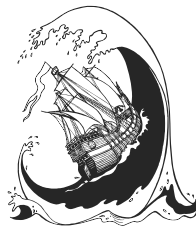


COORDENADORES
WALFRIDO WARDE
RAFAEL VALIM

AS CONSEQUÊNCIAS DA
COVID-19 NO DIREITO
BRASILEIRO

São Paulo

2020



CONTRACORRENTE

REFLEXÕES SOBRE O CORONAVÍRUS E OS SEGUROS PRIVADOS

ERNESTO TZIRULNIK

O seguro está definido no artigo 757 do Código Civil. É o contrato que garante o legítimo interesse do segurado para o caso de surgirem necessidades econômicas em razão da realização de um *risco* que incide sobre o *interesse* e que esteja compreendido na *garantia* do seguro. Para contar com essa garantia durante todo o tempo do contrato e para ter o direito, caso ocorra um sinistro (que é a realização do risco), ao recebimento da indenização, quando o seguro for de dano, ou de um capital, quando o seguro for de vida, o segurado paga um *prêmio*.

Estão, aí, quatro dos cinco elementos do contrato de seguro: garantia, legítimo interesse, risco e prêmio.

GARANTIA

Apesar da alea a que está condicionada a dívida pecuniária da seguradora, o contrato de seguro é sempre um contrato de altíssima carga comutativa, porque a seguradora deve ao segurado, desde a celebração do contrato, prestação que consiste em atribuição patrimonial muito importante: a garantia do interesse sujeito a risco. Um interesse assegurável, quando assegurado, aumenta de valor e permite ao seu titular liberar capital para outras atividades.

LEGÍTIMO INTERESSE

O legítimo interesse é a relação econômica entre uma pessoa e um bem da vida. Esse bem da vida pode ser uma *coisa* (seguro incêndio), a própria ou outra *pessoa* (seguro de vida), um *direito* (seguro de crédito e seguro prestamista) ou mesmo uma *expectativa* (seguro de lucro cessante).

O seguro garante o legítimo interesse e não o bem da vida sobre o qual ele recai.

Isso é muito importante por diversas razões. Para citar duas: (i) ajuda a identificar quem ocupa a posição jurídica de segurado no contrato (titular do legítimo interesse sobre o bem da vida assegurado) e (ii) ajuda a concluir qual é o valor devido pela seguradora ao segurado em caso de sinistro, pois a medida é exatamente a relação econômica entre o segurado e o bem da vida assegurado, observados os limites financeiros do seguro, é claro.

Entretanto, o maior proveito que a teoria do interesse produz para a exegese e a execução dos contratos de seguro é a noção de dano. O que é um dano para efeito da relação obrigacional securitária? Um dano para esse tipo especial de obrigação é a lesão ao interesse ou prejuízo.

A perda de utilidade de um bem, parcial ou completa, independentemente da alteração das suas qualidades e quantidades físicas, não difere ontologicamente da perda em razão do dano físico que a inutilize no todo ou em parte.

Melhor explicando, o que o segurador garante é a relação de interesse. Se houver dano físico e o interesse econômico do segurado relativo ao bem danificado não se alterar, o segurador nada deve ao segurado. Tenha-se como exemplo a demolição do muro que se encontrava por ser demolido pelo choque de um veículo ou o caso de ruptura de máquina sem valor de venda no mercado cuja substituição por outra era considerada urgente ao tempo da ruptura, mas que não havia sido ainda substituída porque sua destruição era necessária para retirá-la do local em que se encontrava contida. Em ambos os casos a relação de interesse não foi alterada em prejuízo do segurado. Os danos vieram a calhar para os seus interesses.

Ao mesmo tempo, se houver a perda do interesse econômico numa caldeira porque sua montagem defeituosa não permite que ela seja posta em funcionamento, sob pena de explosão, ainda que nada se altere fisicamente, a perda da utilidade, ou seja, da relação econômica entre o segurado e o bem da vida, em outras palavras, do interesse, produz o mesmo efeito que produziria a total destruição caso tivesse havido a explosão ou ruptura integral da caldeira por qualquer outro motivo.

É assim que se compreende a existência, entre outras, da garantia autônoma de lucros cessantes por interrupção de negócios ou atividades e todas as demais perdas diretas e indiretas. O lucro que cessa é um dano patrimonial (sinônimo de dano material, pese a má utilização desta expressão por muitas apólices). Quando uma seguradora não quer garantir o lucro cessante sem a precedência causal de um dano físico, a apólice de seguro deve ser clara e inequívoca, ressaltando que a cobertura de lucro cessante somente atuará quando e se for causada pelo dano físico a uma coisa ou conjunto de coisas.

Assim como é comum entre os profissionais da operação de seguro a confusão entre danos materiais e danos físicos, também há confusão entre danos diretos e danos indiretos, alguns situando os lucros cessantes entre os indiretos. No entanto, na sua acepção jurídica, os lucros cessantes são perdas diretas típicas. Como ensinava Pontes de Miranda, “a expressão perdas e danos se refere a danos emergentes e lucros cessantes: perde-se o que se deixa de ganhar e sofre-se com a diminuição do valor do que se tem”. O significado da expressão “perdas e danos” integra-se pelo dano emergente e pelo lucro cessante, sendo perfeitamente possíveis e acolhidos na nossa tradição jurídica os lucros cessantes *diretos e imediatos*.

