

CONTRATO DE RESSEGURO

NATUREZA NORMATIVA E CONFLITOS JURÍDICOS RELEVANTES

1. INTRODUÇÃO

O contrato de resseguro apresenta uma problemática jurídica que tem sido, desde sempre uma paixão. O fato de ser um contrato de cláusulas escassas, não abundante em redação e, algumas vezes, fundamentalmente nos contratos facultativos, reduzido à simples menção do negócio técnico, tem feito dele um contrato com maior número de cláusulas implícitas do que explícitas. Isso não lhe tira sua inquestionável identidade, nem sequer sua natureza seguradora o priva da existência de princípios próprios que o identificam e diferenciam, ao ponto de concluir que as leis de seguros podem lhe ser aplicáveis na medida em que não se atente contra aquela identidade jurídica e técnica. O avanço dos estudos que se têm realizado através dos anos, mais a existência de princípios de aplicação universal, fruto de seu inquestionável caráter de contrato internacional, permitem e autorizam o aprofundamento do estudo dos conceitos do **CONTRATO DE RESSEGURO** e do próprio **DIREITO DE RESSEGUROS**.

Os países vizinhos ao Brasil vêm, ao longo dos últimos anos, se abrindo para a experiência do resseguro internacional livre, embora alguns ainda estejam em processo de fazê-lo. Esta abertura tem provocado dois fenômenos: *um técnico e econômico*: a inserção na comunidade mundial de riscos; *o outro jurídico*: assimilação dos princípios do **DIREITO DE RESSEGUROS**. É este o desafio que temos a enfrentar, no qual fica patente o esforço exigido aos profissionais dedicados ao assunto, de adequar nossa legislação interna a este, para nós, novo fenômeno.

Para isso, é necessário debater os problemas jurídicos fundamentais que nos preocupam hoje, tendo como base alguns preconceitos que resultam elementares: trata-se de um *contrato internacional*, frente ao qual as normas nacionais só devem ser aplicadas com extrema prudência; deve-se dar prioridade ao *princípio da autonomia da vontade* como fator principal do estabelecimento de normas; *a regulamentação legal*, em consequência, deve ser *mínima* e é fundamental privilegiar a presença da *boa fé contratual* na interpretação dos direitos e obrigações das partes.

A atividade de resseguro tem merecido amplos debates e despertado grande atenção no Brasil, devido a abertura iminente de suas operações ao mercado internacional. A idéia deste trabalho é, em consequência, analisar as regras jurídicas aplicáveis ao **CONTRATO DE RESSEGURO** e os principais conflitos dele decorrentes e a ele vinculados.

2. NORMAS APLICÁVEIS, USOS E COSTUMES

2.1 Normas aplicáveis

Resulta inquestionável que o primeiro problema a esclarecer, deve ser a questão das normas aplicáveis aos **CONTRATOS DE RESSEGURO**, resguardando a capacidade das partes à livre transação com a ordem pública, evitando seu comprometimento. Este tem sido um tema tratado com frequência pela doutrina internacional, dado que representa a base de qualquer consideração posterior de índole jurídica.

2.2 Estabelecimento de normas

Geralmente os **CONTRATOS DE RESSEGURO** estabelecem uma tripla graduação quanto às normas aplicáveis à relação contratual:

- a) O previsto expressamente no contrato;
- b) Os usos e costumes do negócio de resseguros; e
- c) A lei nacional aplicável.

2.3 O contrato

O próprio contrato é a primeira fonte normativa. Nesse aspecto é de plena aplicação o *princípio de autonomia da vontade*.

Até porque, como observa Kelsen, citado por Orlando Gomes em *Contratos*. 12. ed., p. 15 – *a definição tradicional que o tem como um acordo de vontades de dois ou mais sujeitos, tendente a criar ou extinguir uma obrigação e o direito subjetivo correlato passa por alto*

uma de suas funções mais importantes, que é a função criadora do direito. De fato, ao celebrar um contrato, as partes não estão limitadas à aplicação do direito abstrato que o rege, estão mesmo criando normas individuais, que fazem parte do conteúdo contratual e exigem determinado comportamento dos contratantes, tendo igual fundamento normativo da regra *pacta sunt servanda*, que aplicam ao celebrar o contrato.

Sendo assim, o produto jurídico advindo do contrato, a consequência a ele atribuída pelo ordenamento jurídico, é a norma que cria, individual e concreta, porque não obriga a um número indeterminado de indivíduos nem se aplica a um número indeterminado de casos, tal como sucede com a norma geral ou lei.

Nesse contexto, prossegue o autor acima citado, *o contrato é ato criador de direito objetivo, até para alcançar o fim apontado pelos sequazes da concepção tradicional, qual o da constituição de relações, não pode deixar de estabelecer normas.*

Ao nosso ver, opõe-se à livre aplicação deste princípio a vulnerabilidade da *ordem pública nacional*, que se constitui no conjunto de princípios incorporados implícita ou explicitamente na ordenação jurídica nacional, que por serem consideradas para sobrevivência do Estado e salvaguarda de seu caráter próprio, impedem a aplicação do direito estrangeiro que os contradiga, ainda que determinado pela regra dos conflitos.

As partes, ou seja, o Segurador, conhecido como Cedente, porque “transfere parte ou a totalidade das responsabilidades diretamente aceitas”¹, e o próprio Ressegurador, não deveriam combinar nada que pudesse alterar uma norma considerada de ordem pública pela legislação nacional que resulte aplicável ao contrato. A alteração de qualquer norma de ordem pública resultaria nula e seria substituída pela lei nacional aplicável. Essa a regra geral e que poderá vir a ser adotada em nosso futuro sistema de resseguro livre.

2.4 Os usos e costumes

Quanto aos denominados *usos e costumes internacionais*, a segunda das fontes reconhecidas pelos **CONTRATOS DE RESSEGURO**, deve-se ser sumamente cuidadoso em sua análise e interpretação. O desconhecimento ou a experiência que poderia ter a Seguradora-Cedente, pode levá-la, em especial nos momentos de situação econômica pouco confortável, a passar uma conduta não muito ajustada aos costumes internacionais, através de utilização de expedientes inexistentes nos contratos de resseguro, embora comuns nos contratos originários de seguro, ou lhe dar uma interpretação não muito correta de suas

¹ DICIONÁRIO de seguros. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 1996. p. 14

normas e características básicas, com o intuito de fazer prevalecer uma posição a ela mais favorável. Não raro, as discussões entre seguradoras e resseguradoras são extremamente difíceis, não só sobre estes tipos de *costumes*, como também sobre a interpretação que dever-se-ia dar a uma determinada palavra ou conceito, principalmente pelas diferenças idiomáticas existentes.

Os conflitos são de tal forma comuns que este tipo de instituição jurídica, da qual, não se pode nem deve prescindir - pois estamos ante um contrato comercial, dinâmico e internacional - deverá ser admitida com os prudentes limites, evitando-se o desequilíbrio contratual pela aplicação de normas inexistentes e com força suficiente a ensejar injusto ônus a uma das partes.

Parece que os usos e costumes são como que uma projeção de regras morais no terreno jurídico, mas não se confundem com a **MORAL**.

Neste sentido, entendemos que a pretensão de solucionar um conflito ou interpretar um contrato à luz de um *uso ou costume internacional*, só será possível se cumpridos os seguintes requisitos:

- a) Que se trate de um *uso de aplicação universal* e não só no país do ressegurador ou em países submetidos a regimes jurídicos similares;
- b) Que tal aplicação universal de solução de um conflito, seja lastreada em um pronunciamento pericial; e
- c) Que o *uso ou costume* por aplicar, não seja contrário a uma norma de ordem pública do ordenamento jurídico aplicável ao contrato.

2.5. Normas supletivas

Os **CONTRATOS DE RESSEGURO**, insistimos, não costumam ser de redação abundante, senão que usualmente referem-se às principais obrigações das partes. Em consequência, deve haver um ordenamento jurídico suplementar que seja a base aplicável em tudo aquilo que não está previsto pelas partes ou resolvido pelos usos e costumes internacionais.

Nesse ponto, será de relevância a regulamentação da atividade em andamento no Brasil, sobretudo as normas advindas do Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, órgão

legalmente competente para encaminhamento do assunto, nos exatos termos previstos no art. 32 e seguintes do Decreto-Lei 73, de 21 de novembro de 1966, e art. 60 e seguintes do Decreto 60.459, de 13 de março de 1967.

