, sendo os operários da construção o principal nicho, com 30%. A apólice é ofertada por empresas a seus funcionários, ao custo médio mensal de R\$ 5 para uma cobertura de R\$ 10 mil. Segundo o estudo “A Base da Pirâmide e a Aquisição de Seguros”, pesquisa realizada pelo Instituto Data Popular em parceria com Aon Affinity, 81,5% da base da pirâmide, com renda familiar de até 10 salários mínimos, deseja adquirir algum tipo de proteção residencial. Além disso, 72% do mercado potencial para seguro de vida também está na baixa renda, que já detém mais apólices do que a alta renda – 60,3% dos entrevistados que já possuem seguro de vida são das classes C e D. O seguro popular, segundo Goldberg, não necessita da participação de órgãos de fomento. Já para a classe E, diz ele, a participação do governo é fundamental. “Estamos pensando em desenvolver um projeto piloto tendo como base os beneficiários do Bolsa Família. Quais os riscos que podem afetá-los? Por exemplo, em caso de morte e a criança tem de deixar a escola, a família perde o direito ao benefício. Podemos criar coberturas para eles com a participação do governo”, diz. O técnico ressaltou a importância de conhecer o consumidor de microsseguros para que seja possível desenvolver produtos com coberturas adequadas a preços acessíveis. “Além disso, é preciso ter uma força de venda capacitada, que fale a língua do consumidor para se obter sucesso.” O principal gargalo do microsseguro é a forma de cobrança do prêmio. Hennie Bester, consultor financeiro do FinMark Trust vê o varejo como um canal de distribuição mais eficiente do que as agências bancárias. Além do varejo e das agências bancárias, Goldberg citou como canais eficientes de distribuição de microsseguros, as farmácias, cooperativas e casas lotéricas. Os técnicos do Banco Mundial frisaram a importância de pagar rapidamente uma indenização, pois a perda de uma motocicleta, por exemplo, pode comprometer o sustento de toda uma família. “Uma pessoa bem atendida conta sua história para três pessoas. Uma mal atendida conta para dez e isso, em um seguro que é basicamente vendido dentro de uma comunidade, pode determinar o sucesso ou o fracasso do programa”. A ajuda do Banco Mundial é técnica, com apoio técnico em forma de palestras e consultoria sobre os aspectos legais, de supervisão e desafios operacionais mas pode resultar em um apoio financeiro. “Podemos ajudar a achar doadores em financiar projetos.” (www.funssenseg.empauta.com.br)

14 TZIRULNIK, Ernesto et alli, O Contrato de Seguro..., p. 135-7.

relevante cunho social em fonte de negócios sem controle, o microsseguro jamais seria resposta suficiente para a discriminação no momento do acesso aos serviços de seguro, que se dá por diversos critérios, não só o estrato sócio-econômico do proponente, o tipo de interesse assegurável ou seu valor, ou a modalidade de risco. A solução, aliás, sugere mais a demagógica criação de um abrigo coletivo para quem “não deve ter acesso” a uma moradia adequada.

O DIREITO AO SEGURO É UM DIREITO HUMANO?

Parece compreensível que se indague se acessar a proteção do seguro privado é ou não um direito humano. Talvez a declaração do Sr. Mike Goldberg, “especialista do Banco Mundial em microfinanças do setor privado” possa auxiliar a tarefa: “Nos interessamos pelo microsseguro para as classes C menos e D, onde a iniciativa privada pode desenvolver produtos interessantes para a inserção social e permitir a melhora da qualidade de vida deste nível da população (...)”

Já não há quem deixe de reconhecer como atividade de interesse público o conjunto de serviços securitários privados com os quais conta uma sociedade. Soler Aleu já caracterizava o seguro de “serviço público impróprio”¹⁵, enquanto para Calmon de Passos o seguro “é atividade vinculada ao interesse público, retirada do campo da pura autonomia da vontade, passando a ser regulada de forma cogente e minuciosa pelo Poder Público”¹⁶.