Por que tem de ser *legítimo* o interesse? O que denota essa legitimidade? Tem de ser legítimo, em primeiro lugar, porque o interesse ilícito – consequentemente ilegítimo – sobre um bem não pode ser protegido pelo seguro porque isso ofenderia a ordem pública. Desse modo, o receptor não pode garantir por meio de seguro os defeitos da coisa receptada, nem o falsificador a aceitação de sua obra como verdadeira.

O comportamento doloso para a configuração do sinistro não se garante por meio de contrato de seguro porque, além de faltar-lhe a legitimidade-licitude, o segurado não tem uma relação econômica legítima com o bem da vida, isto é, legitimidade-preservação, suprimindo a alea essencial para a caracterização de um risco, seja quanto ao tempo de sua verificação, seja quanto à própria ocorrência. Quem torce para que o seu veículo seja furtado e facilita voluntariamente a ocorrência do furto, não tem interesse econômico na preservação do bem assegurado. A questão não é psicológica, é de *conduta*.

Há situações em que o dolo do contratante do seguro ou o do próprio segurado convive com o seguro. Isso acontece, por exemplo, quando se trata de seguros fidejussórios (“seguro-garantia”). Nestes casos, o devedor que estipula o seguro com a seguradora em favor do seu credor pode inadimplir dolosamente sem que isso prejudique ao direito do segurado ou quando o seguro é de custeio de despesas de defesa jurídica, em geral associado à cobertura de responsabilidade civil (E&O, D&O), pois o direito de defesa contra imputações é lícito e envolve alea, além de ser precedente ao reconhecimento da conduta dolosa. Reconhecido o dolo, emerge o pagamento indevido e o agente doloso que recebeu as indenizações para o custeio da defesa deve ressarcir a seguradora, restituindo as quantias recebidas e indenizando os custos havidos com a regulação do sinistro e outros prejuízos causados à seguradora.

Além dessas particularidades, um mesmo bem pode ter diversos interessados. Pense-se no seguro de uma empresa atacadista que funciona em prédio alugado. É contratado um seguro. O dono do imóvel e o locatário figuram como segurados. O dono está precisando de dinheiro e ateia fogo. O interesse dele mostrou-se ilegítimo, ele queria o sinistro e atuou nesse sentido. O do locatário, não. Este fará jus à indenização e o proprietário, além de perder direito ao seguro, terá de ressarcir a seguradora que indenizou o inquilino.

Se o interesse verdadeiro é de valor menor do que o valor pelo qual foi segurado, há *sobresseguro*. Se ele é maior, há *infrasseguro*.

Em caso de infrasseguro, costuma incidir uma regra proporcional conhecida como *cláusula de rateio*. Se eu asseguro minha casa por 10,

sendo que ela vale 20, e não pactuo expressamente com a seguradora a cláusula padrão que prevê que em caso de sinistro ela pagará até 10, independentemente do valor da casa, o que seria um contrato com cobertura “a primeiro risco absoluto”, a seguradora não me indenizará 10 se a casa for inteiramente perdida. Ela pagará apenas a metade do valor segurado. Pagará 5. E eu arcarei com a outra metade. Esse exemplo é para a cláusula de rateio proporcional cheia, mas há uma variedade de tipos de cláusulas de rateio padronizadas pelas seguradoras.

RISCO

Aqui, há dois conceitos importantes: *risco* e *precaução*.

Risco é ameaça futura de lesão ao interesse segurado *tecnicamente conhecida*, isto é, que foi quantificado com base na estatística e na atuária. O interesse sobre o prédio está ameaçado de lesão pelo fogo. Um automóvel está à mercê de abalroar outro e, além do prejuízo que o dono do automóvel sofre com os danos físicos ao automóvel, ele ainda pode ser civilmente responsável por uma reparação. Tudo isso é risco.

O risco pode ser algo social e individualmente negativo: a morte, a destruição de um bem, o inadimplemento do devedor etc. Temos a tendência de sempre considerá-lo como uma ameaça de infortúnio e não objetivamente, como possibilidade de ocorrer uma necessidade econômica. Em seguro não se trata de *bem* ou *mal*. Risco é algo que se define no contrato de seguro e que obedeça a duas premissas: não ofenda a ordem pública e não deixe de ser individualmente aleatório – na *operação empresarial de seguro* é calculado e certo.

O risco pode ser a ocorrência de fato festejado pelo que o sofre. Sobreviver mais do que a média etária geral é desejado. Entretanto, traz necessidades econômicas. É delicioso ver os filhos entrando na escola, mas quando isso acontece surgem necessidades econômicas. São riscos asseguráveis a sobrevivência e os estudos.

Os riscos são mensuráveis objetivamente: estatísticas e atuária resolvem o problema. A menos que haja desvios, o que se verá na sequência.

Digamos que a seguradora calcule que, no conjunto de dez mil pessoas com idades de 20 a 60 anos, 50 delas falecerão no período de um ano. Com essas premissas ela fixa a taxa para o cálculo do prêmio anual que cada um dos segurados deve pagar individualmente. Esse é o *prêmio de risco*.

Existe o prêmio chamado *comercial*, que é o *prêmio de risco mais os carregamentos*, especialmente as despesas de intermediação, lamentavelmente às vezes muito elevadas, superando até a soma dos sinistros.

Já *precaução* é a possibilidade de vir a existir um risco que *não é* socialmente conhecido, não sendo possível calcular tecnicamente. Isso fica mais claro quando pensamos, por exemplo, num empreendimento envolvendo o uso de uma nova tecnologia, ainda não testada. Podem existir riscos com o empreendimento que usa essa tecnologia, mas não são conhecidos. É a possibilidade de existir um risco desconhecido. Os seguros podem garantir esse tipo de situação – e aí está uma das suas principais funções, o estímulo ao empreendimento e à tecnologia.