Note-se que o **CONTRATO DE RESSEGURO** tem a mesma natureza jurídica do **CONTRATO DE SEGURO**, submetendo-se aos princípios do direito comum e aqueles especiais oriundos da sua própria natureza, sendo, assim, bilateral ou sinalagmático quanto à sua formação, dependente, portanto, da vontade dos contratantes; oneroso, pois procura-se uma mútua vantagem de caráter econômico; aleatório, em razão do risco embutido; consensual, dependente unicamente do acordo entre as partes; nominado; de extrema boa fé e de adesão.

Maria Concepción Hill Prados, sustenta ter o contrato de resseguro as mesmas características do contrato de seguro “*partiendo de la base de que el reaseguro es un contrato de seguro – afirmación que hace el artículo 77 de la Ley de Contrato de Seguro, pero que ya era sostenida por la doctrina con anterioridad a la promulgación de la citada Ley-, esto es, un verdadero seguro, se puede afirmar que participa de los caracteres propios de aquél, aunque con algunas precisiones o matizaciones. Así pues, es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio, de estricta buena fe, de ejecución continuada y único. Caracteres que la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1957 reconoce al contrato de seguro en su considerando segundo, rep. nº 1.929.*”²

As características do contrato de seguro provocam divergências quanto a escolha livre pelas partes contratantes de seu ordenamento jurídico na elaboração do contrato de resseguro, ou se ele mesmo será, inevitavelmente, o que estabeleça as normas de Direito Internacional Privado.

O conceito de contrato tem como elemento decisivo o *consentimento livre*. A essa conclusão chegou o próprio JOSSERAND, citado por Orlando Gomes³, esclarecendo que, se a lei não exige que o contrato decorra de uma *discussão livre* de suas cláusulas, contentando-se com o *consentimento livre* na sua conclusão, a regulamentação do contrato não o exclui, nem altera o seu conceito. Citando, ainda, CARNELUTTI, diz o referido autor que suas idéias vêm de encontro a essa tese, porquanto, justificando a persistência do conceito do contrato, distingue o *curso de vontades para a formação do vínculo da regulamentação das obrigações oriundas desse vínculo*, para mostrar que o acordo de vontade basta para definir a natureza contratual do ato.

Todavia, como lembra ainda Orlando Gomes, “se a determinação do conteúdo da relação jurídica pela lei não a despe de suas vestes contratuais, o certo é que implica severa

² PRADOS, Maria Concepción Hill. *El reaseguro*. Barcelona, 1995. p. 35

³ GOMES, Orlando. *Contratos*. p. 32

restrição à *liberdade de contratar*. Desde que a *autonomia da vontade* traduz-se no poder de suscitar os efeitos jurídicos que as partes tenham como convenientes a seus interesses, há de compreender, em princípio, a liberdade de discussão do conteúdo do contrato. Tal liberdade, sacrificada em alguns contratos, perdura, todavia, no sistema do Direito atual, continuando a ser usada na formação dos contratos nos quais não se verifica o desequilíbrio entre as partes.”⁴

Por isso que entendemos ser impositivo o *princípio de autonomia da vontade*. Não encontramos razões que justifiquem negar este direito. Porém esta possibilidade admite também um limite: as normas de Direito Internacional Privado dos países ocidentais geralmente advertem que um juiz nacional não poderá aplicar uma norma estrangeira - ainda que tenha sido escolhida pelas partes - se resulta contrária à sua ordem pública.

Nosso país não é exceção. Se ocorresse desta forma, tal previsão constituir-se-ia em obstáculo à aplicação da solução prevista na norma estrangeira escolhida, nos termos previstos no texto do art. 17, da lei de introdução ao Código Civil – Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, bem como nos limites do artigo 17, do Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto, promulgado no Brasil através do Decreto nº 2.626, de 15 de junho de 1998.

Nesse ponto, não seria demasiado lembrar as palavras de Celso D. de Albuquerque Mello, lançadas acerca da “teoria da incorporação”, isto é, “para que uma norma internacional seja aplicada no âmbito interno do Estado é preciso que este faça primeiro a sua “transformação” em direito interno, **incorporando-a ao seu sistema jurídico**.”⁵

Pode ocorrer, e com frequência ocorre, que as partes não designem qual a lei nacional aplicável. Nesse caso, impõe-se decidir qual será a lei que rege. Cremos ser este um tema fundamental, pois de seu estabelecimento - na ausência de uma lei escolhida pelas partes ou de normas contratuais específicas - surgirá a aplicação de todo um sistema jurídico a validade, nulidade, natureza e obrigações do **CONTRATO DE RESSEGURO**.

Em princípio devemos lembrar que o pressuposto fundamental do Direito Internacional Privado é lograr a unidade legislativa do contrato. Isto é, um contrato deve ser submetido a um só regime jurídico nacional e não a vários, de forma que garanta a segurança das partes.

Sob este pressuposto, há que se escolher a lei aplicável que, a nosso ver, deve ser a do *lugar de execução* do contrato. Este princípio tem sido defendido quase unanimemente pela doutrina especializada e resulta de toda justiça. Não há lei mais *natural* para reger a validade ou nulidade de um contrato e os direitos e obrigações das partes, que a do lugar

⁴ GOMES, Orlando. Op. cit. p. 32

⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. p. 68

onde o objeto desse contrato vai se verificar, pois é ali onde terá verdadeira ação a interpelação que importa o convênio.

Ao discorrer sobre o a matéria, Jacob Dolinger assim se manifesta: “a regra que impõe aplicação do direito da sede do quanto à forma extrínseca se apoia no argumento de que o legislador local conhece melhor as exigências de ordem prática para a solução de problemas que envolvem dados de tal natureza.”⁶

Mas, qual é o *lugar de execução* de um contrato de resseguro? Para responder a esta pergunta devemos lembrar duas questões, intimamente vinculadas. Uma, que se trata de contrato de execução continuada, isto é, não reconhece um só momento da execução, senão que esta vem se produzindo durante toda sua vigência. A segunda, apoio factível da primeira, é de que o objeto dos mesmos é *cobrir um risco* sobre o qual alguém possui interesse segurável, que, para o caso do resseguro, é o da Seguradora-Cedente. Sendo assim, o *assento* da relação jurídica, base para a fixação da lei aplicável, é, justamente, a *localização do risco*.

Observe-se que neste ponto a sorte do **CONTRATO DE SEGURO** se separa da do **CONTRATO DE RESSEGURO**. Ocorre que no primeiro a *localização do risco* pode ser móvel, uma pessoa cuja vida se cobre, uma carga, um automóvel, um avião, um navio, etc., deambulam, às vezes por vários países, o que nem sempre permite utilizar a lei de localização do objeto da unidade legislativa do contrato que estabelecemos como pressuposto.

Esta *mobilidade* não se produz no resseguro. Seu objeto é cobrir um risco consubstanciado na responsabilidade do segurador perante seu segurado, e não a vida, a carga, o automóvel, o avião, em si. Em consequência, a localização deste risco é sempre a sede do domicílio principal da seguradora, enquanto ali está a *sede* de seu foro e a residência fixa de seu patrimônio que poderá ser atacado por um segurado, cuja imunidade o ressegurador se compromete em manter.

Portanto, não existe nenhum impedimento para determinar como lei aplicável a da localização do risco, que não é outra que a do domicílio do segurador-cedente. Se um segurador possui vários domicílios, situados em países distintos, a lei aplicável será a do país onde foi contratada a obrigação, o que, aliás, vai de encontro ao texto da alínea “d”, do inciso IV, do art. 100, do nosso Código de Processo Civil.

Esta solução oferece, além de seu estrito posicionamento jurídico, a vantagem de cumprir com o fim declarado do Direito Internacional Privado: o de eleger sempre *uma só lei* como aplicável a um contrato. Não seria lógico que um mesmo contrato estivesse sujeito a mais de um regime jurídico, pois poderíamos nos defrontar com soluções diferentes para um mesmo problema. Ocorre que nos contratos de resseguro, o segurador-cedente é sempre

⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. p. 283.

um, enquanto que os resseguradores são geralmente vários e de países distintos, uma vez que, dificilmente, um único ressegurador absorverá a totalidade dos riscos repassados em resseguro pela cedente. Se ao invés de escolher a lei do segurador-cedente escolhêssemos a do ressegurador, encontraríamos - na maioria dos casos - várias leis aplicáveis e defrontar-nos-íamos com um conflito de jurisdição e estaríamos impossibilitados de eleger uma, se isso não tivesse sido especificamente previsto no contrato.

3. JURISDIÇÃO COMPETENTE

3.1 O juízo competente

Questão tão relevante quanto a *Lei Aplicável*, é a determinação de qual será o juízo designado para atuar nas questões que se suscitem entre as partes. Existe nesses contratos uma forte tendência à assistência de árbitros. Mas, a hipótese não é secundária e desperta o interesse de melhor e mais detida análise pela possibilidade de existência de litígios entre as parte diante do próprio Judiciário.