O seguro, oferecendo garantia contra os efeitos da superveniência do acidente estatisticamente previsível, o acidente de amplíssimo conceito (aquilo que cria uma necessidade econômica), aquele acidente que caracteriza a sociedade moderna, consiste numa técnica indispensável para o desenvolvimento social e econômico, realizando um ideal de justiça retributiva no dizer de Ewald, para quem “*décidément nous sommes à l'âge de ce qu'on pourrait appeler les sociétés assurantielles*”¹⁷.

Os juristas contemporâneos que se ocupam do estudo do seguro e da responsabilidade civil são unânimes em reconhecer o seguro como a principal técnica econômica para prover indenizações aos prejudicados pelos acidentes, a ponto de reconhecerem a passagem do Direito da Responsabilidade para o Direito da Solidariedade identificada por Ewald, vendo o seguro como um sucedâneo da própria responsabilidade civil¹⁸. Através dos seguros, já havíamos escrito, “organizam-se economias coletivas com o intuito de prevenção das conseqüências de eventos danosos e potencialmente desorganizadores do padrão normal de funcionamento das relações sociais. Dado que uma das marcas caracterizadoras da Era Moderna é a certeza da ocorrência de certos acidentes, prevenir-se contra suas conseqüências desastrosas é uma forma de manter o ritmo do desenvolvimento das relações produtivas. Assim, a função social do seguro revela-se de forma cristalina: garantir, com o auxílio de muitos, que a desorganização que atingiu a uns poucos possa ser superada. Satisfaz-se o interesse de todo o ‘sistema’ em questão, uma vez que as relações podem continuar a se desenvolver, de modo a, praticamente, não serem sentidas as conseqüências do ocorrido”¹⁹.

Subjaz, assim, sob aquele contrato que a perspectiva individualista assemelha ao jogo ou à aposta, uma operação de solidariedade entre os homens, indispensável para mantê-los, o quanto possível, protegidos contra os riscos da vida em sociedade, como salienta Lambert-Faivre: “Alors que le contrat d'assurance

15 SOLER ALEU, Amadeo. *Seguro de Incêndio*. Buenos Aires: Universidad, 1980, p. 81: “El ejercicio de la actividad aseguradora consiste, pues, en la prestación de un servicio público impropio; por ello el Estado autoriza la prestación; a su vez, la reglamentación y, ejercitando sus poderes de policía, la controla.”

16 CALMON DE PASSOS, J.J. A atividade securitária e sua fronteira com os interesses transindividuais – Responsabilidade da Susep e competência da Justiça Federal. *Revista dos Tribunais*, 763/97. São Paulo: RT.

17 EWALD, François. *L'Etat Providence*. Paris: Bernard Grasset, 1986, p. 15 e ss. Ver p. 20.

18 LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. “L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité a une créance d'indemnization”. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: 1987; ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela Nora Messina de. *La responsabilidad civil en la era tecnológica*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989, p. 218 e 219; TZIRULNIK, Ernesto. O Futuro do seguro de Responsabilidade Civil. *Revista dos Tribunais*, 782/68-47. São Paulo: RT.

19 TZIRULNIK, Ernesto (com a colaboração de OCTAVIANI LUÍS, Alessandro). *Estudos de Direito do Seguro - Regulação de Sinistro (ensaio jurídico)*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 161.

prend l'aspect d'un pari ou d'un jeu du hasard, l'opération d'assurance, envisagée globalement, devient une opération anti-aléatoire de lutte collective contre le hasard. Isolé, l'homme est très vulnérable aux coups du sort qui le maintiennent dans un état d'insécurité moralement pénible et économiquement néfast. Entreprendre et assumer des responsabilités exigent une certaine confiance en l'avenir; or, si l'assurance n'évitée pas les sinistres, elle dilue leurs effets entre tous les assurés²⁰.

A extrema relevância do serviço de seguro para todos os homens é nota comum em toda a doutrina, como se vê também em Morandi²¹: “Este tema de la función social del seguro nos obliga a efectuar una somera referencia, aunque más no sea, a la importancia de la institución, ya para le economía nacional, en cuanto permite la nueva posta en marcha de las fuentes de producción, ya para la estabilidad social, al movilizar las fuentes de trabajo afectadas por el evento, ya para las economías individuales y privadas, en tanto el seguro recupera para el siniestrado las pérdidas sufridas”.