PRÊMIO

Prêmio é o preço da garantia do seguro. Ele deve ser medido segundo o interesse e o risco. Se o risco diminui, o prêmio pode ser proporcionalmente devolvido pela seguradora, se o risco aumenta, a seguradora poderá cobrar a diferença, sempre mantendo a relação de equivalência *prêmio-risco-interesse* atribuída na operação seguradora, por meio das técnicas da estatística e dos cálculos atuariais. Em outras palavras, o seguro tem normas próprias para o caso de onerosidade excessiva.

EMPRESARIALIDADE

No parágrafo único do artigo 757 encontra-se o *quinto elemento*, para o qual é preciso chamar atenção, porque ele é muito importante. É o elemento *empresa* ou *empresarialidade*.

O que isso significa? Significa que o contrato de seguro, para que possa concretamente existir, precisa – numa expressão da moda – *vitalizar*.

REFLEXÕES SOBRE O CORONAVÍRUS E OS SEGUROS PRIVADOS

Quanto mais operações reunidas numa carteira de seguro, mais estável e acessível será a operação.

Ao contrário dos demais contratos previstos no Código Civil, o seguro se distingue, justamente, pelo fato de que ele precisa ser operado por uma empresa especialmente autorizada a figurar na posição jurídica de seguradora.

Em princípio, para caracterizar uma relação jurídica nos contratos em geral, não é requisito que as partes exerçam empresa profissional. Qualquer pessoa pode ser transportador, locador, mutuante, empreiteiro, representante etc. O seguro não funciona como esses negócios e os demais em geral. Por isso já se vê que é necessário tomar cuidado para não importar experiências e raciocínios dogmáticos formados a partir de institutos tradicionais do direito privado. A metodologia utilizada para os negócios civis em geral costuma deformar a compreensão do contrato de seguro e tirar-lhe as vantagens.

A operação seguradora é aquela empresa (atividade profissional organizada) que reúne uma massa de pessoas com interesses similares, sujeita a riscos do mesmo tipo, para formar um monte de dinheiro suficiente destinado a indenizar aqueles que vierem a sofrer o sinistro (a realização do risco garantido pelo seguro).

A operação seguradora penetra no contrato de seguro e molda-o. Por isso, é inadequado falar em contrato paritário de seguro. A operação empresarial seguradora exige contratos homogêneos e é impossível para uma seguradora operar um ramo qualquer de seguro sem que ela própria predisponha os textos contratuais, no que é essencial para a operação. A nota de adesão dos seguros, grandes ou pequenos, especiais ou massificados, é uma exigência técnica da operação seguradora.

CONSENSUALIDADE

É preciso, também, deixar claro que o seguro é um contrato consensual – o mais consensual dos contratos, aliás. Não se pode amenizar isso ou dizer o contrário. É tão consensual o contrato, que basta examinar

a generalidade das apólices de seguro, observando a data *de emissão da apólice* e a data *do início de vigência da cobertura* do seguro. Em geral, a cobertura começará antes da emissão da apólice.

A apólice é um documento típico do contrato de seguro, com função meramente probatória, emitido unilateralmente pela seguradora e posterior à avença, na quase totalidade das vezes. É tão consensual o contrato que pode formar-se pelo simples silêncio do oblato. O segurado apresenta a proposta à seguradora. Se ela não recusar expressamente no prazo de 15 dias, está aperfeiçoado o negócio. Não é tácita a aceitação, é pelo simples silêncio.

RESSEGURO E RETROCESSÃO

Para compreender a dogmática do seguro, é preciso falar sobre *resseguro* e *retrocessão*. O art. 4º do Decreto-lei n. 73/66 indica que três outros negócios são integrantes da chamada *operação de seguro*: o *cosseguro*, o *resseguro* e a *retrocessão*.

Cosseguro nada mais é do que a garantia de um interesse submetido a risco por duas ou mais seguradoras. Tenho um interesse a garantir e contrato a garantia com duas seguradoras, cada uma responsabilizando-se por uma cota parte. Não são devedoras solidárias as cosseguradoras, ao menos em princípio, pois pode haver anomalias operacionais que promovem, sob a denominação de cosseguro, a cessão de contrato. As apólices de cosseguro podem ser distintas, mas em geral uma das seguradoras emite a apólice e faz constarem os nomes e a respectiva cota parte de cada cosseguradora. A cosseguradora que emite a apólice é a líder. Ela representa e substitui processualmente as demais. O cosseguro existe porque algumas vezes o proponente quer garantir-se com duas seguradoras diferentes, mas, geralmente, é utilizado porque a seguradora procurada pelo proponente do seguro não quer suportar sozinha a ameaça ao interesse objeto da proposta de seguro. O cosseguro não é um negócio jurídico diferente do seguro. É a partilha de cotas de garantia, sem solidariedade, feita por duas ou mais seguradoras.

Já o *resseguro* é o seguro do interesse da seguradora na sua própria atividade empresarial. Como indicado acima, uma seguradora faz os

estudos estatísticos e cálculos atuariais e define o valor da sua perda provável ou exposição.

Mas, como também já mencionado, a seguradora pode sofrer um desvio na sinistralidade e ver-se em “papos de aranha”. Pode acontecer de cair o avião que ela assegurava com um grupo enorme de segurados de vida, também segurados dela, sobre uma planta industrial que, coincidentemente, está na sua carteira de riscos patrimoniais. Pode coincidir de a seguradora ter muitos clientes médicos, fisioterapeutas e outros profissionais da área da saúde, com os quais celebrou seguro saúde e de vida e diante de inesperada epidemia no âmbito da classe de profissionais da saúde sofrer perdas inesperadas.