3.2 Eleição do juízo

O tema deve se resolver decididamente pela *eleição do juízo* do domicílio da seguradora-cedente pelas seguintes razões:

- a) É o juízo com jurisdição no lugar de execução do contrato, portanto, o juízo natural, de acordo com os princípios do Direito Internacional Privado;
- b) Sendo assim, é o juízo que conhece os usos e costumes do mercado onde se executa o contrato. Por ser uma matéria eminentemente comercial, esses usos e costumes terão uma especial significação na interpretação do contrato e, ninguém melhor do que ele para apreciar o desenvolvimento das obrigações;
- c) É na sede da seguradora que se verificam os pagamentos por créditos nascidos do contrato. Ali são feitos os pagamentos de prêmios e a recepção das indenizações.

3.3 A livre eleição da jurisdição

É necessário analisar se as partes podem *eleger livremente a jurisdição* competente. As tendências mais modernas indicam tal caminho. O *Protocolo sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual*, subscrito em Buenos Aires, em 5 de agosto de 1994, entre *Argentina, Brasil e Paraguai*, aprovado em nosso país pelo *Decreto Legislativo nº 129*, de 5 de outubro de 1995, permite pactuar a jurisdição de tribunais estrangeiros. Da mesma forma e no mesmo sentido se verifica o Protocolo de Medidas Cautelares, concluído em Ouro Preto, em 16 de dezembro de 1994, promulgado no Brasil através do Decreto nº 2.626, de 15 de junho de 1998.

Por sua vez, o *artigo 42*, do *Código Civil Brasileiro*, autoriza as cláusulas atributivas de jurisdição. No mesmo diapasão encontram-se as normas emanadas da Lei de Introdução ao Código Civil, que, em seus artigos 8º e 9º, possibilita a atribuição de competência a Tribunais Estrangeiros, no que tange aos bens e as relações a eles concernentes, bem como para qualificar e reger as obrigações, prevalecendo a do país em que se constituíram.

Daí que, além do âmbito de aplicação do *Protocolo* antes referido, a nomeação de Tribunal ou Juízo estrangeiro também está prevista em nossas normas internas, sendo, contudo, aconselhável a introdução de uma norma positiva específica que a admitisse para a atividade de resseguro, regulando-se positivamente a matéria e evitando futuros conflitos de competência.

3.4 Considerações gerais

Uma vez realizadas estas reflexões gerais, convém sejam feitas algumas considerações acerca do entendimento declinado pelos Tribunais Norte Americanos, relativamente ao direito a eles aplicado que, **pode não representar o entendimento dominante, comparativamente aos Tribunais ingleses, franceses e alemães**, mas se transformam em interessantes reflexões jurídicas extraídas de casos concretos apreciados por aquelas Cortes, as quais merecem destaque neste trabalho, pelo seu caráter não de direito internacional comparado, mas de exame dos conflitos jurídicos relevantes no contrato de resseguro. Assim, vejamos certos trechos desses julgados:

- a) Uma *Cláusula de Jurisdição* não é uma **Cláusula de escolha de lei aplicável**. A jurisdição internacionalmente competente não determina a lei aplicável, podendo um juiz de uma nacionalidade aplicar direito estrangeiro, de acordo com os princípios do Direito Internacional Privado. (REVCO D.S. INC. vs. GOVERNMENT EMPLOYEES INSURANCE COMPANY, a Corte Distrital de Ohio, (1991 n.g.);⁷

⁷ STRAIN, Robert W. (Org.) *Reinsurance*, Athens: Strain Publishing and Semirars, 1997,

- b) Em alguns casos a sede escolhida pelas partes para a arbitragem, determina, também, a jurisdição competente, ainda que não exista uma cláusula expressa. (PAYNE, WEBER, JACKSON & CURTIS, INC. vs. RONGREN - **Corte Suprema de Nova York**, 1984).⁸

A solução parece razoável, à exceção dos casos em que o direito aplicável ao **CONTRATO DE RESSEGURO** proíba a nomeação de jurisdição fora do país. Neste caso e salvo que tal proibição se estendesse à arbitragem - o que deveria ser expresso na lei -, este último desenvolver-se-ia no lugar escolhido e qualquer questão judicial tramitaria na jurisdição competente, segundo a lei aplicável.

- c) sem prejuízo disso, “a jurisdição competente do lugar de funcionamento do tribunal arbitral, deve ser sempre utilizada quando uma parte se nega a levar adiante a *arbitragem pactuada* e o tenha que compelir judicialmente.” (Corte de Apelações do Segundo Condado de Nova York (EUA), em autos VICTORY TRANSPORT, INC. vs. COMISARÍA GENERAL DE ABASTECIMENTOS E TRANSPORTES (1994) – n.g.).⁹

4. A EXTREMA BOA FÉ NO CONTRATO DE RESSEGURO

4.1 O princípio fundamental

É princípio jurídico que todo e qualquer contrato deve ser gerado na boa fé. Entretanto, assim como o contrato de seguro (art. 1.443 do Código Civil), o **CONTRATO DE RESSEGURO** é impregnado do *princípio da extrema boa fé* que informa a esta classe de contratos. Ademais, como bem leciona o Mestre Pedro Alvim, ... *o resseguro nada mais é que um seguro entre seguradores*.¹⁰ O jurista Antígono Donati, a seu turno, ensina: *a tese atualmente dominante é que o resseguro é um verdadeiro e próprio contrato de seguro*.¹¹ Sendo assim, a extrema importância conferida ao princípio da boa fé no contrato de seguro é igualmente verificada na constituição da relação jurídico-contratual com a resseguradora.

⁸ Idem.

⁹ Ibidem.

¹⁰ ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. p. 365.

¹¹ DONATI, Antígono. *Manuale di diritto delle assicurazioni privati*. p. 51

Dissertando sobre a máxima boa fé que as partes devem manter no contrato de resseguro, R. L. Carter, assim se posiciona: “*Los contratos de reaseguros, al igual que las demás formas del seguro, han de ajustarse al principio de **uberrimae fidei** –de máxima buena fe– No basta con que las partes se abstengan simplemente de formular declaraciones erróneas, tienen que revelar completamente todos los datos de interés de igual forma que lo harían en los contratos de seguro. Esta obligación recae sobre ambas partes.*”¹²

A relevância jurídica representada pelo princípio que analisamos está basicamente na posição que deve ser adotada pelo intérprete do contrato ou na conduta das partes. Com efeito, na análise das cláusulas, fundamentalmente frente a um conflito de interpretação, sempre se deve ter em mente o que tiveram os contratantes, suas intenções e objetivos iniciais. Assim, as palavras e os preceitos do contrato deverão ser entendidos dessa forma, como se houvessem sido escritos por este nível de contratantes, descartando, em consequência, as leituras retorcidas, ambivalentes, capciosas, finalmente não jurídicas, que só estariam na intenção de um contratante despojado da *boa fé*.

Vale dizer o mesmo da interpretação das condutas que devem ser seguidas durante a execução do contrato, que devem estar sempre direcionadas ao entendimento de que os procedimentos a que as partes se comprometerão, não são destinados a constituir delitos ou, situações não vinculadas diretamente ao objeto do contrato.

4.2 Interpretação do contrato

Qualquer interpretação contrária aos princípios já citados, deve ser descartada. Este é o efeito primordial do *princípio da boa fé*, por sua vez, o maior e mais efetivo reproche a formular para quem efetivamente tem pretendido celebrar ou executar um contrato contrariando-o, pois o destino que o intérprete justamente lhe dará, fará irrealizáveis suas torcidas intenções.

Finalmente, deve-se apontar que o princípio abarca uma obrigação de conduta recíproca, e não só de uma parte sobre a outra.

4.3 Aplicação nos contratos de resseguro


¹² CARTER, R. L. *El Reaseguro*, Madri, 1979. p. 175 n.g

Em nossos contratos o princípio que temos relatado tem uma aplicação superlativa. Reiteradamente tem-se dito que uma das notas do contrato de resseguro é sua escassa escritura, vale dizer, o ínfimo conteúdo jurídico que abarca.

Tratando-se de contratos automáticos, onde a Seguradora-Cedente ressegura, em princípio, todos os riscos respeitados os limites de responsabilidade, ramo e outros aspectos definidos pelas partes, estas assinam periodicamente os denominados *wordings*, que são verdadeiros textos contratuais. Mas na esfera dos resseguros facultativos, onde cada risco é analisado individualmente, existe, em geral, somente um *slip* de cobertura (não excluindo totalmente os *wordings*, sobretudo quando os negócios são produzidos em grande velocidade e demanda), que só possui os lineamentos técnicos do negócio ou suas regras básicas, mas nunca sua estrutura jurídica.

