

COVID-19 e o seguro de lucros cessantes

Gustavo Palheiro Mendes de Almeida*

Resumo: A paralização de negócios por determinação do poder público em razão dos efeitos do COVID-19 promoveu condições favoráveis para o acionamento da cobertura de lucros cessantes em seguros patrimoniais, quando contratados. Diversos segurados e corretores têm dúvidas se suas apólices preveem ou não tal cobertura. Dentre as distintas possibilidades de elaboração deste clausulado, a doutrina internacional e nacional, assim como casos judicializados no mundo, podem auxiliar a compreender e ilustrar o alcance que alguns termos-chave podem adotar nos contratos diante da atual pandemia.

Abstract: Business interruption imposed by civil authorities shutdowns due to the effects of COVID-19 promotes favorable conditions for triggering the coverage of lost profits in property insurance, when contracted. Several insurance companies and brokers have questions about whether their insurance policies cover this event or not. Among the different possibilities of preparing this policies, the international and national doctrine, as well as judicial cases in the world can help and understand and illustrate the scope of some key terms that can be adopted in the contracts exposed to the current pandemic.

Palavras-chave: Seguros, COVID-19, lucro cessante, interrupção de negócios, cobertura, jurisprudência, casos internacionais, doutrina, dano físico, dano material, dano patrimonial.

Keywords: Insurance, COVID-19, loss of profit, business interruption, coverage, jurisprudence, international cases, doctrine, physical damage, material damage, property damage.

Introdução

Nenhum acontecimento dominou as pautas sanitária e social e afetou tanto as economias nacionais e mundial como a doença COVID-19¹. O impacto da maciça disseminação do vírus alcançou

* Advogado, bacharel pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV DIREITO RIO), mestrando na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), sócio do escritório Ernesto Tzirulnik - Advocacia (ETAD).

¹ Disponível em: <https://emedicine.medscape.com/article/2500114-overview>. Acessado em: 07/05/2020.

rapidamente proporções pandêmicas², com taxas de infecção ainda crescentes em diversos países, especialmente no Brasil³. Tem sido um grande desafio para os sistemas de saúde, público e privados. Conforme apontou Armando Castelar (IBRE/FGV e UFRJ), em meados de abril o Brasil constava na 14ª posição entre os países com maior número de casos confirmados⁴. Em meados de maio de 2020 já havia atingido a trágica marca de mais de 241 mil casos confirmados e mais de 16 mil mortes, um crescimento em torno de 86% em relação ao mesmo período do mês anterior⁵. Neste momento, Brasil ocupa o sexto lugar na lista dos países com maior número de mortes em razão do COVID-19⁶.

Os poderes públicos estaduais e municipais vêm promovendo medidas de isolamento social, e o governo federal encontra-se praticamente inerte. Indivíduos, empresas, regiões e cidades inteiras estão em quarentena obrigatória ou fortemente recomendada. As pessoas são orientadas a permanecer em casa por tempo ainda indeterminado para evitar o contágio e desacelerar a disseminação da doença letal. Quase todos os setores econômicos foram bastante prejudicados.

O setor de seguros, que exerce papel social relevantíssimo para evitar ou amenizar as perdas frente aos acidentes contemporâneos, ocupa lugar importante no combate aos efeitos da pandemia. Os riscos de perdas patrimoniais, inclusive as estritamente financeiras ocorridas na circunstância de pandemia são seguráveis, pois não ofendem a ordem pública, nem fazem desaparecer a álea essencial aos sinistros.

Seguradoras e resseguradoras já se mobilizaram para indenizar aos organizadores de grandes espetáculos e eventos esportivos, que haviam contratado apólices com cobertura de pandemia. São exemplos o adiamento das Olimpíadas de Tóquio, com prejuízos

² Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812 . Acessado em: 07/05/2020.

³ Disponível em: <https://emedicine.medscape.com/article/2500114-overview> .

⁴ Disponível em: <https://www.armandocastelar.com/index.php/pt/blogp>. Acessado em: 14/04/2020.

⁵ Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acessado em: 18/05/2020.

⁶ Disponível em: <https://istoe.com.br/brasil-registra-674-mortes-por-coronavirus-em-24h/> . Acessado em: 18/05/2020.

estimados em US\$ 2,6 bilhões, e o cancelamento do torneio Grand Slam de Wimbledon, com indenizações pagas que alcançaram mais de US\$ 142 milhões⁷.

As seguradoras foram chamadas a indenizar perdas indiscutivelmente cobertas e outras contratualmente polêmicas, em razão dos termos vagos e imprecisos das apólices. O problema central recai sobre os riscos empresariais.

Segurados e corretores têm questionado se os seguros patrimoniais que garantem lucros cessantes, também denominados seguro de interrupção de negócios, poderiam ser acionados para indenizar perdas decorrentes da imprevisível e imprevista paralização de negócios resultante do enfrentamento da Covid-19. As soluções dependerão do estipulado em cada contrato. Entretanto, precisões conceituais podem auxiliar a ver o mundo que se desvela nas apólices comercializadas.

As apólices de seguros patrimoniais muitas vezes “coisificam” o conceito de dano material, definindo-o de modo a restringi-lo ao dano físico à propriedade⁸. A questão que aqui se coloca é como a exigência de dano físico à propriedade para a cobertura de seguros patrimoniais com cobertura de lucros cessantes, sendo estes causados na circunstância do COVID-19, pode adotar contornos semânticos flexíveis, diante da avaliação de sua validade jurídica e da redação conferida aos clausulados padronizados pelas seguradoras.

Considerando que segundo o velho princípio *in dubio pro securado* qualquer dúvida sobre a semântica do contrato de seguro deve ser resolvida em favor do segurado e dos beneficiários, mesmo vetor que a nossa lei determina. Seja seguindo na intervenção administrativa

⁷ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/05/empresas-tentam-reduzir-prejuizos-ao-adiar-megaeventos.shtml>. Acessado 20/05/2020.

⁸ A esse respeito, cf. TZIRULNIK, Ernesto. *Seguro de riscos de engenharia: instrumento do desenvolvimento*. São Paulo: Roncarati, 2015, p. 164 e ss. TZIRULNIK, Ernesto. *Reflexões sobre o coronavírus e os seguros privados*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/covid19-seguros.pdf>. Acesso em 20.05.2020. Há apólices que não utilizam o conceito de “dano físico” e utilizam a expressão “dano material” que na técnica jurídica é sinônimo de “dano patrimonial”, embora alguns léxicos particulares do setor de seguro resistam a aceitar a equivalência de significado. Estas apólices estão mais expostas ao risco de indenização de lucros cessantes “puros”, ou seja, independentemente de qualquer outro dano, pois o lucro cessante pode caracterizar-se como um dano patrimonial e material.

(Decreto Lei nº 73/66, art. 2º), hoje no direito obrigacional em geral por meio da regra do artigo 423 do Código Civil, é de se esperar que as seguradoras que pretendam restringir suas coberturas tenham o máximo cuidado com a redação dos seus clausulados e prestem o máximo esclarecimento a respeito das limitações da cobertura aos que desejem com elas contratar. Infelizmente, essa conformidade com as devidas práticas contratuais em sede de contratos por adesão nem sempre é adotada. Não é incomum as apólices sequer passarem pelos consultores e assessores jurídicos das seguradoras, internos e externos, limitando-se a traduções mal ajambradas, revisadas apenas pela área comercial. Ora o pêndulo da exegese permite uma coisa, ora poderá vir a permitir outra absolutamente inversa. Vejam o que já aconteceu na nossa história, por exemplo, com a insistência de utilizar a expressão “dano pessoal” e nela querer enxergar apenas o “dano corporal físico”. Durante anos assim foi até que a ideia de dano a pessoa tornou-se mais bem conhecida e as seguradoras tiveram de também pagar o dano moral na cobertura de dano pessoal.