Para se prevenir contra as perdas decorrentes desses desvios, a seguradora contrata resseguro. E assim a fila anda. As resseguradoras dela contratam retrocessões, concretizando-se um sistema de dispersão “pandêmica” de riscos.

Esse sistema de dispersão dos efeitos financeiros da realização dos riscos assegurados é o que se denomina *operação de seguro*, que engloba, inclusive por força de lei, o resseguro e as retrocessões. Veja-se a redação do artigo 4º do Decreto Lei n. 73/66:

“Art. 4º Integra-se nas operações de seguros privados o sistema de cosseguro, resseguro e retrocessão, por forma a pulverizar os riscos e fortalecer as relações econômicas do mercado”.

Por essa razão, os desvios de sinistralidade, quando a atividade empresarial seguradora tem boa governança, não causam nenhum abalo à solvência das companhias seguradoras.

O conjunto de agentes econômicos e os organismos de controle estatal das operações de seguro (mais resseguro e retrocessões) formam o chamado *Sistema Nacional de Seguros Privados*, que tem como personagens centrais um órgão normativo, o *Conselho Nacional de Seguros Privados* (CNSP), uma autarquia fiscalizadora, a *Superintendência de Seguros Privados* (SUSEP), além das seguradoras e dos resseguradores, regulados basicamente

na Lei Complementar n. 126/2007, além do Decreto Lei n. 73/66. É um sistema uno e impermeável.

Assim funcionam – ou devem funcionar – os seguros.

A REGRA BÁSICA PARA A INTEPRETAÇÃO DAS EXCLUDENTES

A regra de construção do conteúdo obrigacional de seguro é a de que as disposições que atenuem ou liberam a responsabilidade da companhia seguradora, como é o caso da cláusula que exclui risco próprio do tipo contratual de seguro contratado, devem ser interpretadas restritivamente, contra a seguradora e em favor do segurado ou beneficiário.

O seguro, como indicado acima, é contrato por adesão. As apólices são – e não há como ser diferente no essencial das suas disposições – escritas e uniformizadas pelas companhias de seguro. Além disso, são contratos de complexidade técnica, sujeitos a uma linguagem muito particular, e à emissão de documento unilateral pela seguradora.

A PANDEMIA E OS SEGUROS

Agora, é preciso refletir sobre a pandemia do contágio do coronavírus (COVID-19) e os seguros. Há cinco aspectos importantes a considerar.

1) O primeiro é saber se *juridicamente podem ser assegurados* os interesses expostos aos riscos associados a epidemias ou pandemias;

2) O segundo é saber se pandemia e epidemia são propriamente um risco ou uma *circunstância* ou *condição* na qual se insere o risco de contágio pelo vírus;

3) O terceiro é saber *quais são e se são válidas* as excludentes de cobertura que existem no mercado e que possam ter relação direta ou indireta com a COVID-19;

4) Além disso, em quarto lugar, é importante discutir se a sinistralidade do coronavírus pode ser considerada *causa para a revisão* do contrato de seguro;

5) Por último, é necessário conhecer as diferentes espécies de efeitos deflagrados pelo enfrentamento do coronavírus (COVID-19), notadamente as *declarações de Calamidade Pública*.

SÃO ASSEGURÁVEIS OS RISCOS ASSOCIADOS A PANDEMIAS?

Admitindo que se possa falar em pandemia ou epidemia como um risco, a resposta é positiva. Sim, são riscos asseguráveis.

A assegurabilidade dos riscos pelo contrato de seguro está juridicamente sujeita a duas limitações: (i) a ordem pública e (ii) a casualidade ou *alea* individual dos sinistros.

Na preparação da operação seguradora, os sinistros devem ser calculados no seu conjunto e isso irradia efeitos nas relações individuais, seja para o desenho dos conteúdos contratuais padronizados, como as apólices e suas condições gerais e especiais, seja para a fixação da taxa para o cálculo dos prêmios. Mas, cada sinistro individualmente considerado não pode decorrer de conduta voluntária ou dolosa dos segurados. Pudessem os seguros garantir atos dolosos, seria inviável a operação.

Assim, o risco de morte ou o risco de perda patrimonial em circunstância de pandemia, em princípio, devem ser considerados riscos asseguráveis, pois não ofendem a ordem pública, nem fazem desaparecer a *alea*.

Quando da discussão a respeito da amplitude das garantias dos seguros, feita ao tempo da elaboração do Código Civil de 2002, apresentou-se um substitutivo propondo o seguinte parágrafo único ao primeiro artigo do Capítulo (atual art. 757), com o seguinte teor: “As cláusulas definidoras dos riscos interpretam-se estritamente.”

A rejeição desse comando restritivo reforçou a ideia de que os seguros devem cobrir, em princípio, todos os riscos ordinariamente esperados para o tipo de seguro contratado, evitando o desequilíbrio de que trata o art. 51 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor:

§1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

No direito do seguro em prospectiva, o PLC 29/2017, no art. 14, prevê que “O contrato cobre os riscos relativos à espécie de seguro contratada.” A ideia, aqui, é deixar claro que todos os riscos do tipo contratual sejam garantidos, salvo os “riscos excluídos e os interesses não indenizáveis”, que “devem ser descritos de forma clara e inequívoca”.