Esta é uma prática secular pacífica que legitima a existência de uma série de problemas cuja solução as partes subentendem, por responder a práticas universalmente aceitas e normalmente aplicadas sem sobressaltos. É aí que o *princípio da boa fé* cobra dupla importância, pois não se tratará agora de interpretar somente as cláusulas contratuais como se o tivesse feito um celebrante leal senão, a de presumir que as partes conheçam essas práticas internacionais e que, se não tem estipulado nada em contrário, é porque de boa fé, as tem julgado aplicáveis à sua relação particular.

Frente aos **CONTRATOS DE RESSEGURO**, a Seguradora-Cedente deve se conduzir de acordo com uma pauta clara; deve agir como o faria um segurador não ressegurado. A todo momento deve agir como se não houvesse repassado ao outro uma parte das conseqüências de seus negócios. Não pode fazer o ressegurador suportar conseqüências mais negativas que as que seriam suportáveis para si em caso de não haver resseguro. Esta é a medida de atuação da *boa fé*.



4.4 Uma obrigação positiva

Além de princípio essencial do CONTRATO DE RESSEGURO, a *extrema boa fé* é, fundamentalmente, uma *obrigação positiva*.

Muitos CONTRATOS DE RESSEGURO incorporam expressamente, logo no enunciado inicial, a obrigação de obrar de *boa fé*.

Na falta desta menção, os usos e costumes internacionais, enunciados sempre nos CONTRATOS DE RESSEGURO como de aplicação impositiva a seu tramite, determinam a vigência do princípio.

Como consequência natural de ser uma obrigação positiva, seu descumprimento acarreta efeitos que, são verdadeiras sanções para quem não o cumpre.

Digamos primeiramente que se trata de uma obrigação a ser expressa tanto na etapa pré-contratual quanto na contratual.

Realmente, na primeira etapa o ressegurador solicita uma série de informações, que podem ser estatísticas, de balanço - para poder conhecer a situação econômica e financeira da futura Seguradora-Cedente -, sobre a qualidade dos acionistas e subscritores, das políticas de subscrição de riscos, etc., que devem ser preparadas e entregues de acordo com a mais absoluta *boa fé*. Isso porque, com base nestas informações, o ressegurador formulará sua oferta, que justamente existirá e terá sua essência determinada devido à informação recebida. Se a futura Seguradora-Cedente atua sem mediar *boa fé*, distorcendo a informação para obter um contrato que caso se mantivesse a realidade, lhe houvesse sido negado ou, ao menos, houvesse contido piores condições, então tal contrato pode ser entendido como nulo, toda vez que o ressegurador alegue *reticência* e demonstre o engano sofrido. Isso, porquanto a vontade positiva expressa pelo ressegurador está eivada de erro, pois está imaginando cobrir um *estado de risco* que na realidade é outro.

Esta circunstância, que surge mais clara nos contratos automáticos, pode se verificar igualmente nos facultativos, pois neles também se proporciona uma série de informações, às vezes mais específicas ainda, por estarem referidas a um risco em particular.

Na etapa contratual, o *princípio da boa fé* na análise deve estar presente em cada um dos atos das partes. A Corte de Apelações dos Estados Unidos, pronunciou-se de maneira objetiva ao observar que: *a negociação ao pagamento de um sinistro reclamado ao ressegurador deve ser determinada pela regra da boa fé pelos detalhes do reclamo*

original. (MENTOR INSURANCE CO - UK vs. NORGENSBRANNKASSE e Outros, United States Court of Appeals - Second Circuit, 25-05-93).¹³

Este pronunciamento é eficaz na tarefa de demonstrar a importância que internacionalmente se atribui ao princípio, como verdadeira obrigação positiva. Seu descumprimento importa a violação do contrato, pois representa nada menos que desconhecer o mandato de conduta mais característico que possui o contrato, a fidelidade a intenção originalmente estabelecida pelos contratantes, ficando a outra parte, portanto habilitada para rescindi-lo, carregando sobre quem não cumpre os danos e prejuízos que a rescisão lhe acarrete.

4.5 Os efeitos normativos do princípio

Existem duas cláusulas de uso comum nos **CONTRATOS DE RESSEGURO**, que provêm do princípio da *extrema boa fé*. Uma delas é geralmente conhecida como *follow the fortunes* -seguir a sorte-, pela qual, em princípio, o ressegurador sofrerá, em sua medida, idênticas conseqüências que o segurador. A segunda é denominada *erros e omissões*, pela qual, nas circunstâncias de seu funcionamento, os erros que - de *boa fé* - cometam as partes, não produzirão efeitos jurídicos, como se verá a seguir.

4.6 O princípio do *follow the fortunes*

O **CONTRATO DE RESSEGURO** não poderia ter existência sem a presença de um contrato de seguro, que se constitui, conseqüentemente, em seu pressuposto iniludível.

É certo que existe uma total desvinculação jurídica entre ambos, ao ponto de ser um princípio universal que, não existindo relação entre ressegurador e segurado, ambos carecem de ações recíprocas para reclamar, à exceção de algumas hipóteses muito especiais que estudaremos em seu momento. A relação entre o **CONTRATO DE SEGURO** e o de **RESSEGURO** é uma marca indelével para as partes deste último e possui efeitos de índole técnica e jurídica.

A responsabilidade que para o ressegurador nasce do **CONTRATO DE RESSEGURO**, deriva-se do cumprimento de um **CONTRATO DE SEGURO**, cujas normas influem decisivamente sobre aquele - quanto à validade, valor da obrigação, etc. Daí a regra consagrada universalmente, que indica que o ressegurador *segue a sorte ou segue a fortuna* do segurador em tudo o não previsto no **CONTRATO DE RESSEGURO** ou nas normas legais que o regulem. Esta regra

¹³ STRAIN, Robert W. (Org.) *Reinsurance*, Athens: Strain Publishing and Semirars, 1997.

tem sido também qualificada, talvez com maior rigor quanto a seu alcance, como *seguir a desfortuna*.

A definição mais concreta dada ao tema, foi a do Tribunal de Nova York, no processo INSURANCE CO. OF NORTH AMERICA vs. FIRE INSURANCE CO. (1990-322 N.Y.S. Id. 520),¹⁴ onde se estabeleceu que o princípio devia ser assim entendido: *Pagar como deveria pagar a ressegurada, responsável ou não*. O julgado assenta dois pilares fundamentais:

- a) O ressegurador não deve abandonar o segurador à própria sorte;
- b) O compromisso que entranha o **CONTRATO DE RESSEGURO**, vai além das cláusulas aplicáveis à relação resseguradora: além disso compromete-se com a sorte do **CONTRATO DE SEGURO**, ao ponto de, se o segurador se visse obrigado a pagar o que por direito não deve, ainda neste caso o ressegurador deveria acompanhá-lo.

É necessário reiterar que este princípio é uma derivação do da *boa fé* contratual, pois, efetivamente, encontra-se ali sua justificação e seu obstáculo. De um lado, porque a comunidade de sortes só cabe se o segurador defende seus direitos tanto como os do ressegurador e, ainda assim, já foi compelido a cumprir em excesso do que aparentemente devia. Por outro lado, quase como o reverso da moeda, porque a demonstração da ausência da *boa fé* por parte do segurador, exime o ressegurador de acompanhá-lo. E não poderia ser diferente, na medida em que o instituto da boa-fé é princípio básico a fundar todas as categorias de contrato, com mais forte razão aos de seguro, os quais estão impregnados de informações essenciais a sua formação, podendo levar a uma aceitação técnica equivocada, ou mesmo a um cálculo errôneo do prêmio, pela falta de elementos claros acerca do risco proposto.

Sendo, portanto, do segurador-cedente a ausência da boa fé, não pode o ressegurador ser compelido a acompanhá-lo na sua sorte, ao contrário do que normalmente faria se, como examinado, fosse aquele obrigado ao pagamento de quantia, mesmo que por direito não devida.

Tem-se dito com total exatidão que *o princípio follow the fortunes não modifica o CONTRATO DE RESSEGURO*. Porém, como uma prática e um costume, o ressegurador deve seguir a sorte do segurador sempre que a cobertura da reclamação tenha sido feita *sem fraude e de boa fé* (MENTOR INSURENCE CO. -UK- e outros vs. A.I.G. OIL RIG INC. e outros, United States Court of Appeals - Second Circuit, 24 de maio de 1993).¹⁵

¹⁴ STRAIN, Robert W. (Org.) *Reinsurance*, Athens: Strain Publishing and Semirars, 1997.