Além da clareza, os contratos devem ser funcionais. Todos sabemos que as disposições leoninas são facilmente invalidadas, especialmente se o direito de incidência é, como o nosso direito obrigacional privado, regido pela boa fé objetiva, pela funcionalidade social e limitado contra desvios da socialidade.

O Direito exige sistema, e as normas jurídicas, sejam legais, sejam contratuais, precisam de clareza, sob pena de produzirem resultados distintos dos almejados por aqueles que formularam os comandos: sejam os legisladores, sejam as partes de um contrato, sejam os julgadores que formulam regras que deverão ser executadas.

Se é assim com os contratos paritários, o que dizer dos contratos de seguro, necessariamente padronizados e essencialmente sujeitos à decisão binária – aceitar ou não – do segurado?

Contratos, clausulados, propostas, e outros documentos mal escritos são objeto de discussões corriqueiras do âmbito jurídico mundial. Tratam-se de polêmicas universais. Definitivamente não falamos de “jabuticabas”. Para ficar num só exemplo, lembre-se o sinistro das torres gêmeas, cuja, discussão foi originada por particularidades redacionais potencializando a polêmica sobre terem-se caracterizado um ou dois eventos. Uma dúvida de U\$ 3,5 bilhões⁹.

⁹PALHEIRO, Gustavo. *A Arte de Elaborar o Contrato*. ENS, 2015. Disponível em:

Espero que este artigo seja compreendido como uma contribuição para a estabilidade das torres dos segurados e das seguradoras e não como um ataque a estas. O seguro não é um negócio entre divergentes, mesmo porque, ainda que de forma mediata, a ideia de mutualidade, comunidade e solidariedade não só ajuda a melhor caracterizar a operação empresarial de seguro (resseguro e retrocessão), como penetra em todos os tipos de contrato de seguro.

Um dos maiores pensadores do nosso tempo, Edgar Morin, falando sobre o nosso tema – Covid-19 em condição de pandemia –, adverte que sempre *tentamos nos cercar com o máximo de certezas, mas viver é navegar em um mar de incertezas, através de ilhotas e arquipélagos de certezas nos quais nos reabastecemos*.¹⁰ Ele também acentua que *o conforto intelectual e o hábito têm horror das mensagens que os incomodam*.¹¹

Pois, bem, ainda que este artigo possa causar certa estranheza, diante das convicções de muitos agentes do mercado de seguro, procura-se pisar naquilo que é sólido para mostrar as incertezas da navegação contratual e contribuir com as novas discussões. Para alcançar esse objetivo, identificar-se-ão alguns pontos de atenção aplicáveis às apólices comercializadas no Brasil à luz das demandas judiciais havidas nos diferentes mercados internacionais, considerando a doutrina nacional, internacional e as especificidades do nosso ordenamento jurídico.

1. O contexto internacional

Recentemente, os Presidentes da França e dos Estados Unidos conclamaram publicamente as seguradoras a pagarem pelos lucros cessantes causados pela interrupção de negócios em razão da pandemia da COVID-19. Emmanuel Macron salientou que o setor segurador

<https://prezi.com/jihdhmppyvgr/reflexoes-a-arte-de-elaborar-o-contrato-6a-edicao-escola-nacional-de-seguros-funenseg-30092015/> ; https://www.ens.edu.br/arquivos/30.09_alexandre_mandaji_seminario_de_resseguro.pdf . Acessado 23/05/2020.

¹⁰ Disponível em <https://www.voicers.com.br/pandemia-isolamento-social-para-edgar-morin-as-certezas-sao-uma-ilusao/>. Acessado em 20/05/2020.

¹¹ Disponível em <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Sociedade-e-Cultura/Edgar-Morin-Essa-crise-nos-leva-a-questionar-nosso-modo-de-vida-nossas-reais-necessidades-mascaradas-nas-alienacoes-da-vida-cotidiana-/52/47272>. Acessado em 25/05/2020.

precisaria “se fazer presente” para estabilizar a economia,¹² provocação convergente com a de Donald Trump, ambos logicamente referindo-se a:

*Existem pessoas que nunca utilizaram o seguro de lucro cessante e mesmo assim pagam há muitos anos as suas apólices. **E quando finalmente precisam, a seguradora diz “nós não vamos pagar”, {...} Não podemos deixar isso acontecer. [...] Eu gostaria que as seguradoras pagassem o que precisam pagar, se for justo.***¹³ⁱ

A relevância da matéria para todos aqueles que lidam com os contratos de seguro, sejam os segurados ou as seguradoras, os intermediários ou a Administração Pública, os beneficiários ou os resseguradores, é dilatada pelo fato de a interrupção de negócios ser o segundo maior risco a que as empresas estão expostas em âmbito mundial, e o risco nº 1 para as empresas que operam no Brasil, segundo o estudo internacional “Allianz Risk Barometer 2020”, que se baseou em entrevistas feitas com 3 mil executivos do setor de seguros de 102 países.¹⁴ Em paralelo, também foi identificada como a mais significativa perda financeira diante da pandemia de COVID-19 pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE):

As perdas mais significativas serão decorrentes dos fechamentos de negócios e interrupções na cadeia de suprimentos - e muitas dessas perdas provavelmente não estarão seguradas. Será necessária a intervenção do governo para preencher essa lacuna de proteção.¹⁵ⁱⁱ

¹² Disponível em: <https://insurancejournal.com/news/international/2020/04/28/566595.htm>. Acessado 20/05/2020

¹³ Tradução livre, grifos nossos. Disponível: <https://www.foxbusiness.com/lifestyle/trump-insurers-coronavirus-business-coverage-gray-area>. Acessado 20/05/2020.

¹⁴ Allianz Global Corporate & Specialty SE. *Allianz Risk Barometer Results Appendix 2020: Based on the insight of 2,718 risk management experts from 102 countries and territories*. Janeiro, 2020. Munich, Germany. Disponível em: <https://www.agcs.allianz.com/content/dam/onemarketing/agcs/agcs/reports/Allianz-Risk-Barometer-2020-Appendix.pdf> . Acessado 05/05/2020. pp. 2, 14.

¹⁵ OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs. *Initial assessment of insurance coverage and gaps for tackling COVID-19 impacts*. Abril, 2020. p. 2. Disponível

A imprensa internacional já vem noticiando a deflagração de demandas judiciais sobre o tema. É o caso do restaurante French Laundry, na Califórnia, dentre outros.¹⁶

Sob a perspectiva dos ordenamentos jurídicos, diversos países têm dedicado parte das agendas legislativas a projetos de lei para tornar compulsórias determinadas coberturas relacionadas a pandemias, com incidência, inclusive, sobre os contratos em vigor.

O Senado Federal brasileiro, por votação unânime, aprovou o PL nº 2.113/2020 para inclusão das mortes decorrentes da pandemia de coronavírus na cobertura de todos os seguros de vida e invalidez permanente, assim como para os seguros e planos de saúde. Os contratos não poderão conter restrição a qualquer doença ou lesão decorrente de emergência de saúde pública (Lei 13.979, de 2020).

Especificamente sobre os seguros patrimoniais com cobertura de lucros cessantes, os Estados de Nova Jersey (Bill A-3844 de 16/03/2020)¹⁷ e de Massachusetts (Bill S.2655 de 06/04/2020)¹⁸ estão discutindo legislações locais que obrigam as seguradoras a cobrir perdas relacionadas ao COVID-19.