O PLC 29/2017 prevê, ainda, no § 6º do art. 18, que “Nos seguros sobre a vida ou integridade física a seguradora poderá cobrar a diferença de prêmio, em caso de agravamento voluntário do risco.” Isso significa que se o agravamento não for voluntário, mas decorrer de uma circunstância externa à vontade do segurado, como é o caso da pandemia, a seguradora não terá sequer o direito de cobrar prêmio adicional.

Tanto os riscos associados à pandemia são asseguráveis, que as companhias de seguro estão acolhendo as reclamações oriundas da frustração de grandes espetáculos e eventos esportivos, como o adiamento das Olimpíadas de Tóquio, com prejuízos estimados em US\$ 2 bilhões, e o cancelamento do torneio de Wimbledon, com indenizações que alçaram mais de US\$ 141 milhões.

Certamente as sociedades empresárias de espetáculos, como a Netflix, serão confortadas com os seguros que garantem os cancelamentos e os sobrecustos de suas produções, sempre que não forem arbitrárias essas ações – cancelamento ou elevação de custos – e sim decorrentes de condutas ajustadas ao enfrentamento da chamada crise do coronavírus.

PANDEMIA E EPIDEMIA PODEM SER CONSIDERADAS COMO UM RISCO NO SENTIDO TÉCNICO DA PALAVRA?

No plano dos contratos de seguro, não existe um “risco de pandemia ou epidemia”. Se eu morro por causa de uma doença, a *causa* do sinistro, o risco, é a possibilidade de morrer por essa doença, e não o fato de essa doença vir a ocorrer com maior frequência ou numa amplitude territorial ampla.

A pandemia é uma *circunstância*, uma *condição*, e não propriamente uma *causa*. Se a pandemia for de hepatite, a causa da morte poderá ser a hepatite, nunca a sua ocorrência em condição endêmica ou pandêmica. São expressões genéricas e cuja utilização prejudica a compreensão e a previsibilidade dos segurados e beneficiários.

Quando a apólice exclui da cobertura do risco de incêndio aquele incêndio que acontece durante um período prolongado de seca, ela está claramente excluindo o incêndio *causado* pelo fato da seca e não todo e qualquer incêndio ocorrido durante o período. Caso, porventura, o fogo seja ateado por alguém, e não se encontrem excluídos da cobertura os atos praticados por terceiros, então esse incêndio será indenizado pela seguradora.

Nos riscos chamados catastróficos, como o risco de danos causados por guerra, acontece o mesmo. No *seu Tratado teórico e prático do contrato de seguro e prática do contrato de seguro incêndio*, de 1885, Henri LALANDE, cuidando da exclusão de risco de guerra, já ensinava que a prova do fato da guerra que *causou* o incêndio, ou seja, a prova da exoneração da seguradora, é ônus que cabe a esta. Não lhe basta provar que o incêndio aconteceu durante a guerra e em zona de guerra; é necessário provar que a causa do incêndio foi um ato de guerra.

Quando a apólice apresenta, como causa que exclui a cobertura, algo que não é causa, mas sim condição, gera uma grande confusão. Quem é profissional dedicado a uma atividade tão técnica e especializada não pode falhar ao escrever os instrumentos destinados a documentar o conteúdo dos seus contratos. No seguro de vida, por exemplo, não há morte por pandemia, mas morte por alguma causa (COVID-19) que está se verificando de forma ampla na causação de mortes.

O segurado que lê a exclusão de pandemia nunca poderia imaginar que, vindo a morrer por causa de uma virose ou “gripezinha”, isso significará que seus beneficiários não terão direito ao capital segurado. Causa muita insegurança excluir de forma genérica a pandemia num seguro de vida. Além de não ser um risco, mas uma circunstância ou condição agravadora da possibilidade de realização do risco morte, a natureza da cobertura leva o segurado a acreditar que se sofrer uma morte natural, que não foi causada por doença preexistente que tenha omitido de má fé da seguradora, o capital segurado será pago aos seus beneficiários.

Não seria difícil imaginar que apenas um pequeno punhado de segurados, de um grupo imenso, venha a falecer exclusivamente por causa da COVID-19. Muitos outros morrerão porque, acometidos por outras doenças ou traumas, se depararão com a falta de atendimento médico-hospitalar. De qualquer forma, a justificativa para a negativa de cobertura dessas mortes se mostraria mais do que abusiva, se considerarmos que o risco de aumento de sinistralidade foi protegido por mecanismos de dispersão no âmbito da operação de seguro e, desse modo, não se justifica a exclusão do ponto de vista atuarial.

Ainda que a sinistralidade da seguradora cresça por mortes ocorridas exclusivamente em razão da COVID-19, com relação à experiência estatística da seguradora, tal fato não justifica a exclusão.

Isso porque, como já dito, as seguradoras exercem uma empresa de previsão especial, que leva em conta a possibilidade de desvios e catástrofes. Elas lançam mão das técnicas de proteção de riscos de sua atividade e de técnicas de precaução. Trata-se do resseguro, que ela deve contratar de forma o mais prudente possível, justamente para evitar sua própria insolvência caso ocorram mais sinistros ou sinistros com efeitos mais severos do que o originalmente programado a partir dos seus cálculos matemáticos.

Isso explica o fato de seguradoras, que têm cláusulas de exclusão de pandemia nas suas apólices de seguro do ramo vida, haverem declarado publicamente que pagarão os capitais segurados aos beneficiários, mesmo que a morte seja causada *exclusivamente* por COVID-19. E não foram

poucas, apenas uma pequena minoria ainda está apostando em políticas de negativa.