¹⁵ Idem.

O princípio em análise encontra-se na atualidade quase sempre voltado para uma cláusula contratual, sendo que não se deve interpretar a inexistência desta última como se as partes tivessem decidido não aplicar o princípio, pois, como já falamos, o mesmo se reveste de universalidade suficiente para ser considerado aplicável ainda na ausência da menção expressa. Claro está que as partes podem prever a não aplicação, sempre que o façam de forma inequívoca.

O caráter da aplicação universal do princípio foi sustentado em dois relevantes julgados da Corte Americana, inegavelmente a que mais tem sido instada a se pronunciar sobre o direito de resseguros, não somente pela eleição de seus foros em alguns contratos internacionais, mas, sobretudo, pelo volume operacional das empresas Norte Americanas.

Vejam os casos relacionados por Michael Hollenbach¹⁶: NATIONAL AMERICAN INS. CO. OF CALIFORNIA vs. CERTAIN UNDERWRITERS AL LLOYD'S (Corte Distrital de Califórnia, 30-08-1993), onde se indica que o princípio *follow the fortunes* é costume e prática da indústria resseguradora aplicável *a todos* os contratos de resseguro; e no caso MENTOR INSURANCE CO. vs. NORGES BRANKASSE (primeira instância em 1992 e apelação ante a Corte de Apelações do Segundo Distrito, Estados Unidos, 1993), onde tal instituto é tido como coincidente em sua universalidade aplicada, corriqueira mesmo e, com mais forte razão a um resseguro facultativo.

A redação da cláusula que costuma acompanhar os contratos, tem tido, muitas vezes, uma tal amplitude - por exemplo: “*para todos seus efeitos, o ressegurador seguirá a sorte do segurador*” - , que tem complicado a posição dos resseguradores, obrigando-os a acompanhar fora de todo limite, incluso o da racionalidade. É por isso que, atualmente, a redação da cláusula circunscreve a aplicação do princípio dentro dos limites que veremos a seguir.

4.7 Campo de aplicação do princípio *follow the fortunes*

Frente à universalidade consagrada do *princípio*, se tem levantado posições que indicam que o mesmo só será aplicável em toda sua plenitude nos **contratos automáticos proporcionais**, enquanto que, nos **não proporcionais e nos facultativos**, estaria circunscrito ao que especificamente se tem pactuado. Esta posição, entretanto, não encontra apoio na doutrina.

¹⁶ STRAIN, Robert W. (Org.) *Reinsurance*, Athens: Strain Publishing and Seminars, 1997, p. 192-4.

O entendimento é divergente, uma vez que os contratos sob a forma automática são muitas vezes extensos e amparam grande quantidade de operações de seguro negociados em contratos de resseguro, gerando, por conseguinte, divergência de interpretação das suas cláusulas. Já o contrato na forma facultativa apresenta menor grau de insatisfação das partes, em razão da maior parcela de envolvimento dos contratantes na sua elaboração, refletindo cláusulas mais adequadas aos objetivos primariamente planejados. Como diz **Pedro Alvim**, ao discorrer sobre a natureza facultativa do seguro avulso, *o segurador discute com o ressegurador as condições de cada operação*.¹⁷

Para melhor compreensão do tema e, de acordo com **Giulio di Gropello**, em sua prestimosa obra *Princípios da Técnica de Resseguro*, elaborada com a colaboração de **Giovanni Manghetti**, editada no Brasil pela FUNENSEG, em dezembro de 1996, com tradução de **Maria Elena Bidino**, o CONTRATO DE RESSEGURO automático proporcional reflete o acordo *que obriga a seguradora cedente a ceder, e o ressegurador a aceitar, uma determinada proporção de cada risco, originariamente, subscrito pela cedente*¹⁸. Já o não proporcional se verifica todas as vezes em que o resseguro é feito sem respeitar as proporções entre risco, prêmio e sinistro, e o resseguro facultativo *refere-se ao resseguro de um único risco oferecido a um ou mais resseguradores em potencial*.¹⁹

Esta distinção não resulta justa nem adequada à realidade, ao menos numa formulação tão abrangente que restrinja sua aplicabilidade. Em apoio a esta posição, lembramos os casos judiciais *NATIONAL AMERICAN* e *MENTOR INSURANCE*, mencionados no ponto anterior.

Assim, não cabe fazer diferença entre os contratos automáticos e os demais. Não se encontra uma justificação válida para excluir de sua aplicação aos contratos não proporcionais, tanto no ponto de vista técnico quanto jurídico.

O mesmo ocorre com os contratos facultativos (em geral proporcionais), onde a comunidade de sortes é absolutamente aplicável, ainda que, desde agora, atendendo à contratação específica desse caso em particular. A este aspecto deve-se dar especial atenção, pois a “nota de cobertura” (o *slip*) pode assinalar um texto de apólice, ou somente algumas cláusulas, diferentes das que se usam no mercado local. Logicamente se a Seguradora-Cedente desconhece esses detalhes, não poderá obrigar depois o ressegurador que a acompanhe em efeito, por não desejado que fosse, que surja da não aplicação daqueles textos.

¹⁷ ALVIM, Pedro, *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

¹⁸ GROPELLO, Giulio di. *Princípios da técnica de resseguro*. p. 63.

¹⁹ Idem. p. 40

4.8 Condições de aplicação do princípio

A aplicação do princípio possui um efeito imediato: se o segurador se vê *obrigado* - *não voluntariamente* - a cumprir uma prestação que não se encontre contemplada nas condições que regem o contrato ou na lei aplicável ou que exceda os limites desse contrato ou da lei, o ressegurador não pode abandoná-lo. Muito pelo contrário, deve cumprir, em sua medida, com sua própria prestação. Deve se dar ênfase à não voluntariedade da conduta do segurador, pois do contrário a cláusula não resultará aplicável. Assim entendeu a Corte Americana no julgado TRAVELERS INDEMNITY CO. vs. COR REINSURANCE CO. (Distrito Conecticut, 22-09-93) e I.N.A. vs. UNITED STATES FIRE INS. CO. (Corte Suprema de Nova York, 1973)²⁰. O peso da prova sobre a *falta de obrigatoriedade* do pagamento, o que impediria a aplicação do princípio, corre no entendimento pessoal do ressegurador.²¹

Logo, o efetivo funcionamento do efeito básico está sujeito, de um lado, à existência de duas condições primordiais e de outro, à existência de uma série de causas que excluem sua aplicação.

As primeiras são as seguintes:

a) Deve existir um contrato de seguro realizado de maneira legal e válido no momento do nascimento da obrigação que será exigida do ressegurador;

b) Em se tratando de uma circunstância que obriga a cumprir uma prestação que exceda os termos formais da obrigação do segurador, expostos na lei aplicável ao seguro ou na apólice, a mesma deve surgir de uma interpretação vinculada a essas normas contratuais ou legais. Daí que a cláusula que implementa o princípio que estudamos, geralmente especifique que *o ressegurador seguirá a sorte da Cedente em tudo o que se refere ao aspecto técnico do seguro*, desvinculando-se, então, dos efeitos *não técnicos* (por exemplo, os comerciais, como pagamentos de indenizações “ex gracia”, para atender a um bom segurado) dos quais o ressegurador não será responsável. Não necessariamente a circunstância mencionada deve ser *imprevisível*: basta que exceda os limites estabelecidos na lei ou combinados no contrato. Vale dizer que se a Cedente conhece positivamente que por império legal ou contratual deverá cumprir com sua obrigação indenizadora de um determinado modo e contrata o resseguro de outro, estaremos frente a uma insuficiente contratação resseguradora e não poderá exigir-se que o ressegurador responda por um risco que ela mesma não tem ressegurado.

²⁰ STRAIN, Robert W. (Org.) *Reinsurance*, Athens: Strain Publishing and Seminars, 1997, p. 192-4.

²¹ Idem.