Em resposta aos movimentos estatais e legislativos, a Global Federation of Insurance Associations (GFIA) publicou uma declaração sobre como os governos deveriam implementar medidas de urgência em resposta ao COVID-19, dentre os pontos suscitados, destaca-se:

Garantir a estabilidade financeira do setor de seguros é vital. Sem ela, as seguradoras não poderão continuar a responder à crise ou honrar suas obrigações com os segurados de acordo com as apólices

em: <https://www.oecd.org/finance/Initial-assessment-of-insurance-coverage-and-gaps-for-tackling-COVID-19-impacts.pdf>. Acessado em: 20/04/2020.

¹⁶Disponíveis em: <https://edition.cnn.com/2020/03/27/business/thomas-keller-lawsuit-coronavirus-losses/index.html> ; <https://www.wsj.com/articles/pressure-mounts-on-insurance-companies-to-pay-out-for-coronavirus-11585573938>; <https://www.wsj.com/articles/new-orleans-restaurant-kicks-off-coronavirus-insurance-coverage-litigation-11584631384>. Acessados em: 10/05/2020.

¹⁷Disponível em: <https://www.whiteandwilliams.com/pp/alert-5415.pdf?25840>. Acessado em: 18/05/2020.

¹⁸Disponível em: <https://malegislature.gov/Bills/191/SD2888> . Acessado em: 18/05/2020.

*existentes. Nossa indústria está comprometida em ajudar os governos a atender às necessidades financeiras de cidadãos e empresas. No entanto, quando a cobertura de pandemias e outras causas de perdas não forem incluídas nas apólices existentes ou refletida nos prêmios pagos, exigir que as seguradoras cubram essas perdas retroativamente poderia ameaçar seriamente a estabilidade do setor de seguros global.*¹⁹ⁱⁱⁱ

As declarações de ameaça à solvabilidade do sistema de seguros podem ou não ser verdadeiras ou, simplesmente, comprováveis. Isso com maior ênfase em países, como o nosso, que têm custos comerciais tão elevados que se, algumas vezes, fossem reduzidos, permitiriam absorver os excedentes de sinistralidade.

Em razão da relevância do tema, serão tecidas considerações preliminares sobre os seguros que cobrem lucros cessantes e outros prejuízos (melhor: necessidades econômicas) causados pela redução ou interrupção de negócios para, em seguida, apresentar-se considerações sobre o alcance semântico de termos-chaves e possíveis impactos na cobertura vinculada ao COVID-19.

2. A Apólice de Lucro Cessante e o Legítimo Interesse Segurado:

De acordo com Diane Jenkins (Chartered Insurance Institute), o propósito da apólice patrimonial de lucros cessantes é compensar a perda do fluxo de caixa, dos lucros e rendimentos da empresa segurada com base nos resultados econômicos prováveis, caso o evento segurado não houvesse ocorrido. Observa que, embora não seja incomum nas apólices a exigência de danos físicos à propriedade para que incida a cobertura de lucros cessantes, o seguro é plenamente compatível com a contratação de uma ampla gama de outras coberturas acessórias ou estendidas, inclusive, para o caso de um surto de uma doença humana ou uma ameaça de bomba que dessem causa para acionar o gatilho da cobertura:

*As apólices de lucro cessante protegem o fluxo de caixa e os lucros dos negócios. **Seu objetivo** é colocar o segurado, após a perda, na mesma posição que ele estaria se ela não tivesse ocorrido - isso significa que a indenização de seguro é ajustada levando em consideração as tendências gerais dos negócios.*

[...]

¹⁹ Tradução livre, grifos nossos. Disponível em: <https://gfaiinsurance.org/news/320/gfia-statement-on-covid-19>. Acessado em: 18/05/2020.

*A **intenção** de uma apólice de Lucro cessante (BI) é manter a rotatividade dos negócios durante o período de indenização securitária após um incidente segurado, para que a empresa possa retomar sua operação no nível previsto caso a perda não tivesse ocorrido.*

[...]

*A cobertura geralmente se limita à interrupção que seja resultado de danos segurados que tenham ocorrido em instalações pertencentes ou ocupadas pelo segurado. Existem várias extensões de apólices que podem incluir outras causas de interrupções por danos ocorridos em instalações utilizadas por vizinhos, fornecedores, clientes, prestadores de serviços ou outros terceiros, do segurado. Além disso, **a apólice pode ser estendida para cobrir perdas causadas por eventos como o surto de uma doença humana ou o medo de ataque de bomba que afete as instalações do segurado.**^{20iv}*

Outra cobertura adicional também possível de ser contratada é aquela que prevê a indenização de lucros cessantes em razão da ruptura na cadeia de suprimentos do segurado. Trata-se de cobertura que é acionada quando há paralização do negócio do fornecedor, causando lucros cessantes ao segurado. É cobertura que respondeu aos problemas vividos, por exemplo, pela indústria farmacêutica, quando ocorreu a interrupção na cadeia de fornecimento de insumos²¹ e pela Apple, quando houve paralização das fábricas chinesas de componentes.²²

No mercado brasileiro, até o advento da Portaria nº 17, em junho de 1963, editada pelo Departamento Nacional de Seguros Privados e Capitalização (Portaria DNSPC 17/63), não havia uniformidade nos modelos de proposta, apólice, condições gerais ou tarifa de seguros de lucros cessantes. Embora o ato normativo tenha inovado neste ponto, já então sobreveio uma tentativa de inserir na experiência securitária brasileira a ideia segundo a qual seria necessário o dano físico para que atuasse a cobertura de lucros cessantes:

²⁰ Tradução livre, grifos nossos. JENKINS, Diane. *Business Interruption Insurance*. 20 March 2020. Disponível em: <https://www.cii.co.uk/fact-files/insurances/business-interruption-insurance/#>. Acessado em 12/05/2020.

²¹ Disponível em: <https://www.marketplace.org/2020/02/26/prescription-drug-supply-could-be-hit-coronavirus-pandemic/>. Acessado em 12/05/2020.

²² Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/02/17/technology/apple-coronavirus-economy.html>. Acessado em 12/05/2020.

*[...] prejuízos resultantes da interrupção ou perturbação no giro de negócios do Segurado, causada pela ocorrência dos eventos cobertos, nos locais mencionados na apólice, desde que qualquer dos bens móveis ou imóveis nesses locais venha a ser danificado ou destruído em consequência dos mesmos eventos.*²³

Ao longo da Era da Informação, notadamente, a partir da década de 1970,²⁴ iniciou-se um amplo debate internacional sobre quais seriam os contornos do conceito de dano físico em relação ao interesse segurado.²⁵ Conquanto a noção de “dano indenizável” em apólices de lucro cessante tenha sido historicamente construída no Brasil sobre a noção de “dano físico” (dano tangível, corpóreo), a ideia de tangibilidade, bem como a de propriedade, desgarraram-se no Direito e ambas parecem hoje estar assentadas em lesão a interesse, como, aliás, expressa o artigo 757, ao definir o contrato de seguro. A ideia de redução dos ativos, que não são sempre tangíveis assume o protagonismo.

²³ Condições Gerais, 1ª) Objeto do Seguro, Portaria DNSPC 17/63. Disponível em: <http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=25816>; Acessado em 12/05/2020.

²⁴ De acordo com Manuel Castells, a evolução tecnológica, que marcou o início da Era da Informação, reconfigurou as relações sociais, tornando-as interconectadas, o que alterou por si só as dinâmicas de poder, assim como transformou a economia, a sociedade e a cultura. O autor defende que a geração de riqueza passou a depender da informação, do conhecimento e da capacidade tecnológica de processar informação e gerar conhecimento. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz & Terra. 2009; CASTELLS, Manuel. *O poder a identidade*. São Paulo: Paz & Terra. 2018; e CASTELLS, Manuel. *O fim do milênio*. São Paulo: Paz & Terra. 2018.