Etchebarne²², examinando, à luz do direito comparado, os fundamentos, a natureza e os sistemas legais de controle estatal sobre as empresas de seguro, concluirá que a necessidade de controle estatal em matéria de seguro é consenso na doutrina universal, e o panorama se esclarece quando focalizado pelos ângulos do contrato, da operação em massa, da técnica de seguro, da empresa seguradora e da função social: “Desde el punto de vista del contrato de seguro, el objetivo y primordial del control es la protección de los asegurados, a fin de restablecer el equilibrio contractual que pudiera ser afectado por un sistema de libertad absoluta. (...) La función técnica que constituye la operación aseguradora, forma expresiva del tráfico en masa, nos revela, a su vez, algunos matices distintos que se vinculan con la inversión adecuada de las sumas percibidas en concepto de prima, la observancia del régimen de reservas técnicas, los reaseguros y toda la normativa compleja que disciplina la solvencia de la empresa, Esta técnica peculiar del seguro lleva al profesor Halperin a indicar que el ‘primer fin del control estatal sea de la capacitación económico-financiera del asegurador para cumplir sus obligaciones existentes y eventuales para con los asegurados y sus beneficiarios’. (...) La intervención del Estado se explica aquí, según destaca el profesor de la Facultad de Derecho de París André Besson, en la medida en que el seguro, en relación con otros sectores de la vida económica, presenta la particularidad de la ‘inversión del ciclo de producción’. (...) La consideración de la empresa aseguradora, en cuanto representa una institución trascendente en el mercado de capitales y el instrumento para el cumplimiento de la función social del seguro, aporta nuevos fundamentos, no ya técnico-jurídicos sino orden económico y político, al control del Estado”.

No mesmo sentido, Halperin²³: “Los factores de la intervención estatal en este campo aparecen ser diversos: ya no se dan como ausencia de actuación del asegurador privado o de sus deficiencias, sino como aplicación de fines generales de defensa de la economía”.

Como se vê, o seguro é a técnica econômica que permite aos indivíduos e às suas abstrações (pessoas jurídicas ou coletivas) enfrentar uma das mais tônicas notas da vida contemporânea, o acidente, por todos considerado um serviço de tanta relevância para os homens. Por isso exige controle, controle que não pode descurar de garantir o direito de acesso dos homens à sua fruição, sob pena de se instaurar, com relação a bem da vida essencial, a possibilidade de discriminação.

Assim, o seguro não leva em conta, salvo quando razões técnicas impostergáveis o determinam (ex., a anti-seleção de riscos), as virtudes e as mazelas de cada segurado, impondo-se tratamento coletivo de forma a também coletivizar a possibilidade de acesso de cada um dos indivíduos, como ressalta Bavetta²⁴:

20 *Droit des Assurances*. 5. ed., Paris: Dalloz, 1985, p. 37.

21 MORANDI, Juan Carlos Félix. *El Riesgo en el Contrato de Seguro*. Buenos Aires: Astrea, 1974, p. 27.

22 ETCHEBARNE, Conrado. “El Control por el Estado de las Empresas de Seguro”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. Buenos Aires: Depalma, 1970, ano 3, p. 674/675.

23 HALPERIN, Isaac. *El Estado Asegurador y el Seguro Privado in Revista del derecho Comercial y de las Obligaciones*. Buenos Aires: Depalma, ano 2, p. 775.

24 BAVETTA, Giuseppe. *L'impreza di assicurazione*. Milão: Giuffrè, 1972, p. 1-4.

“Nell’attuale asseto delle assicurazioni, dunque, v’è questo di particolare ed interessante: che la singola operazione assicurativa, entro certi limiti, non resta autonoma: è, anzi, especificamente destinata ad essere confusa nella massa degli altri attianaloghi, e si integra con questi.” Essa importância econômica e social comunitária exercerá influência “sull’impresa assicuratrice e sulla sua disciplina giuridica. E non essere diversamente: ché, più è venuto avvertendo che l’assicurazione svolge una funzione sociale e maggiore è stata l’esigenza di introdurre negli schemi privatici, propri dell’impresa assicuratrice, quelle istanze publicistiche che sono ormai immanenti nel fenomeno assicurativo”.