Existe uma série de circunstâncias que fazem inapelável o princípio, das quais analisaremos as mais importantes, ainda que a matéria não seja doutrinariamente pacífica e não corresponda a uma prática internacional tão efetiva no mundo dos negócios, sendo mesmo tratada de forma divergente pelos Tribunais Internacionais, mas, são interessantes para compreensão do tema proposto, vejamos:

a) Quando a seguradora vê-se compelida a cumprir uma prestação em virtude de um prévio descumprimento da lei ou do contrato de seguro - Exemplo típico: os juros de mora ou as eventuais perdas e danos por cumprimento tardio da obrigação de indenizar um sinistro – Alguns Tribunais, em especial a Corte de Apelações de Colorado (EUA), entendem que neste caso **não podem ser recuperados do ressegurador**, que nada contribuiu para a demora no pagamento da indenização, sobretudo porque, quem regula o sinistro é o segurador e a sua relação com o ressegurador é de cobertura dos prejuízos mediante reembolso ou adiantamento. Neste mesmo item inclui-se a aplicação do princípio quando o segurador paga custos advocatícios não estando obrigado a isso. Vejam-se, a respeito, os casos citados no obra referido, envolvendo as partes: RELIANCE INS. CO. vs. GENERAL REINSURANCE CO. -1980- e COLORADO FARM BUREAU MUTUAL INSURANCE CO. vs. NORTH AMERICAN REINSURANCE CORP. - Corte de Apelações de Colorado, 1990²²;

b) A existência de má fé ou dolo por parte do segurador Cedente. Os efeitos econômicos de tais condutas não são recuperáveis do ressegurador;

c) Excesso nos termos do contrato de resseguro: quando a prestação do segurador advém da obrigação legal ou contratual explicitamente desvinculada do resseguro (caso típico de uma exclusão deste último), o ressegurador não fica obrigado a acompanhar a sorte;

d) Quando existe uma conduta negligente por parte da Cedente, que a leva a cumprir uma prestação indevida - ou a cumpri-la além da responsabilidade contratualmente assumida com o segurado -, o que, evidentemente, não ocorreria com um segurador diligente; no caso de uma má ou defeituosa defesa judicial levada adiante pela seguradora, que claramente a tem prejudicado; neste pressuposto, devidamente provado do ocorrido, poderá levar o segurador a contribuir dentro dos limites do que seria, no caso de uma defesa cuidadosa elaborada pelo próprio ressegurador;

e) Quando o cumprimento da prestação em excesso provém de uma decisão *voluntária* da seguradora Cedente, como é o caso dos *sinistros concedidos*, entendendo por tais aqueles que a seguradora paga fora do dever legal ou contratual. Também não podem ser recuperados do ressegurador, salvo a existência de uma *cláusula pontual* no contrato de resseguro, que assim o determine.

²² STRAIN, Robert W. (Org.) *Reinsurance*, Athens: Strain Publishing and Semirars, 1997, p. 192-4

Tal cláusula, que admite a aplicação do princípio em estudo ainda frente aos *sinistros concedidos*, deve ser *expressa*. Do contrário não será tomada como tal. No caso I.N.A. vs. UNITED STATES FIRE INS. CO., acima mencionado, estabeleceu-se que a forma geral do princípio (pagar como deva pagar o segurador - ressegurado, *responsável ou não*), não alcançava os contratos que não possuíam cláusulas nesse sentido, ou seja, para dar ampla cobertura do ressegurador aos sinistros.²³

Se o pagamento efetuado pelo segurador é parte *concedido* e parte *devido*, o ressegurador, em virtude do princípio que estudamos, só deverá acompanhá-lo pelo último dos conceitos, neste sentido o caso NATIONAL UNION FIRE INS. CO. OF PITTSBURGH vs. AMBASSADOR GROUP INC. - **Suprema Corte de Nova York**, 1991.²⁴

Como exceção ao não acompanhamento nos sinistros concedidos, tem sido decidido pelos Tribunais Norte Americanos, e esta menção é fundamental em razão da larga experiência daquelas Cortes no trato da matéria, como já visto, que o ressegurador deverá contribuir com sua parte, se o sinistro foi manejado juntamente por ele e o segurador (conforme PEERLESS INS. CO. vs. INLAND NUT.INS.CO.; Quarta Circunscrição, Estados Unidos, 1988).²⁵

Isto pode ocorrer com maior frequência toda vez que estiver inserida no **CONTRATO DE RESSEGURO** a cláusula *claims control*. Através dessa cláusula o ressegurador chama para si a regulação do sinistro, amenizando os efeitos da cláusula *follow the fortunes* a ponto de assumir o reembolso à cedente.

f) Nos resseguros facultativos, quando o dever de pagar por parte do segurador surge de uma cláusula do contrato de seguro que difere da exigida pelo ressegurador ou da que o ressegurador não tem sido informado ao momento de outorgar o resseguro (STATE AUTO MUTUAL INS. CO. vs. AMERICAN RE CO. - Corte Distrital de Ohio, 1990).²⁶

²³ Idem

²⁴ Ibidem

²⁵ STRAIN, Robert W. (Org.) *Reinsurance*, Athens: Strain Publishing and Seminars, 1997, p. 192-4

²⁶ Idem

4.9 Cláusula de liberdade de procedimentos

A cláusula *follow the fortunes* vem geralmente acompanhada de outra, que adverte ou ratifica a liberdade de procedimentos que cabe à seguradora-cedente.

Esta cláusula, que se denomina *liberdade de procedimentos*, estabelece precisamente que nenhuma menção do contrato limita o direito de gestão da Cedente, indicando além disso, que está expressamente autorizada a reconhecer, recusar ou negociar indenizações, tanto pela parte que ela deverá desembolsar como pela que corresponde ao ressegurador. Trata-se do devido esclarecimento do sistema de princípio que temos vindo analisando, no sentido de que por não estabelecer que o ressegurador deve seguir a sorte da Cedente, esta não deve sentir-se inibida.

Claro está que a ação - ou a inércia, pois em alguns casos o aconselhável será abster-se de agir - , deve realizar-se dentro do marco da boa fé, do que esta cláusula também se deriva. Se a ação ou omissão fosse negligente ou dolosa, prejudicando assim os direitos do ressegurador, este - segundo já temos estabelecido - poderá desprender-se da obrigação de seguir a sorte, ficando sempre a seu cargo a obrigação de provar tais extremos.

4.10 Cláusula de erros e omissões

Esta cláusula acompanha todos os contratos automáticos e deve ser considerada vigente ainda em caso de ausência, pois é da prática universal.

De acordo com seu texto mais comum, uma parte aceita que, sob as condições que mais adiante detalharemos, a outra parte se verá liberada das conseqüências de um ato seu que pudesse ir contra os interesses daquela, devido ao contrato de resseguro, se ele mesmo advém de um erro ou de uma omissão involuntária.

Este é também um preceito que nasce do *princípio da boa fé*, entendendo-se no caso que, inicialmente as partes só cometem erros não dirigidos a prejudicar a outra parte e, nesse entendimento, não se pode ser tão extremamente duro, aplicando a tal atitude todo o rigor do descumprimento.

Trata-se de uma cláusula de longa data que tem seus fundamentos nas práticas tão utilizadas em outros tempos nos países hoje abertos ao resseguro livre, mas ainda em pleno uso no Brasil, pelas quais as Cedentes comunicam o *movimento industrial* aos resseguradores através de relatórios periódicos (movimento industrial). Então, a omissão de alguma operação, que poderá ocorrer pelo volume e pela inexistência de meios mecânicos, não deveria e não pode alterar a cobertura automática gerada pelo ressegurador. Daí que a cláusula se forma só em favor da Cedente, pois é impensável sua utilização pela outra parte, de onde muitos autores lhe tiram hoje importância e aplicação.

Atualmente o princípio adquiriu uma aplicação mais universal. Não mais menciona o segurador como único agente ativo possível, senão que menciona ambas as partes. Assim, não se refere somente às contas, mas envolve toda a operação do contrato de resseguro.

4.11 Condições de funcionamento

As condições a serem cumpridas para a aplicação da cláusula são as seguintes:

- a)** Que exista um erro material cometido por uma das partes. O *erro* pode consistir num fato positivo (mandar uma informação incorreta) ou na ausência de uma conduta (omissão de informação);
- b)** Que a conduta errada ou ausente represente um fato exigível nos termos do contrato; caso se tratasse de uma simples cortesia a cumprir de uma parte para com a outra, não haveria transcendência jurídica alguma;
- c)** Que a inobservância do cumprimento contratual cause um dano à outra parte. Tal dano pode ser efetivo ou potencial, mas deve existir. De outra maneira estaríamos de novo frente a um pressuposto de intransigência jurídica, que não mereceria a existência ou aplicação de alguma cláusula;
- d)** Que no descumprimento exista boa fé da parte que não cumpre. Este princípio jamais pode ser considerado no sentido de apoiar ou perdoar condutas daqueles que não tenham agido estritamente de boa fé, do contrário se descaracterizaria totalmente seu fundamento;
- e)** Que a parte inadimplente se recupere imediatamente, revelando o erro ou a omissão. Isto pode ocorrer caso a própria parte que não cumpre adverte o erro, ou caso a outra o avisa e exige o cumprimento. Em ocorrendo a primeira hipótese, a parte que não cumpre deve retificá-lo de imediato, do contrário, sua conduta não poderá ser mais perdoada e o descumprimento deverá ter efeitos jurídicos prejudiciais a ela, pois já - claramente - não estará obrando de boa fé. Idêntico, mas ainda de prova mais fácil, é a hipótese onde a parte credora adverte à outra do descumprimento. Se a advertida não informa de alguma maneira

correta o erro, sua intenção de não cumprir ficará à vista e então os efeitos do descumprimento lhe serão aplicáveis.