²⁵ Na experiência brasileira, a ideia de dano físico não se formou como praxe dominante. Referindo-se ao seguro de riscos de engenharia e os seguros de riscos operacionais, Ernesto Tzirulnik mostra que nossas apólices, durante os anos 80 e 90 acomodavam-se à teoria do interesse, cujos contornos amadureceram na doutrina internacional no início do século XX, embora no ordenamento positivo brasileiro somente tenha ganho sede definitiva no início deste milênio, com o art. 757 do Código Civil, de forma a expressarem as apólices, em geral, o seguinte: *a Seguradora se obriga a indenizar o segurado pelas avarias, perdas e danos materiais, decorrentes de acidentes de origem súbita e imprevista, causados aos bens descritos nesta apólice...* Registra, ainda, que nos anos 1990, contudo, passaram surgir apólices referindo-se expressamente a “danos físicos”, o que acabou migrando para textos normativos, inclusive para o padrão do então ressegurador monopolista, pouco antes da abertura do mercado de resseguro feita pelo Decreto Lei nº 126/2007 e regulamentações posteriores. (TZIRULNIK, Ernesto, Seguro de riscos de engenharia..., cit., pp. 164 a 193.)

Reflexo dessa mudança de paradigma²⁶ é a Circular SUSEP nº 560 de 2017 (Circular SUSEP 560/17) que revogou a Portaria DNSPC 17/63 e suas alterações²⁷. Contornos mais flexíveis foram instituídos para o seguro de lucro cessante à medida em que a exigência legal do dano físico foi suprimida, conforme indica o artigo 2º do anexo do novel normativo:

*O objetivo do seguro de Lucros Cessantes é garantir uma indenização pelos prejuízos resultantes da interrupção ou perturbação no movimento de negócios do segurado, causada pela ocorrência de eventos discriminados na apólice.*²⁸

Mais do que liberalizar o mercado, Carlos Alberto de Paula (Diretor da SUSEP), em voto proferido na qualidade de membro do Conselho Diretor da autarquia, sustentou que a finalidade da Circular SUSEP 560/17 é, respeitando a livre iniciativa, romper com o gatilho restritivo de cobertura securitária atrelada ao dano físico, em coerência sistemática com a moderna acepção do disposto no Código Civil:

5. Ademais, diversas Circulares que normatizam o ramo de seguro Lucros Cessantes encontram-se também ultrapassadas em relação aos atuais normativos gerais que regulamentam os planos de seguros de danos, além do próprio Código Civil.

[...]

8. Para a elaboração da presente minuta, foram verificadas as principais coberturas oferecidas pelas seguradoras que operam com seguro de Lucros Cessantes. Cabe destacar que ao elencar tais

²⁶ Conforme explica Miguel Reale, [...] o Direito estará sempre presente, qualquer que seja a ordenação das forças econômicas. Por outro lado, quando uma nova técnica de produção determina a substituição de uma estrutura jurídica por outra, a nova estrutura repercute, por sua vez, sobre a vida econômica, condicionando-a. Há pois, entre Economia e Direito uma interação constante, não se podendo afirmar que a primeira cause o segundo, ou que o direito seja mera “roupagem ideológica” de uma dada forma de produção. REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21.

²⁷ Circular 56/70, Circular 6/71, Circular 49/71, Circular 12/72, Circular 29/72, Circular 36/73, Circular 27/74, Circular 46/77, Circular 21/78, Circular 24/88, Circular 26/88.

²⁸ Disponível em: <http://www2.susep.gov.br/biblioteca/web/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=41410> . Acessado 10/05/2020.

*coberturas, o normativo proposto não objetiva criar uma padronização do seguro de Lucros Cessantes. Pelo contrário, a intenção é permitir que as seguradoras estabeleçam seus próprios clausulados, diferente dos normativos atualmente em vigor que estabelecem condições contratuais padronizadas.*²⁹

Como efeito desse ato normativo, é possível considerar ultrapassada a exigência dogmática de manifestação de danos físicos para o funcionamento a cobertura de lucros cessantes. Não apenas porque a ideia de interesse é central para a utilidade dos seguros e na própria lei, mas também porque se verifica que a experiência securitária brasileira – e de outros países – há muito labora pelo afastamento dessa exigência, conduzindo à flexibilização regulatória, que sempre vinha a reboque da praxe dos negócios, para reconhecer a regularidade da contratação da cobertura de lucros cessantes autônoma.

É especialmente relevante a doutrina do interesse. Focada nas relações securitárias, a teoria do interesse elaborou-se entre o final do século XIX e o início do século XX. Embora nosso Código civil de 1916 a tenha sublimado, na Lei Alemã de 1901 ela já se havia assentado, assim como na doutrina internacional. Atualmente, encontra assento legal no *caput* do artigo 757 do Código Civil:

Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

Entende-se como interesse a relação econômica entre o segurado e um bem da vida qualquer (coisa, direito, a própria pessoa que estipula um seguro ou terceiro etc.). A legitimidade do interesse é requerida para defender a ordem pública (não se asseguram os riscos do agente de crime doloso) e a casualidade do sinistro (âlea). Considerado elemento fundamental do contrato de seguro, o interesse é reconhecido pela doutrina nacional³⁰ e

²⁹ Disponível em: <http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=5&codigo=41410>. Acessado 10/05/2020.

³⁰ Ver, dentre diversos outros: TZIRULNIK, Ernesto, CAVALCANTI, Flavio Queiroz de Bezerra e PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro de acordo com o Código Civil brasileiro*, 3ª ed. São Paulo: Roncarati, 2016, pp. 47-57. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Teoria do Interesse, engineering e o dano físico no seguro de danos* in I Congresso Internacional de Direito do Seguro do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça e VI Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho” do IBDS. São Paulo: IBDS – Roncarati, 2015, pp. 183 e

estrangeira³¹ como a ideia de relação entre uma necessidade de uma pessoa e um bem (em sentido lato, de utilidade) julgado capaz de satisfazer tal necessidade.³²

Segurado é o titular direto do interesse garantido. Normalmente é ele o contratante do seguro e seu beneficiário; existem casos, entretanto, em que o seguro é contratado por ou liquidado em favor de quem titulariza apenas interesse indireto sobre a garantia.³³ O que se assegura não é propriamente o bem, razão porque, nas expressões seguros de bens ou seguros de coisas e seguro de responsabilidade, há elipse. O que se assegura é o status quo patrimonial ou do ser humano (acidentes, vida). Segura-se o interesse positivo como se segura o interesse negativo. Assim, há o seguro contra incêndio, o seguro de vida, o seguro de responsabilidade, que é o seguro para indenizar o que resulte de dívida ou obrigação que nasça ao segurado [...].³⁴

Conforme explica Valeria Lorenzi (jurista italiana) ao analisar a Teoria do Interesse, o seguro garante o legítimo interesse e não o bem da vida sobre o qual ele recai, projetando-se para uma diversidade de sujeitos de direito e efetivando a própria função social deste contrato:

O conceito de interesse foi reformulado pela teoria indenitória moderna. O interesse é normalmente considerado uma relação de natureza econômica entre um sujeito e um bem. O risco é a possibilidade de lesão do interesse; o dano, a lesão do interesse. A prestação do seguro é voltada ao ressarcimento do dano do segurado, antes eventual e depois atual; e nele deve se encontrar a função do contrato de seguro [...]. O interesse, como exposto, é uma abstração econômica do bem segurado, da coisa segurada, considerados

ss. TEPEDINO, Gustavo. *Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. (Coord.) A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional, 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; POLIDO, Walter Antonio. *Contrato de Seguro: novos paradigmas*. São Paulo: Roncarati, 2010. p. 107.