A necessidade de conter o abuso de poder contratual, de conciliar o interesse dos indivíduos com o das empresas, fortemente influenciadas por interesses transnacionais, é recomendada por todos. Klin²⁵, um subscritor de riscos inglês, reconheceu que não obstante as empresas de seguro e de resseguro necessitam “de liberdade para poder operar internacionalmente e melhor servir à indústria e ao público em geral”, “por outro lado, os interesses nacionais se preocupam, cada vez mais, em proteger suas próprias economias, conservar, por exemplo, a saída de suas divisas, gerar empregos, utilizar os fundos de seguros para investimentos locais e manter as reservas técnicas no país como meio de proteger seus cidadãos”. Conclui o *underwriter*, então, que “É importante reconciliar estes dois critérios opostos”.

O exercício da autonomia da vontade é também poder. Como adverte Ferri²⁶: “La autonomía privada no es solo ni principalmente libertad; sus manifestaciones no son mero ejercicio de un derecho subjetivo, como lo son andar o arar las fincas propias. La autonomía privada es, ante todo, poder, y los negocios jurídicos son manifestación de poder.” Temos, assim, um choque entre o poder dos empresários do seguro e o poder público encarregado de garantir aos cidadãos a efetiva fruição do direito ao seguro, um choque entre o direito-poder de contratar e o direito-necessidade de contratar.

Com razão o especialista do Banco Mundial em “microfinanças do setor privado”: o seguro é instrumento voltado “para a inserção social e permitir a melhora da qualidade de vida deste nível da população” não sendo concebível permitir que se instaure uma espécie de *apartheid* securitário.

Se o direito de acesso ao seguro é relevante para todos os indivíduos e cada um deles, materializando-se como forma de participar do enfrentamento do acidente que ameaça, sufoca e inviabiliza o normal desenvolvimento da vida humana, parece não haver dúvida de que constitui um direito fundamental a exigir expansão de eficácia como adverte Bidart²⁷: “El momento actual en que se produce, dirán muchos, “el ingreso de las masas en la historia”, lo que importa al mayor número adquiere significación determinante, en el sentido de que la preocupación de la autoridad legal ya no es admitir que abarque a un sector de la sociedad, sino que lo comprenda íntegramente y, en lo posible, igualmente, a toda ella, y, por ende, así deberá entenderse la aplicación de los Derechos Humanos”.

LIMITES DO DIREITO À RECUSA

Grau esclarece que a Constituição Federal, no art. 170, *caput* trouxe a dignidade da pessoa humana como o próprio “fim da ordem econômica” e que “embora assumida concreção como direito individual, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos.” O autor, em seguida, esclarece que tomada como princípio constitucional impositivo ou norma-objetivo, “a dignidade da pessoa humana assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito – com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. Daí porque se encontram constitucionalmente empenhados na realização desse programa – dessa política pública maior – tanto o setor público quanto o setor privado. Logo, o exercício de qualquer

25 KLIN, Robert J., palestra A política e o Resseguro. São Paulo: Boletim Informativo do Sindicato das Seguradoras de São Paulo, n. 655, março/82.

26 FERRI, Luigi. *La Autonomia Privada*. Trad. espanhola. Madri: Edit. RDP, 1996, p. 296 e 297.

27 Op. cit., p. 138-9.

parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição²⁸.

É por isso que a liberdade do poder privado de recusar – sem expressa fundamentação técnica compatível com os valores subjacentes ao ordenamento jurídico – acesso à fruição do seguro, fazendo atual a possibilidade de discriminarem-se os cidadãos, de reparti-los entre asseguráveis e não asseguráveis contraria a diretriz constitucional e cogente de promoção da dignidade humana e macula a cidadania, circunscrevendo o direito a ter direitos, exigindo, assim, medidas equiparáveis a “ações afirmativas”.