5. EFEITOS DA LIQUIDAÇÃO DO SEGURADOR SOBRE O RESSEGURO

5.1 Formulação do problema

Um dos principais problemas que se debatem atualmente é a continuidade do contrato de resseguro com o cumprimento de suas cláusulas e condições, logo que produzida a liquidação judicial ou extrajudicial do segurador.

Em verdade, o tema remonta a muitos anos, quando alguns resseguradores norte americanos intentaram uma formulação teórica traduzida no seguinte pensamento: se, em razão de alguns princípios do contrato de resseguro (a proteção do patrimônio do segurador e não mais do segurado, o princípio indenizador; o princípio de seguir a sorte do segurador-cedente; etc.), o ressegurador só esteja obrigado a pagar na medida que o segurador o faça, e, considerando a cassação da sua autorização de funcionamento com a consequente decretação da liquidação judicial ou extrajudicial, o segurador só pagará as indenizações dentro das regras da denominada *moeda de quebra*, com formalismos excessivos e longa espera, o que permitirá reduzir a indenização do ressegurador na mesma medida da do segurador.

A questão apontada é relevante pois contém princípios que animam a contrato de resseguro.

5.2 Cláusula de Insolvência

Porém, percebe-se que sua aplicação produz uma indiscutível desigualdade: o ressegurador *in bonis*, beneficia-se claramente da liquidação do segurador-cedente, pois não pode ser obrigado ao pagamento da cota parte de indenização devida em razão do contrato de resseguro celebrado, quando na realidade sua capacidade de pagamento acha-se intacta.

A partir desta constatação, os organismos de controle, fundamentalmente os dos estados Norte Americanos e Europeus, opuseram-se a esta iniquidade, e sua decisão de velar pelos direitos dos segurados baseia-se em que esta teoria, não só prejudica os segurados com a liquidação do segurador, como também com o menor ingresso que teria na massa devido à pretensão do ressegurador. Ali surgiram as denominadas *cláusulas de insolvência*,

exigidas pelos Órgãos Fiscalizadores locais, conforme as quais o ressegurador se comprometia, no caso da liquidação do segurador, a indenizar a sua participação no sinistro de acordo com a liquidação formal do mesmo e como se abonasse integralmente o segurado.

Tal cláusula foi imposta de forma obrigatória nos contratos de resseguro de diversos países e seria de saudável aplicabilidade nos contratos de resseguro no âmbito do mercado brasileiro, até mesmo pela história recente das sociedades seguradoras submetidas a regimes especiais de liquidação extrajudicial, nos termos estabelecidos no Decreto-Lei 73/66, o qual, em seu artigo 107, faz referência expressa à aplicação dos princípios da Lei Falimentar (Decreto-Lei 7.661/45) cujas regras determinam sejam os pagamentos sempre efetuados à **massa liquidanda**.

Convém aclarar, finalmente, que tal pagamento não beneficiará o segurado particular envolvido no sinistro, senão à massa de segurados, em virtude do privilégio sobre outros credores que neste sentido costumam reconhecer as leis nacionais, das quais a nossa não é exceção, em especial os pressupostos inseridos no Decreto-Lei 7.661/45, como visto, aplicável subsidiariamente às sociedades seguradoras liquidandas.

5.3 O problema da compensação

Suscita-se imediatamente um grave problema de interpretação que é o que ainda continua sendo matéria de profundas discussões. Costuma ocorrer que o segurador-cedente, no momento de sua liquidação, possua dívidas exigíveis com o ressegurador. E, ainda que isto não fosse assim, a técnica das operações de resseguro (apresentação e exigibilidade de contas periódicas posteriores a seu recebimento, aparição de prêmios de reposição por consumo de somas motivadas justamente no sinistro pago, cálculos de *burning cost* (ajustes de prêmios por uma produção maior do que a esperada) ou “método de apuração da taxa pura de excesso de danos baseada na relação entre sinistros pagos e pendentes e prêmios subscritos”²⁷, faz geralmente aparecerem dívidas posteriores ao ato de decretação da liquidação da Cedente.

Quando qualquer uma destas situações ocorre, pode o ressegurador compensar estes créditos com as dívidas por sinistros, ingressando a massa liquidanda, em conseqüência, só com o saldo? Ou deve pagar integralmente sua participação nos sinistros e habilitar e verificar seus créditos como qualquer outro credor?

²⁷ DICIONÁRIO de seguros. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 1996. p. 11

Na metodologia de estudo que temos fixado para este problema, dividimos claramente entre o *ser* e o *dever ser*. Colocamos inicialmente nossa opinião no sentido de acreditar que a única solução justa é permitir a mais ampla compensação prévia a seu pagamento, da parte do ressegurador, ainda que se realize posteriormente ao da liquidação da seguradora.

No momento oportuno exporemos sucintamente as causas que nos levaram a esta conclusão. Porém, devemos reconhecer que não é esta a solução que atualmente se encontra vigente no direito brasileiro, de tal forma que, requererá uma reforma legislativa para impor a solução que consideramos justa. Esta dupla situação nos leva à necessidade de analisar a atual sistemática em nosso direito, para depois nos dedicarmos a desenhar um modelo equitativo de solução.

5.4 O sistema brasileiro atual

Analisando o problema à luz da nossa normativa vigente, encontramos a seguinte situação:

a) O artigo 46, do Decreto-Lei nº 7.661/45, resulta terminante: a compensação só poderá ter lugar nas dívidas vencidas até o dia da declaração da liquidação. A norma é de uma universalidade que não admite discussões.

b) Efetivamente, o atual parágrafo único, do artigo 100, do Decreto-Lei nº 73/66, permite a compensação de créditos e dívidas nascidas do contrato de resseguro, mas tal permissão não pode ser interpretada como reveladora de um regime especial para este contrato, fundamentalmente por duas razões: **(1)** ainda que se deduzisse na sua leitura, o artigo não estabelece especificamente que tal compensação poderá igualmente ter lugar depois do auto de liquidação. Então, frente a tão expressa proibição da Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661/45) só poderia opor-se uma clara prescrição contrária. Donde concluímos pela necessidade de uma reforma legal que assim o estabeleça; **(2)** o artigo 100, acima referido, diz respeito especificamente ao órgão ressegurador único no Brasil, permitindo inclusive a compensação com o valor das ações desse órgão Oficial (IRB).

c) Em tudo o não legislado pelo Decreto-Lei nº 73/66, a liquidação das entidades seguradoras rege-se pela Lei de Concorrências e Quebras, conforme expressa remissão daquela, em seu artigo 107, acima mencionado. Assim, a aplicação supletiva desta última resulta inquestionável.

Em conseqüência, com a posição sustentada pelo sistema atual, a liquidação de uma entidade seguradora terá os seguintes efeitos sobre o **CONTRATO DE RESSEGURO**.

5.4.1 A conduta do ressegurador

Os contratos de resseguro internacionalmente utilizados prevêm, entre as cláusulas de rescisão, a intervenção temporária na sociedade seguradora-cedente e a sua liquidação propriamente dita.

Da primeira não seguem os efeitos que logo se descreverão, pois a **intervenção** e não a **liquidação**, em face das normas do Decreto-Lei nº 73/66, com as alterações promovidas pela Medida Provisória nº 1719, de 13 de outubro de 1998, **não produz a imediata suspensão das atividades empresariais** e, em consequência, a seguradora poderá **seguir funcionando**, ainda que o faça sem resseguro, se o ressegurador tiver exercido a opção de rescindir.

Interessa-nos o segundo caso, pois ele significa um ato definitivo que se verifica com o ato extrajudicial de abertura da liquidação. Em consequência vamos analisar quais são as condutas que pode seguir o ressegurador se o contrato está em vigência no momento da liquidação:

a) Com base na norma inserida na alínea “b”, do artigo 98, do Decreto-Lei nº 73/66, entender por rescindido o contrato de resseguro e, dali em diante, evitar celebrar ou prosseguir qualquer obrigação futura com a entidade submetida à liquidação;

b) A outra conduta possível é não rescindir o contrato, caso o que o mesmo seguirá seu curso com os efeitos que logo se verão. Todavia, essa hipótese somente poderia ser aceita em caso de expressa autorização do órgão Gestor da Liquidação, no caso brasileiro, a Superintendência de Seguros Privados-SUSEP, a pedido do ressegurador interessado, que poderia argumentar da possibilidade de retomada das atividades da liquidanda, com fundamento nas alterações legislativas produzidas pela Medida Provisória nº 1719/98, se no caso fosse absolutamente inequívoca a vantagem comercial para ambas as partes. Veja-se que seria possível angariação de novos negócios, além da manutenção justificada dos contratos anteriores, em especial daqueles cujos efeitos somente se produzirão no decorrer do tempo, tais como o pagamento das indenizações por sinistros futuros.