³¹ *El concepto de interés asegurable adquiere en el contrato de seguro una importancia extraordinaria, porque constituye el objeto del contrato; su existencia es esencial para legitimar el contrato y impedir que degenera en una apuesta, y porque en el seguro de daños, es la medida de la indemnización*. HALPERIN, Isaac. 2001. p. 889-893.

³² Correia, 1993, p. 532.

³³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 353-354.

³⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. Vol XLV. p. 275.

relacionados com quem se assegura. O interesse liga o bem ao sujeito, torna subjetivo, relativo ao sujeito; o bem, a coisa exposta ao risco, e, todavia, é suscetível da avaliação econômica em si: o interesse é subjetivo, mas, ao mesmo tempo, é objetivo. O interesse é o quid exposto ao risco, é o pressuposto de validade do contrato de seguro.

[...]

O conceito de interesse, como relação entre um sujeito e um bem que possui um valor econômico, que é assegurado, e que pode ser lesado, cuja lesão constitui o dano e, portanto, enseja o ressarcimento, está ligado à teoria indenitária e ao princípio indenitário.^{35v}

Por isso, no seguro de lucros cessantes a lesão ao legítimo interesse pode estar associada – ou não – à ocorrência de dano físico a uma coisa. Quando cessa a utilidade dessa coisa – ou de qualquer bem de um ativo, ainda que sem dano físico, manifestam-se igualmente as perdas. A rigor, o bem da vida, nos seguros de lucros cessantes autônomos, é a expectativa de resultados. Em suma, o legítimo interesse será a relação econômica entre o segurado e essa expectativa, nos termos contratados, podendo as apólices serem mais ou menos restritivas.

Desse modo, quando se discute a determinação pública para fechamento de estabelecimentos, ou quando o estado de contaminação impossibilita a fruição de bens ou atividades, o debate não é teórico: trata-se de um evento que afeta a utilidade do estabelecimento ou da azienda empresarial e gera efeitos diretos no patrimônio daquele que é seu titular. Portanto, para avaliar as potencialidades indenizatórias do seguro patrimonial com cobertura de lucros cessantes, mais importante do que identificar a exigência de dano físico como gatilho da apólice, é avaliar como o risco foi definido no contrato.

Apresentar-se-á, agora, como diversas Cortes e doutrina internacional e nacional têm flexibilizado o campo semântico dos “danos físicos” em reconhecimento de um interesse segurado amplo diante de clausulados genéricos, vagos ou pouco específicos.

3. Dano Físico na Apólice de Lucro Cessante:

Dano, em sentido amplo, consiste na lesão a um bem jurídico qualquer, incluindo-se, aí, o chamado dano moral. Mas, em sentido

³⁵ LORENZI, Valeria de. *Contratto di assicurazione: disciplina giuridica e analisi economica*. Padova: Cedam, 2008. p. 184-185.

estrito, dano é a lesão ao patrimônio, entendendo-se como patrimônio o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa, apreciável em dinheiro ou, em outras palavras, passíveis de subrogação pecuniária. É essa, exatamente, a lição da melhor doutrina. Agostinho Alvim, em sua obra clássica, aponta:

*O termo dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral; mas, em sentido estrito, dano é a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro.*³⁶

O conceito de “dano material” é pacífico no ordenamento jurídico brasileiro e, inclusive, o tema já foi objeto de Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em oportunidade que se discutia o *quantum* de reparação pelo dano:

A princípio, salienta-se que o parâmetro de ressarcimento do dano material é fixado pelo art. 402 do Código Civil, que dispõe: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. A partir do mencionado dispositivo, a doutrina classifica a reparação material como dano emergente, compreendendo “o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima”, e lucro cessante que é a “frustração da expectativa de lucro.”³⁷

A expressão dano material, aliás, embora frequente no setor de seguro, é pouco utilizada nos textos jurídicos. Nem mesmos nossos Códigos Cíveis, o revogado e o vigente, e o comercial a utilizam. E o comum entre os autores que se ocupam de estudar o fenômeno do dano e de sua reparação é a lesão a interesse. Portanto, fala-se de “dano material” sempre que da lesão a um interesse patrimonial resulta, para alguém, um déficit em termos de utilidade econômica. É ele o dano patrimonial. Embora alguns autores, com despercebido apego à tradição linguística francesa e inglesa do século XIX, tenham acabado por apresentar o dano material como sinônimo de dano físico, ele é o dano em sentido estrito, conforme elucidado, e jamais pode ser reduzido à avaria de uma coisa, abrangendo os efeitos patrimoniais negativos que emergem da lesão ao interesse que tem esse bem como ponto de referência.

³⁶ *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*, Rio, EJU, 1975, pág. 171.

³⁷ Informativo de Jurisprudência nº 0602 da Terceira Turma do STJ, Publicação: 24 de maio de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/exte>

Quando há o fechamento de estabelecimentos empresariais pelo poder público, a receita é abruptamente freada ou totalmente aniquilada, os custos fixos permanecem como gastos obrigatórios de folha de salário, contratos de locação, tributos, dentre outras obrigações. Pode a situação, ainda, exigir a inversão de recursos, por exemplo quando um estabelecimento que funciona todo o tempo passa a não ter ninguém que o ocupe e a ver-se sujeito a atos de vandalismo ou vulnerável a furtos, tornando-se necessária a contratação de seguranças. Por essa razão, as empresas que se veem obrigadas a suspender suas atividades por período incerto, em consequência do atual isolamento social, preocupam-se não apenas com os prejuízos da paralisação, mas também com a possibilidade de não poderem voltar a operar após o período de desequilíbrio financeiro.

Em decorrência disso, não é estranhável que os empresários que possuem uma apólice de seguros patrimoniais com cobertura para lucros cessantes tenham expectativas de possuir cobertura para algumas dessas perdas decorrentes da paralisação de negócios. Não obstante, embora seja legítima essa expectativa, será determinante o alcance semântico do gatilho de cobertura da apólice. Isso demandará o exame de cada contrato ou relação obrigacional, ou seja, exame da proposta de seguro, das correspondências trocadas com os corretores e com a seguradora e, principalmente, da apólice emitida pela seguradora e do tipo de padrão que ela utilizou para sua redação.

Waldo Sobrino, Professor de Direito Civil da Universidade de Buenos Aires, questiona se o dano físico é algo ontológico, ou seja, se compõe a essência do seguro de lucros cessantes de modo a ser uma característica imprescindível à cobertura securitária, “ou é só uma questão que, normalmente, acontece?” O jurista argentino lembra que diversos produtos podem cobrir lucros cessantes e não exigem necessariamente a manifestação do dano exclusivamente físico. São exemplos os seguros cibernéticos, paramétricos, de interrupção de acessos e de atos de autoridade civil.³⁸

Em vista disso, a análise do clausulado de seguro patrimonial com cobertura de lucros cessantes deve partir da premissa que, considerando

rno/informativo/?acao=pesquisar&livre=DANO+MATERIAL+CONCEITO+DE+DANO+MATERIAL&operador=mesmo&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acessado 23/05/2020.