A insistência na palavra *exclusivamente* é proposital. Se a COVID-19 for concausa da morte, ou seja, se a morte for causada pelo agravamento de outras patologias em conjunto com o coronavírus, então, mesmo se reconhecermos a validade e a aplicação de uma exclusão de pandemia, a solução é de concorrência entre causas cobertas e causa excluída, e o seguro, nessas circunstâncias, deve ser pago, seja de vida ou de qualquer outro ramo.

As seguradoras de vida reticentes em assumir a cobertura das mortes por COVID-19 apegam-se no fato de que a própria autarquia fiscalizadora do setor segurador, a SUSEP, empreendeu a Resolução CNSP n. 440/2012, que estabelece parâmetros obrigatórios para os chamados microsseguros – que considero espécie de seguro para “micro cidadãos” com “micro direitos”. No art. 12 dessa Resolução está escrito:

“As exclusões específicas relativas a cada cobertura deverão estar relacionadas logo após a descrição dos riscos cobertos em todos os documentos contratuais, inclusive nos bilhetes, apólices e certificados individuais.

I – Nas coberturas classificadas como microsseguro de pessoas:

*(...) d – **epidemia ou pandemia declarada por órgão competente**”.*

Ao assim proceder, a SUSEP acabou induzindo a possibilidade de serem utilizadas as exclusões de pandemia e epidemia nos seguros pessoais e, como é natural, há o risco de Magistrados, seduzidos pelo *pacta sunt servanda*, acabarem respaldando as negativas de cobertura desse pequeno grupo de seguradoras que não veio a público reconhecer que não aplicará as exclusões de pandemia aos seguros de vida.

Apesar de suas conaturais proteções (provisões, reservas, resseguro etc.) as seguradoras e resseguradoras não deixarão de sofrer o impacto da pandemia do coronavírus, que agravará a crise econômica, produzindo reclamações nos seguros patrimoniais, e é provável que haja um afunilamento das torneiras dos pagamentos de indenizações e dos critérios para a interpretação dos contratos durante a regulação dos sinistros reclamados.

No seguro saúde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) veio a público para dar a seguinte notícia, no seu sítio eletrônico:

“4 – Os planos de saúde cobrem o tratamento dos problemas de saúde causados pelo coronavírus?”

Sim, os planos de saúde já têm cobertura obrigatória para consultas, internações, terapias e exames que podem ser empregados no tratamento de problemas causados pelo coronavírus (COVID-19). É importante esclarecer que o consumidor tem que estar atento à segmentação assistencial de seu plano: o ambulatorial dá direito a consultas, exames e terapias; o hospitalar dá direito a internação”.

Entretanto, isso não é verdade. Segundo a Resolução n. 453 da ANS, apenas está coberto o exame “quando o paciente se enquadrar na definição de caso *suspeito* ou *provável* de doença pela COVID-19. A resolução não esclarece o que seriam *casos suspeitos* ou *prováveis* (ex., se é preciso indicação médica), mas será recusada cobertura para aquele que, por si próprio, decidir fazer o exame:

“Art. 3º O Anexo II da RN n. 428, de 2017, passa a vigorar acrescido dos itens, SARS-CoV-2 (CORONAVÍRUS COVID-19) – PESQUISA POR RT-PCR cobertura obrigatória quando o paciente se enquadrar na definição de caso suspeito ou provável de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19) definido pelo Ministério da Saúde, conforme Anexo II desta Resolução”.

A Federação Nacional de Saúde Suplementar (FenaSaúde) entende que é preciso indicação médica:

“Qualquer beneficiário pode se dirigir a um laboratório para fazer o exame específico para detecção da COVID-19 a ser coberto pelos planos? Não. Seguindo o estabelecido na resolução normativa n. 453, de 12/03/2020, da ANS, o exame específico será feito apenas nos casos em que houver indicação médica para casos classificados como suspeitos ou prováveis de doença pela COVID-19.

Mas, desde 20/3, quando todo território nacional foi considerado em

REFLEXÕES SOBRE O CORONAVÍRUS E OS SEGUROS PRIVADOS

estado de transmissão comunitária, a orientação do Ministério da Saúde é realizar o exame específico para a COVID-19 apenas em casos graves de pacientes internados”.

Caso o exame seja anterior à Resolução n. 453, de 12 de março, as seguradoras têm recusado a cobertura, assim como têm-na recusado quando o exame não é precedido de uma indicação médica, posturas sujeitas a críticas diversas e que dificilmente serão endossadas pelo Poder Judiciário.

Deixando de lado os seguros de vida e saúde e partindo para os ramos de seguros patrimoniais, pode-se afirmar que a pandemia, apesar do impacto que terá no setor de seguro como um todo,¹ não será propriamente a causa de sinistros, nem é comum que ela seja mencionada como risco excluído.