De um lado, as empresas de seguro, perseguindo remunerar seus acionistas com os maiores e mais rápidos dividendos, para tanto forçadas a operar “produtos” o mais rentáveis possível, inclusive fixando critérios subjetivos de aceitação, de escolha dos asseguráveis. De outro, o Estado, sensivelmente ocupado pelos centros de interesse do sistema capitalista, acaba concebendo a atividade empresarial privada como desligada da realidade na qual se insere e onde concretamente se verificam as diferenças sociais, deixando de atuar afirmativamente. A direção estatal da atividade seguradora, assim, é tão livre quanto o mercado ou as agências o permitirem.

Nessa circunstância, a proteção dos direitos humanos em geral navega coberta pela neblina e com o vento à proa, demandando maiores esforços para serem percebidos e tratados pelas autoridades, principalmente quando dependentes do tratamento de matéria dita “própria do direito privado”, como é o caso do seguro.

É realmente bastante difícil para as autoridades assentar o foco sobre aquilo que parece constituir-se de pequenas missões no campo do direito privado. A questão, aqui, não parece ser diferente da que se dá com a *discriminação na aplicação do direito* e a *discriminação de fato* de grupos sociais, a que se refere Barbosa Gomes²⁹, especialmente ao referir que as autoridades em geral perfilam uma concepção de igualdade que, diante das especificidades, não equaliza.

Essa questão se põe com intensidade mesmo em tempos de *débâcle* do liberalismo. A cultura ainda dominante nos diversos setores do governo e também na consciência jurídica aplicada³⁰, consciente ou inconscientemente, louva-se para tudo no comportamento do mercado e seu pretense poder auto-regulador. Faz parte da ideologia dos negócios o individualismo liberal.

Impõe-se, como lembra Grau³¹, dando como exemplo o seguro, deitar-se por terra “em nome da realização de justiça social – mas também do desenvolvimento – o princípio da liberdade de contratar”. O autor, contudo, se refere à “liberdade de configuração interna dos contratos” e não à obrigação de celebrá-los.

Essa perspectiva, isto é, a de se atentar fundamentalmente para a conformação interna dos vínculos, é comum aos que se dedicam a repensar a autonomia da vontade para compatibilizá-la com os programas constitucionais. Pájaro Moreno³²: “Por su propia naturaleza, entendido el negocio, como lo hemos hecho, como ordenamiento jurídico hecho concreto a través de la norma privada, y concebido el ordenamiento jurídico como un sistema constitucionalizado, no extraña que el contenido del primero incluya también principios y valores compartidos por la sociedad y promulgados en la Carta. Así, la celebración de un negocio jurídico, además de constituir un mecanismo para la satisfacción de los intereses y necesidades propios, implica un compromiso en la realización de principios y valores constitucionales que, de manera necesaria y automática, se filtran entre las disposiciones de las partes y obligan a quienes estipulan a

28 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica...*, cit., p. 179-81.

29 Op. cit., p. 26-9.

30 Sempre chama a atenção o fato de que mesmo concorridos manuais de responsabilidade civil iniciam com a afirmação de que a culpa cedeu passo ao longo da história como requisito da responsabilidade e, quando se deixa a introdução para iniciarem as lições didáticas, a culpa acaba sendo colocada como requisito essencial da responsabilidade. Os operadores do direito, mesmo os que estudam e se dispõem a ensinar, despercebidamente mantêm-se agarrados às concepções com que foram formados, ainda quando dispostos a superá-las.

31 GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1981, p. 78 e 79.

32 PÁJARO MORENO, Nicolás. *Autonomía privada y constitucionalización del derecho*. Tesis de Grado, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, n. 41, p. 105-106.

realizarlas en el mejor modo posible en la concreta operación económica regida por aquél. Compromiso que, preservando la autonomía de las partes en la configuración de su vida económica, les impone como algo necesario la realización de los programas presupuestos por el Estado Social de Derecho”.

O debate, com efeito, é atraído para a configuração material do contrato. Assim acontece quando se discute sua interpretação (art. 423 do Código Civil³³) e, de igual forma, o próprio tema da função social do contrato (art. 421³⁴) é costumeiramente tratado nessa perspectiva e não no que se relaciona à eventual imperiosidade de sua formação, salvo no capítulo que se refere a certas relações obrigacionais de longo termo. O mesmo sucede, em boa medida, com o debate a respeito da boa fé objetiva (art. 422³⁵).