³⁸ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?feature=youtu.be&v=po3hlm2Lek&app=desktop> minuto 3:52 . Acessado 12/05/2020.

a Circular SUSEP 560/17 e a doutrina nacional e internacional, sua cobertura não se limita, *a priori*, aos contornos do dano físico, e deve sempre se atentar para a relevância central que o interesse segurado adquire no negócio jurídico. O caso “Castellain v. Preston (1883)” examinado pelo poder judiciário inglês é emblemático, pois traz à tona a raiz axiológica do interesse segurado. Naquela oportunidade, a Corte inglesa entendeu que o seguro não garantia os materiais físicos em si mesmos, mas o interesse segurado a eles pertinente. Gordon Dickson e John Steele explicam:

*Atualmente é extremamente importante compreender um fato fundamental que pode parecer, a princípio, paradoxal. Com isso, queremos dizer que não é a casa, o navio, o maquinário, potencial responsabilidade ou vida que está segurada. É o interesse pecuniário do segurado naquela casa, naquele navio, naquele maquinário, etc. que está segurado. O assunto é relevante para os seguros. Este conceito está na raiz da doutrina do interesse segurável e foi exposto com muita clareza no caso de Castellain v. Preston (1883) nas seguintes palavras: **“O que é seguro em uma apólice de incêndio? Não são os tijolos e os materiais usados na construção da casa, mas o interesse do segurado no objeto do seguro.”** Essa é uma daquelas perguntas que vale a pena memorizar, pois transmite em poucas palavras um conceito muito complexo.^{39vi}*

John Hanson e Christopher Henley também registram a recusa de Corte estadunidense em acatar a alegação de que deveria incidir a limitação da garantia a danos físicos, assim como o *ombudsman* de seguros acatou a pretensão de se estender a cobertura de dano material para abarcar perdas de utilidades, como os custos para desentupimento de chaminé, em seguros residenciais:

*Recentemente, uma Corte dos EUA constatou que, onde não havia uma definição clara de perda ou dano físico, foi decidido que “dano” não era necessariamente limitado pelo “físico”, a menos que houvesse sido especificado para ser [...] **É apenas um lembrete de que as seguradoras devem ter muito cuidado na elaboração de frases-chave nas apólices. {...} Nas apólices residenciais, o Ombudsman do seguro estendeu o significado de “dano” para incluir a perda de utilidade. Por exemplo,***

³⁹ DICKSON, Gordon C.A.; STEELE, John T. *Introduction to insurance*, 2.ed. London: Financial Times, 1984. p. 35.

no caso em que o segurado conseguiu ser indenizado pelo custo de desentupimento de uma chaminé.^{40vii}

Vale dizer que o alcance da cobertura das apólices que exigem “danos materiais antecedentes” pode, conforme a redação do clausulado, não se restringir expressamente aos danos físicos do estabelecimento. Foi o caso dos lucros cessantes causados ao comércio próximo à Notre Dame de Paris quando ela sofreu o último incêndio, explica Luc Mayaux. Em razão do evento, o comércio próximo à Catedral foi preventivamente fechado por decisão administrativa relacionada à segurança, que, aliado à redução do número de turistas na região, resultou em lucros cessantes àqueles estabelecimentos. Às perdas dessa natureza, que estavam cobertas pela apólice em questão, se atribui a denominação de “perdas operacionais sem dano”, a rigor, sem dano físico, pois dano há.⁴¹

Em síntese, considerando o valor atribuído ao interesse segurado nas relações obrigacionais de seguro e a larga amplitude temática de cobertura dos lucros cessantes, cabe à seguradora que deseja restringir o alcance da cobertura a avarias de coisas, construir o respectivo enunciado com impecável clareza e exibi-lo com especial transparência, principalmente, por se tratarem os seguros, ao fim e ao cabo, de contratos por adesão. Muitos, ao celebrarem os seguros de lucros cessantes não atinarão para a restritividade que significaria exigir a ocorrência de outros riscos como incêndio, raio e explosão, mas considerarão os lucros cessantes em si mesmo, sendo compreensível que a negativa por exigência de dano físico gere frustração e promova lides.

De imediato, é fundamental destacar que expressões-chave como “dano material”, “dano físico” ou “dano patrimonial” devem ser utilizadas corretamente ou, pelo menos, apresentar definições específicas e concretas, sob pena de adquirirem sentidos distintos para as partes. Mas, melhor do que criar léxicos particulares ou setoriais, é permitir que a linguagem comum do direito e da experiência cultural geral se sobreponha às preferências da linguagem restrita do setor segurador e afins.

⁴⁰ HANSON, John; HENLEY, Christopher. *All Risks Property Insurance*. London: Lloyd's of London Press, 1995. p. 4.

⁴¹ MAYAUX, Luc. *Panorama mundial - o Covid-19 e as operações de seguro na França*. Instituto Brasileiro de Direito do Seguro - IBDS: Lyon, França. 22.04.2020 Tempo no vídeo: 1:30. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=kee7gbnXMJQ&t=20s>; Acessado em: 12/05/2020.

Os setores segurador e ressegurador adotam, por vezes, a utilização de glossários, manuais, cartilhas e redações padronizadas (International Organization for Standardization - ISO) como parte integrante da apólice. Entretanto, nos casos em que seja constatada que redação do clausulado não é suficientemente clara e suscite dúvidas, no mundo todo, como no Brasil, incide o *in dubio pro securado*, a clássica regra da prevalência da interpretação que favoreça o segurador. No nosso direito privado, incidem sobre os contratos de adesão e de consumo em geral as regras do art. 423 do Código Civil de 2002 e o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor de 1990, respectivamente:

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

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Uma cláusula bem escrita não é outra coisa senão um enunciado facilmente compreensível. O que pode parecer perfeito para os iniciados do seguro, muitas vezes é ininteligível para os destinatários desses enunciados. É sintomático o que recentemente reconheceu Ilan Goldberg (UERJ), ao expor sua visão sobre o dever de pagar indenizações vinculadas ao COVID-19 pelas seguradoras, suas habituais clientes, caso o clausulado do seguro patrimonial com cobertura de lucros cessantes seja ambíguo:

Se a cláusula estiver mal escrita, se a cláusula gerar contrariedade, ambiguidade, problemas relacionados à informação, naturalmente, é dever desse advogado advertir o seu cliente segurador que as chances de êxito são remotíssimas pra não dizer inexistentes. Em contrário senso, da mesma maneira, se a cláusula estiver bem escrita, se o risco para pandemia estiver lá (no contrato) expressamente definido como excluído, não cabe ao advogado do segurador procurar criar uma interpretação de maneira a gerar uma expectativa que muito provavelmente não vingará no futuro. Então, em primeiro lugar, (o advogado) deve estabelecer uma relação de absoluta transparência e, acima de transparência, de lealdade com o seu cliente.⁴²

⁴² GOLDBERG, Ilan. *Segurança na crise – Seguros e Covid-19*. Transmitido ao vivo em 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?feature=youtu.be&v=pyMyZbiEnOo&app=desktop>. Tempo no vídeo: 56:36 – 57:34. Acessado 23/05/2020.