Existem apólices de seguro de crédito e de outros ramos de seguro de danos que trazem exclusão das patogenias, porém no contexto de manuseios industriais, como pesquisas de laboratórios e fabricação de armamentos, ameaças nucleares, armas químicas, desenvolvimento de tecnologias perigosas e situações similares:

*“1.3. Perda, dano, responsabilidade ou despesa, direta ou indiretamente causados por, ou que tenham contribuído para, ou decorrentes de: (a) reação nuclear, radiação nuclear ou contaminação radioativa; ou (b) elementos biológicos ou químicos, **patogênico**, tóxicos ou venenosos, em qualquer circunstância, incluindo, entre outros: (i) radiação ionizante resultante de, ou contaminação por radioatividade oriunda de qualquer combustível nuclear ou de qualquer resíduo nuclear ou da combustão de um combustível nuclear; (ii) propriedades radioativas, tóxicas, explosivas ou outras propriedades perigosas ou contaminantes de qualquer instalação, reator ou outra unidade nuclear ou componente nuclear da mesma; (iii) qualquer arma de guerra que empregue fissão atômica ou nuclear e/ou*

¹ *Forced COVID-19 payments could “bankrupt” industry: Chubb CEO.* Disponível em: <<https://www.reinsurancene.ws/forced-covid-19-payments-could-bankrupt-industry-chubb-ceo/>>. Acesso em: 21/04/2020.

fusão ou outra reação semelhante ou força ou matéria radioativa; (iv) propriedades radioativas, tóxicas, explosivas ou outras propriedades perigosas ou contaminantes de qualquer matéria radioativa. A exclusão neste item não se estende aos isótopos radioativos, além do combustível nuclear, quando tais isótopos estiverem sendo preparados, transportados, armazenados ou utilizados para fins comerciais agrícolas, médicos, científicos ou outros fins pacíficos semelhantes; (v) qualquer arma química, biológica, bioquímica ou eletromagnética.

Aqui, o que desempenha papel central é o conjunto de atos normativos estatais, como *Declarações de Estado de Emergência* e *Declarações de Calamidade Pública* – enfim, atos dos Poderes Públicos motivados pela pandemia da COVID-19, associada ao agravamento da crise econômica, poderão gerar impactos.

No plano das relações patrimoniais, haverá problemas decorrentes do inadimplemento de obrigações, impedimento de acesso a atividades, resoluções contratuais etc.

Ainda que haja incremento geral da sinistralidade, as seguradoras não podem opor aos seus segurados o caso fortuito ou de força maior. Suas dívidas são de prestação pecuniária e estão sujeitas a um regime muito especial de provisões, reservas, resseguro etc. Se nos seguros de vida é possível admitir que a contaminação epidêmica pode atingir níveis que a assemelhem a uma catástrofe natural, nos chamados seguros de danos isso é forçar demasiado, pois o nexo é mediato e não direto.

Os efeitos das ocorrências extraordinárias recebem tratamento muito cuidadoso na operação de seguro. A vantagem do contrato de seguro é que ele está inserido num sistema de solvência que, além das medidas para proteção da operação originária (estruturas técnicas, reservas e provisões), passa pelos resseguros e vai até as retrocessões (art. 4º do Decreto Lei n. 73/66).

No plano econômico e financeiro, as companhias seguradoras bem fiscalizadas e com boa governança poderão sentir o aumento da sinistralidade do coronavírus, nos seguros de vida e saúde ou de fatos causados pelas medidas adotadas pela Administração Pública ou pela sociedade civil de modo geral. A sinistralidade pode sofrer desvio, mas

a solvência do sistema não teria como ser abalada, caso organizada com a devida perícia.

Tudo isso justifica a existência, no Código Civil, de um regime especial para o contrato de seguro, que ousou chamar de “microsistema da onerosidade excessiva”.

A seguradora que tenha tomado conhecimento, por qualquer modo, da existência de qualquer “incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto”, caso queira liberar-se das obrigações contraídas com o segurado, tem o ônus de, no prazo de 15 dias, “dar-lhe ciência, por escrito, de sua decisão de resolver o contrato”.

Essa “resolução só será eficaz trinta dias após a notificação” ser recebida pelo segurado e os prêmios pagos, nesse caso, devem ser restituídos proporcionalmente. É isso que preveem o artigo 769 e seus dois parágrafos.

De todo modo, é importante frisar que, ainda que se pudesse considerar válida a exclusão, o que não é possível, a liberação de responsabilidade da seguradora não abrangeria os sinistros já em curso, ou iminentes – pois aqui não se colocaria em cena o risco, mas a própria gestação do sinistro. Mesmo que se pudessem considerar meros riscos os que se concretizariam a seguir, a lei restringiria o direito de recusa apenas aos que viessem a ocorrer depois de terminado o prazo de trinta dias, contado do recebimento da notificação pelo segurado. Até lá, novos sinistros também estariam garantidos.

Nenhuma seguradora, por mais ciente de que a pandemia e os atos das autoridades poderão agravar consideravelmente os riscos que assumiu proteger, o que dispensa ser disso avisada pelos segurados ou beneficiários, decidiu resolver os contratos de seguro expostos à ameaça da circunstância de pandemia. Agora, *c'est un fait accompli*, embora fique o fantasma do eventual encolhimento das coberturas das futuras apólices.

O que certamente ocorrerá, isso sim, são efeitos nas relações obrigacionais dos segurados *com terceiros*. Isso repercutirá nas relações obrigacionais e no seguro.

Locatários deixarão de pagar os aluguéis e as fianças locatícias serão chamadas a funcionar. A causa, aí, não é a pandemia, mas a incapacidade de pagamento dos devedores ou a renegociação para prevenir eventual abalo.

Obras serão interrompidas e isso poderá gerar sinistros. Por exemplo, uma concretagem, que deveria de ser executada sem interrupções, vem a ser interrompida e essa mudança na metodologia construtiva acaba gerando uma fragilidade que resulta em sinistro.

Os seguros patrimoniais que garantem lucros cessantes, em certa medida, funcionarão. Isso dependerá de cada contrato, do teor de cada proposta e de cada apólice. Há apólices que impropriamente *coisificam* o conceito de dano material, definindo-o como dano físico à propriedade – um absurdo estrangeirismo, que o mercado brasileiro engoliu depois da desarticulação do IRB, a partir do início dos anos 1990.