A compulsoriedade dos contratos sói ser examinada pelo ângulo negativo, isto é, para proteger os consumidores contra a imposição de contratos pelos fornecedores de bens e serviços.

Entretanto, poderá ser na recusa que se estabeleçam as práticas discriminatórias e, por isso, impõe-se o esforço para que o estudo do direito contratual, especialmente no âmbito do direito privado, recaia com maior ênfase no capítulo da compulsoriedade, lembrando-se com Barbosa Gomes³⁶ que “a igualdade substancial ou material propugna redobrada atenção por parte dos aplicadores da norma jurídica à variedade das situações individuais, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas.”

É necessário, porém, que ao se propor a limitação do direito de recusar o contrato de seguro não seja deflagrada uma ação demagógica capaz de provocar anti-seleção contrária aos interesses dos que exploram a atividade seguradora. Daí porque se justificam (melhor: são exigidas) regras como as do artigo 56 e 58 do PLCSB, a primeira afirmando que “O contrato de seguro não pode ser interpretado ou executado em prejuízo da coletividade de segurados, ainda que em benefício de um ou mais segurados ou beneficiários, nem promover o enriquecimento injustificado de qualquer das partes ou de terceiros”, e a segunda vedando “a interpretação ampliativa que desequilibre a estrutura técnica e atuarial do ramo ou modalidade da operação de seguro”.

BIBLIOGRAFIA

- BARBOSA GOMES, Joaquim B. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BAVETTA, Giuseppe. *L'impreza di assicurazione*. Milão: Giuffrè, 1972.
- BIDART, Adolfo Gelsi. *De Derechos, Deberes y Garantías del Hombre Común*. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2006.
- CALMON DE PASSOS, J.J. A atividade securitária e sua fronteira com os interesses transindividuais – Responsabilidade da Susep e competência da Justiça Federal. *Revista dos Tribunais*, 763. São Paulo: RT.
- DOBBYN, John F. *Insurance Law*. St. Paul: West Pub. Co., 1989.
- ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela Nora Messina de. *La responsabilidad civil en la era tecnológica*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.
- ETCHEBARNE, Conrado. “El Control por el Estado de las Empresas de Seguro”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. Buenos Aires: Depalma, 1970, ano 3.
- EWALD, François. *L'Etat Providence*. Paris: Bernard Grasset, 1986.
- FERRI, Luigi. *La Autonomia Privada*. Trad. espanhola. Madri: Edit. RDP, 1996.
- GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1981.
- _____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- HALPERIN, Isaac. “El Estado Asegurador y el Seguro Privado”. *Revista del derecho Comercial y de las Obligaciones*. Buenos Aires: Depalma, ano 2.

33 Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

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

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

36 Op. cit., p. 4.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *Droit des Assurances*. 5. ed., Paris: Dalloz, 1985.

_____. "L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité a une créance d'indemnization". *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: 1987.

MORANDI, Juan Carlos Félix. "El Riesgo en el Contrato de Seguro". Buenos Aires: Astrea, 1974.

KLIN, Robert J., *A política e o Resseguro*. São Paulo: Boletim Informativo do Sindicato das Seguradoras de São Paulo, n° 655, março/82.

PÁJARO MORENO, Nicolás. "Autonomía privada y constitucionalización del derecho". Tesis de Grado, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, n° 41.

TOLEDO PIZA, Paulo Luiz de. *Contrato de Resseguro: tipologia, formação e direito internacional*. São Paulo: IBDS-EMTS, 2002.

TZIRULNIK, Ernesto; QUEIROZ CAVALCANTI, Flávio de; PIMENTEL, Ayrton. *O Contrato de seguro de Acordo com o Novo Código Civil Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2003.

TZIRULNIK, Ernesto. O Futuro do seguro de Responsabilidade Civil. *Revista dos Tribunais*, 782. São Paulo: RT.

_____. (com a colaboração de OCTAVIANI LUÍS, Alessandro). *Estudos de Direito do Seguro - Regulação de Sinistro (ensaio jurídico)*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SOLER ALEU, Amadeo. *Seguro de Incendio*. Buenos Aires: Universidad, 1980.