Waldo Sobrino observa que embora dano físico seja considerado uma cobertura básica na apólice patrimonial com cobertura de lucros cessantes, diante de clausulados genéricos, via de regra, a interpretação deve ser extensiva direitos, conforme jurisprudência e doutrina dos EUA e Canadá:

*(...) onde eles utilizam muito do que chamam de teste de funcionalidade. O que quer dizer isso? Que pode ser que não haja um dano estrutural (dano físico), mas um dano do funcionamento, no uso da coisa. O que isso vai implicar? Que se eu tenho a coisa e não posso utilizar, e isso vai gerar uma perda de benefícios, vai haver cobertura por parte do seguro.*⁴³

Diante de tal questão, a Corte Federal de Tucson, nos Estados Unidos, ao discutir o conceito de dano físico em seguro patrimonial com cobertura de lucros cessantes, considerou “arcaica” a definição tradicional que exige lesão física a uma coisa segurada, como relatam Doug Berry e Butler Pappas a respeito de caso em que a companhia seguradora exerceu uma ação declaratória contra sua segurada que havia sofrido uma interrupção de atividades em razão de perda de energia, com o objetivo de confrontar a negativa de pagamento de indenização por ausência de dano físico:

*No caso American Guarantee & Liability Ins .. Co. v Ingram Micro, Inc., 2000 U.S. Dist. LEXIS 7209 (DC Ariz, 18 de abril de 2000), o tribunal distrital considerou o pedido de cobertura securitária do réu por interrupção de negócios e serviços após uma falta de energia devido à falha no painel de alarme de incêndio de seu Data Center de Tucson [...] a seguradora ajuizou uma ação declaratória sobre a questão a saber se a falta de energia causou “perda física direta” ou danos por alguma ou qualquer causa em algum lugar [...] Após análise de pedidos liminares para julgamento sumário do assunto, **a Corte rejeitou a definição tradicional da seguradora de “dano físico” e aceitou a “definição mais ampla” da Ingram, que incluía “perda de uso e funcionalidade”.***^{44viii}

⁴³ <https://www.youtube.com/watch?feature=youtu.be&v=po-3hlm2Lek&app=desktop>
05:00 – 07:02

⁴⁴ Tradução livre, grifos nossos. BERRY, Doug; PAPPAS, Butler. “Physical Damage” in the First Party Property Policy: A New Definition Coming? 2000. Disponível em: <https://www.irmi.com/articles/expert-commentary/physical-damage-in-the-first-party-property-policy-a-new-definition-coming>; Acessado em: 11/05/2020.

No mesmo sentido, o caso “Wakefern Food Corp. v. Liberty Mutual Fire Insurance Co.”, em que a apólice não definiu o conceito de dano físico e, ainda assim, vinculou a cobertura de lucros cessantes a tal gatilho. No caso, faltou energia durante quatro dias nas instalações do segurado, um “apagão”, que causou lucros cessantes ao grupo cooperativo de supermercados Wakefern.⁴⁵ Robert Chesler e Nicolas Insua explicam que, neste caso, embora a Corte de Nova Jersey tenha acatado o argumento de que tecnicamente o dano não teria sido físico, o Judiciário concedeu o direito ao segurado, pois o termo “dano físico” era ambíguo e deveria ser interpretado em favor da cobertura do evento.⁴⁶

Outro caso emblemático que demonstra como distintos danos, não diretamente físicos, podem acionar a apólice de cobertura patrimonial com lucros cessantes é o do Festival de Teatro de Shakespeare em Oregon.⁴⁷ Nesta oportunidade, o festival foi parcialmente interrompido por dias em razão das fumaças derivadas de queimadas próximas ao evento. Em lide judicial, o tribunal ficou do lado do segurado, constatando que o mesmo sofreu “perda física ou dano à propriedade” quando a fumaça do incêndio se infiltrou no teatro e o tornou inutilizável para a finalidade pretendida. Concluiu, portanto, que a apólice cobria as perdas de lucros cessantes do segurado.⁴⁸

De mais a mais, a decisão do caso “Customized Distribution Services v. Zurich Insurance Co.”, considerou ambígua a definição de “dano físico direto”, e firmou o entendimento que “físico” pode significar mais do que uma alteração ou dano material.⁴⁹ Destacam-se também os casos em que o escopo de “dano físico” foi atribuído

⁴⁵ Wakefern v. Liberty Mut. Fire Ins. Co., 2009 N.J. LEXIS 851 (N.J., July 16, 2009). Disponível em: <https://www.lexisnexis.com/community/case-opinion/b/case/posts/wakefern-food-corp-v-liberty-mut-fire-ins-co>. Acessado em: 23/05/2020.

⁴⁶ <https://www.law360.com/articles/1253501/nj-cos-may-have-insurance-coverage-for-covid-19-losses>

⁴⁷ Oregon Shakespeare Festival Ass’n v. Great Am. Ins. Co., No. 1:15-CV-01932-CL, 2016 WL 3267247 (D. Or. June 7, 2016), vacated, No. 1:15-CV-01932-CL, 2017 WL 1034203 (D. Or. Mar. 6, 2017).

⁴⁸ Para maiores detalhes, acessar: <https://casetext.com/analysis/is-event-cancellation-coverage-up-in-smoke?sort=relevance&resultsNav=false&q=>

⁴⁹ Customized Distribution Services v. Zurich Insurance Co., 373 N.J. Super. 480, 487-8 (App. Div. 2004), certif. denied, 183 N.J. 214 (2005). Para mais informações sobre o caso, acessar: <https://cite.case.law/nj-super/373/480/>

à presença de grandes quantidades de amianto no ar, tornando a estrutura física inabitável e inutilizável;⁵⁰ e à liberação de amônia no processo de instalação de máquinas, tornando o estabelecimento comercial impróprio para ocupação.⁵¹

A decisão mais recente a que tivemos acesso é da Corte Superior de Ontário, Canadá, no caso “MDS v. Factory”, julgado em de 30 de março de 2020 em que houve a ruptura na cadeia de fornecimento da empresa segurada. Nesta oportunidade, a Corte reconheceu como devida a cobertura dos lucros cessantes em apólice patrimonial da empresa segurada pela paralisação de sua atividade por meses em razão da falta de fornecimento de matéria prima de um fornecedor causada por dano sofrido por este.⁵²

Não obstante os fortes precedentes apresentados, destacam-se diversos “contra exemplos” de casos que apontam para interpretações mais restritivas do conceito de “danos físicos”, eventualmente, formalizados em contratos sob o termo “danos estruturais ou tangíveis”. Destacam-se dois exemplos de entendimentos proferidos pela Corte de Ohio sobre a proliferação de mofo nas instalações físicas do segurado. No primeiro, o Judiciário entendeu que tal evento não daria causa à indenização por lucros cessantes, pois caracterizar-se-ia como danos intangíveis manifestados por forte odor.⁵³ No segundo, a Corte entendeu que o referido evento não constituiria danos físicos propriamente ditos, em razão de o mofo poder ser removível com facilidade.⁵⁴

⁵⁰ Port Auth. of N.Y. & N.J. v. Affiliated FM Ins. Co., 311 F.3d 226, 236 (3d Cir. 2002) Para maiores detalhes, acessar: <https://casetext.com/case/port-auth-of-ny-nj-v-affiliated-fm-ins-co>

⁵¹ Packaging, Inc. v. Travelers Prop. Cas. Co. of Am., No. 2:12-cv-04418 (D.N.J. Nov. 25, 2014). Para maiores detalhes, acessar: https://casetext.com/analysis/new-jersey-federal-court-gives-direct-physical-loss-expansive-meaning-under-a-commercial-property-policy?sort=relevance&PHONE_NUMBER_GROUP=P&resultsNav=false&q=

⁵² Para maiores detalhes, acessar: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b9eee8e8-32e3-4cc0-9cab-36b45e3afae9>

⁵³ Universal Image Productions, Inc. v. Chubb Corp., 703 F.Supp.2d 705, 710 (E.D. Mich. 2010) Disponível em: <https://casetext.com/case/universal-image-productions-2> ; Acessado em: 18/05/2020.

⁵⁴ Mastellone v. Relâmpago Rod Mut. Ins. Co., 175 Ohio App.3d 23, 41 (Oh. Ct. App. 2008). Disponível em: <https://casetext.com/case/mastellone-v>

Podem existir, também, as apólices que limitam expressamente o conceito de dano material, definindo-o como dano físico à propriedade e trazendo junto ao contrato um escopo mais restritivo. O ideal é não utilizar expressões assim ambíguas, pois no meio jurídico dano material é sinônimo de dano patrimonial e não de dano físico. Nesses casos, a apólice de lucros cessantes normalmente é comercializada como cobertura acessória à cobertura de danos físicos e retira do evento físico seu gatilho para cobertura de lucros cessantes.