Aqui o papel da jurisprudência será fundamental. Há doutrina e precedentes que reconhecem abusiva a coisificação da cobertura que priva de abrigo o interesse mais relevante que se procurou assegurar.

Há, também apólices que preveem que o dano material é sinônimo de dano patrimonial. Estas apólices são mais propícias para gerar, independentemente de disputas judiciais ou arbitrais, o pagamento de indenizações por lucros cessantes e gastos fixos e adicionais, quando garantidos o lucro cessante e os gastos independentemente de outro dano, pois o lucro cessante é um dano patrimonial ou material direto.

As apólices de seguros de danos de uma maneira geral (operacionais, riscos de engenharia etc.) não incluem, entre os riscos excluídos, as pandemias e epidemias, nem atos do príncipe de forma ampla. Veja-se uma exclusão típica:

“A) Guerra, invasão, ato de inimigo estrangeiro, hostilidades ou operações bélicas, guerra civil, insurreição, rebelião, revolução, conspiração ou ato de autoridade militar ou usurpadores de autoridade ou atos de qualquer pessoa que esteja agindo por parte de ou em ligação com qualquer organização cujas atividades visem à derrubada, pela força, do governo “de

REFLEXÕES SOBRE O CORONAVÍRUS E OS SEGUROS PRIVADOS

jure” ou “de facto” ou a instigar a queda do mesmo, por meio de atos de terrorismo, sabotagem ou subversão e suas conseqüências;

B) Confisco, nacionalização e requisição por ordem de qualquer autoridade que possua o poder “de facto” ou “de jure” para assim proceder;

C) Danos causados por atos ilícitos dolosos ou por culpa grave equiparável ao dolo praticados pelo segurado, pelo beneficiário ou pelo representante, de um ou de outro. Nos seguros contratados por pessoas jurídicas, a exclusão dos danos causados por atos ilícitos dolosos aplica-se aos sócios controladores, aos seus dirigentes e administradores legais, aos beneficiários e aos seus respectivos representantes”.

As apólices de seguro de responsabilidade civil trazem sempre a exclusão da cobertura caso o sinistro decorra de caso fortuito ou força maior:

“Indenizações decorrentes de caso fortuito e força maior, conforme definido no artigo 393 do Código Civil Brasileiro”.

Ora, no seguro de responsabilidade civil a exclusão de força maior é normal e não há por que ser disputada. Protege a seguradora da reclamação do segurado que, não sendo obrigado, indeniza o prejuízo sofrido pelo terceiro vitimado. Ou seja, quando o pagamento é ato de liberalidade.

Nos seguros de garantia de obrigações contratuais, o conceito de inadimplemento oferecido pelo artigo 6º da Circular SUSEP 477/2013 causa dificuldades para a exclusão de responsabilidade da seguradora, sempre que não se tratar de inadimplemento causado pelo segurado credor:

“Art. 6º Para fins desta Circular definem-se: I – Sinistro: o inadimplemento das obrigações do tomador cobertas pelo seguro...”.

Nesse tipo de seguro, o esgotamento da capacidade do tomador para a execução do contrato, seja pela impossibilidade, seja pela onerosidade, ou por ter sido levado a estado de insolvabilidade, é sinistro

típico, sempre que o segurado não tenha causado ou cooperado para que isso acontecesse.

O segurador garantidor do risco de inadimplemento, no caso de insolvência do devedor, pois, não é liberado de sua obrigação. Aliás, é para cobrir também esse risco que o credor (segurado) exige a prestação da garantia de seguro pelo seu devedor (tomador do seguro).

Assim, no seguro garantia, em princípio, a seguradora deverá pagar ao segurado a indenização pelos prejuízos que lhe forem causados pelo inadimplemento do tomador do seguro e voltar-se contra este.

O tomador, por sua vez, poderá defender-se da pretensão ressarcitória da seguradora arguindo força maior ou fato do príncipe.

Finalmente, preocupa o artigo 21 do “Projeto Anastasia” (PLS 1.179/2020): “*Fica suspensa até 31 de outubro de 2020 a aplicação dos incisos XV e XVII do § 3º do art. 36 e do inciso IV do art. 90 da Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011.*”

O inciso IV do art. 90 da Lei n. 12.529/2011 define ato de concentração quando “duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*”. Suspensa a ilicitude, pode ocorrer de os acionistas controladores ou os administradores adotem a conduta anticoncorrencial, antes de 31 de outubro de 2020, ou seja, durante a suspensão.

Havendo reclamações, ou instauradas investigações, ou processos judiciais sobre o fato, poderão surgir discussões com a seguradora do seguro de responsabilidade civil D&O dos agentes da conduta anticoncorrencial, ensejando a utilização.

Os administradores segurados poderiam argumentar que não havia ilicitude quando adotada a conduta censurada, exigindo o pagamento, pela seguradora, dos custos de defesa e das indenizações devidas a terceiros pelos prejuízos causados.

Teria a seguradora de pagar? Entendo que não quando o ato for voluntário e apesar da suspensão de ilicitude (a) for socialmente conhecido

como contrário à ordem econômica e concorrencial e (b) a conduta não for necessária para atender às necessidades criadas pela epidemia do coronavírus. Seria aqui, talvez o caso de se arguir a incidência, pela seguradora, do art. 187 do Código Civil que reputa ilícito o desvio de finalidade do direito pelo seu titular: *“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”*