Nesta circunstância, partindo do pressuposto de que o clausulado foi corretamente escrito, em especial, com a definição restritiva do conceito de “dano físico” – e não a mera indicação da sua necessária manifestação – e tendo havido especial transparência para deixar-se o segurado ciente de que somente quando acontecer o incêndio ou o raio ou a explosão ou a avaria de um bem físico é que funcionará a cobertura de lucros cessantes e que, ainda que se tornem inúteis os bens físicos, por contaminação, precariedade, instabilidade ou qualquer outra causa não haverá direito do segurado ao recebimento de quaisquer indenizações por interrupção de atividades ou lucros cessantes, então, o risco da seguradora poderá achar-se mais controlado.

Entretanto, mesmo diante de clausulados bem fechados, atualmente já existem demandas judiciais nas Cortes dos Estados Unidos pleiteando que os efeitos do COVID-19 se manifestem como danos físicos à propriedade em razão de o vírus se alastrar no local instado a fechar. Sustentam que, de algum modo, as coisas, objetos e o estabelecimento em si, foram expostos ao vírus e, portanto, sofreram um dano no sentido físico, corpóreo. A exemplo de tal linha argumentativa, no último dia 15 de março, um restaurante de Nova Orleans, nos EUA, ajuizou ação contra o Lloyds pleiteando indenização com base em uma apólice patrimonial com cobertura de lucros cessantes. Como a apólice tinha a natureza *all risks*⁵⁵ e não previa exclusão para pandemia causada por vírus, pleiteou-se a cobertura para a interdição do restaurante por autoridade civil em razão da contaminação de suas instalações físicas pelo SARS-CoV-2.⁵⁶ Alegam na petição inicial:

lightning-rod-mut-ins . Acessado em: 18/05/2020.

⁵⁵ *Apólice que cobre todos os riscos a não ser que claramente excluídos* (Dawson Farmans L.L.C. v. Millers Mut. Fire Ins. Co., 34,801 (La. App. 2 Cir. 8/1/01); 794 So. 2d 34 (La. 2001).

⁵⁶ Cajun Conti LLC e outros x LLOYD's London, Civil District Court for the parish of New Orleans, State of Louisiana, 20-02558.

19. *Embora alguns meios de comunicação desonestos tenham chamado o vírus Corona 2019-2020 de uma histeria em massa exagerada que dificilmente criará danos físicos significativos, a comunidade científica e os afetados pessoalmente pelo vírus reconhecem o Coronavírus como uma causa real de dano e perda física.*

20. *O vírus está afetando fisicamente a propriedade pública e privada, assim como os espaços físicos nas cidades ao redor do mundo. Qualquer esforço do Lloyd's para negar a realidade de que o vírus causa danos e perdas físicas constituiria uma deturpação falsa e potencialmente fraudulenta que poderia colocar em risco os segurados e o público.*

21. *A pandemia global é exacerbada pelo fato de o vírus mortal infectar e permanecer fisicamente na superfície de objetos ou materiais, "fômites", por até vinte e oito dias, principalmente em áreas úmidas abaixo de oitenta e quatro graus (farenheights).*

22. *China, Itália, França e Espanha implementaram a limpeza e a fumigação de áreas públicas antes de permitir que elas reabrissem publicamente devido à intrusão de micróbios.*

23. *É evidente que a contaminação das instalações seguradas pelo Coronavirus seria uma perda física direta, necessitando reparação para limpar as superfícies do estabelecimento.*^{57ix}

Ademais, ilustraram a reclamação com dois precedentes semelhantes ao COVID-19, nos quais o Judiciário da Louisiana entendeu que materiais e compostos químicos utilizados na construção de uma propriedade, assim como a presença de gases que a tornem inutilizável, constituem dano físico passível de indenização securitária.⁵⁸

No Brasil, conforme apontado, tais demandas judiciais podem ser ajuizadas diante de clausulados que confundam conceitos-chave, não os definam ou atribuam aos institutos jurídicos existentes

⁵⁷ Tradução livre, grifos nossos. Disponível em: <https://www.propertyinsurancecoveragelaw.com/files/2020/03/Cajun-Conti-Petition-for-Dec-J-conformed.pdf>. Acessado: 20/05/2020.

⁵⁸ *Widder v. Louisiana Citizens Prop. Ins. Corp.*, 2011-0196 (La. App. 4 Cir. 8/10/11); 82 So. 3d 294, 296, writ denied, 2011-2336 (La. 12/2111).

outros sentidos. Um elemento fático que preocupa a qualidade dos contratos comercializados no Brasil foi o recente pronunciamento de Leandro Martinez, vice-presidente da Seguradora Chubb no Brasil. O renomado executivo, que tem mais de trinta anos de mercado, estabeleceu sinonímia entre as expressões “dano material” e “dano físico” ao se referir às coberturas para COVID-19 em contratos patrimoniais com cobertura de lucro cessante:

Existem apólices que cobrem e existem apólices que não cobrem. Via de regra, o lucro cessante em decorrência da parada (dos negócios) tem que ter como causa remota o dano material. Ou seja, uma unidade fabril explode e fica fechada por um período de tempo. Esse é o tipo de situação que se pensa quando se concede esse tipo de cobertura.⁵⁹

Entretanto, isso nem sempre é verdadeiro, especialmente num país em que a expressão dano material não é comumente utilizada no direito com essa acepção restritiva de dano físico, e se encontra subsumida a distinção diversa, ou seja, entre prejuízos efetivos e lucros cessantes, não havendo automática e ineludível equiparação entre prejuízos efetivos e danos materiais, pois aqui se cuida de reunir numa só entidade a ideia de lesão ao interesse patrimonial:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

4. Conclusão:

Em razão da seriedade dos argumentos, dos valores discutidos serem altos, e de haver considerável empatia social para com os prejudicados pela pandemia, não há dúvida de que serão muitas as reclamações e demandas pela cobertura de lucros cessantes nas apólices patrimoniais em razão de eventos associados à COVID-19.⁶⁰

⁵⁹ MARTINEZ, Leandro. *Segurança na crise – Seguros e Covid-19*. Transmitido ao vivo em 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?feature=youtu.be&v=pyMyZbiEnOo&app=desktop>, tempo no vídeo: 29:10 – 30:00. Acessado 23/05/2020.

⁶⁰ De fato, pelo menos um processo que busca essa cobertura já foi proposto no

Os desafios na definição de uma contaminação viral como dano físico permeiam a invisibilidade da contaminação e o fato de a higienização para descontaminação do local não ser propriamente uma reconstrução, ainda que se trate de promover o retorno da propriedade ao seu estado original. Mas, a impossibilidade de uso de um bem produtivo é sempre uma perda muito relevante do interesse relativo a esse bem, e é isso que os seguros garantem. E não há dúvida de que a propagação rápida, massiva e letal, assim como as medidas para combatê-la constituem um evento súbito e imprevisível para os segurados.

Todavia, sem uma análise minuciosa do clausulado não é possível afirmar, *ex ante*, se há ou não cobertura para casos desse tipo. O que podemos concluir, sem dúvida, é que os efeitos do COVID-19 exigirão das Cortes uma capacidade de integrar os fatos ao sistema jurídico: ora confirmando a cobertura, ora negando-a, diante dos termos contratados e à luz do legítimo interesse segurado.

Judiciário dos Estados Unidos (Cajun Conti, LLC, et al. V. Certos subscritores no Lloyd's London et al., Distrito Civil Tribunal da Paróquia de Orleans, Louisiana).