5.4.2 A conduta da liquidanda

A liquidanda pode também optar por duas posturas:

- a) Rescindir ela mesma o contrato;
- b) ou pedir a continuidade do contrato, com prévia autorização da SUSEP, e o pagamento do prêmio a moeda do valor real, por conta da massa.

5.4.3 Efeitos que se seguem à rescisão do contrato

5.4.3.1 Quanto às operações futuras

As operações futuras não serão alcançadas pelo contrato rescindido. O termo *operação* estará determinado pela base de cobertura prevista no resseguro. Se possuía *base de vigência*, a cobertura não alcançará as apólices emitidas após a rescisão, ainda que esta possibilidade seja efetivamente impraticável porque a liquidação impedirá que o segurador continue emitindo apólices. Só teria efeito frente à uma futura reabilitação, nos moldes previstos na Medida Provisória retro mencionada. Neste caso o contrato de resseguro terá ficado morto por efeito da rescisão e se requereria uma nova manifestação de vontade (um novo contrato). Se o resseguro possuía *base ocorrência*, onde a cobertura se verifica na medida em que é avisado o evento danoso acontecido (sinistro), ficarão sem cobertura os sinistros cujo fato gerador ocorra posteriormente à rescisão. E, se continha *base reclamações*, ou seja, a cobertura concedida a danos emergidos no período de vigência da apólice que constituem efeito imprevisto de causas ou fatos preexistentes ao contato de seguro, ficarão sem cobertura os reclamos que se formulem após a rescisão.

5.4.3.2 Efeitos da vigência

A rescisão não impedirá os efeitos derivados do tempo de vigência do resseguro, que poderão ser, segundo as *bases* indicadas, sinistros de apólices emitidas com anterioridade à rescisão ou sinistros cujos fatos houvessem ocorrido antes da rescisão ou reclamos formulados antes desse momento.

Estudaremos esses efeitos em relação aos contratos proporcionais ou não proporcionais:

5.4.3.2.1 Contratos não proporcionais

a) Prêmios: pode-se compensar, a valor real, os prêmios líquidos, vencidos e exigíveis, sempre que efetivamente sejam anteriores à quebra (art. 46, Decreto-Lei nº 7.661/45). A partir daí, estas dívidas se submeterão às normas específicas da liquidação;

b) Sinistros: deverão ser pagos sempre a valor real, pois a legislação especial aduzida não admite reduzir a prestação da parte não falida por causa da liquidação;

c) Devolução de reservas: devolvem-se sempre a valor real, pois tratam-se de retenções de bens alheios (art. 100, alínea “b”, Decreto-Lei nº 73/66). A partir da prestação de contas, por quem as retenham, seja o segurador ou o ressegurador, não se formulam mais reservas deste tipo, pois as mesmas tem seu fundamento na operatória de uma empresa seguradora, que não existe mais.

5.4.3.2.2 Contratos proporcionais

a) Sinistros: se devem sempre a valor real;

b) Cotas de prêmios mínimos de depósito, também conhecidas como a importância mínima que o segurado pode pagar pela cobertura do risco, seja em função de sua classificação específica, seja pela fixação de valores mínimos pelas autoridades competentes:

1. Pode-se compensar a valor real os recebidos antes do ato de liquidação da sociedade seguradora;

2. Depois submetem-se às normas da liquidação;

3. Todas as que estavam previstas pagar depois do ato de liquidação, transformam-se em patrimônio a ser utilizado pela massa para seu bom e regular funcionamento

d) Ajustes por sinistro, conhecidos internacionalmente como *burning cost*:

1. Como obrigação condicional, fica sujeita ao princípio geral do art. 25, parágrafo segundo, do Decreto-Lei nº 7.661/45, assim expresso: “Não têm vencimento antecipado as obrigações sujeitas a condição suspensiva, as quais, não obstante, entram na falência, sendo o pagamento diferido até que se verifique a condição”.

2. Os vencidos e exigíveis podem se compensar a valor real;

d) Prêmios de reintegração, pagos quando do restabelecimento do contrato:

1. Podem-se compensar a valor real os vencidos e exigíveis;

2. Fora das condições acima, serão cobrados na medida da sua verificação e se submeterão às regras falenciais. Resultaria absolutamente válida e eficiente uma cláusula que o ressegurador viesse a introduzir no contrato, pela qual se indicasse que a reposição só se tornará efetiva no momento do pagamento, à moeda real, do prêmio de reposição, ainda que nesse momento o ressegurado esteja liquidado.

5.4.3.3 Efeitos derivados da não rescisão do contrato.

5.4.3.3.1 Quando o ressegurador pleiteia a continuação

Se o ressegurador decide pleitear a continuação do contrato junto à liquidanda, em sendo essa continuação autorizada, assume para si todos os efeitos da quebra. A partir daí cumprirá suas obrigações (agora também pelos efeitos que surjam depois do auto de liquidação) a valor real e receberá a contraprestação a valor de falência.

5.4.3.3.2 Continuidade a requerimento do liquidado

Se o liquidado solicita a continuidade, agora com fundamento na Medida Provisória nº 1.719/98, de 13 de outubro de 1998, e no art. 16, parágrafo 1º, da Lei nº 6.024, previsto como de aplicação subsidiária às normas do Decreto-Lei 73/66, por essa M.P. requerer-se-á autorização da SUSEP e os prêmios se pagarão à moeda real.

5.5 A solução eqüitativa

Já temos nos referido à proibição de compensar créditos e dívidas decorrentes de obrigações, ainda não vencidas no momento da decretação da liquidação da sociedade seguradora. Estendida ao contrato de resseguro, revela uma situação realmente desigual, justo pelas suas características, em especial nas obrigações de trato futuro. Por isso, deve-se produzir um esforço legislativo à eliminação destes limites ao **CONTRATO DE RESSEGURO**.

5.5.1 Contrato necessário

Em primeiro lugar temos que advertir que resseguro é um *contrato necessário* para a atividade seguradora. Com efeito, não se pode conceber a existência da indústria do seguro sem o complemento do resseguro, pois, e não há doutrina que o contradiga, este último é o que permite ao outro desenvolver-se, estabilizar suas carteiras, assumir riscos que não estão ao alcance de sua capacidade econômica e financeira. De modo que se trata de uma relação de *necessidade jurídico-técnica* e não meramente comercial.

5.5.2 Segurança jurídica do seguro

Essa necessidade revela-se ainda num aspecto de maior transcendência: a segurança jurídica do segurado. Naturalmente o segurado não poderia transladar com segurança seus riscos ao segurador sem a existência de um contrato de resseguro. Daí que a preservação da atividade resseguradora, se bem é garantia de solvência dos seguradores, é muito mais relevante se é estudada como único meio que, em termos econômicos globais da atividades, garante a segurança jurídica dos segurados.

5.5.3 Capacidade de cumprimento

A impossibilidade de receber seus créditos em moeda íntegra, a todo momento, ataca a estabilidade econômica e financeira do resseguro como atividade, e com isso sua própria **capacidade de cumprimento**. Analisando o caso particular de uma liquidação, advertir-se-á para o fato de que o ressegurador integre à massa, em tempo e forma, suas dívidas por sinistros, o que permitirá levar a um feliz término e satisfazer os créditos na melhor medida.

5.5.4 Contratos conexos

O apontado anteriormente, nos leva à certeza de que se trata de *contratos conexos* (seguro, resseguro), cuja existência se entrelaça de forma contínua, não se podendo conceber a existência de um sem o outro. As mais modernas legislações sobre quebras, mesmo as que não admitem a total liberdade de compensação, estabelecem esta liberdade relativa a favor destes denominados contratos *conexos*.

5.5.5 Ampla compensação

Só a ampla possibilidade de compensar resolve equitativamente o conflito histórico colocado no início deste ponto. Se o ressegurador não pode compensar obrigações por trato futuro depois do ato de liquidação, não há motivo para se afastar do princípio de que o ressegurador só deve pagar quando o segurador o faça e, nessa medida, em cujo caso a denominada *cláusula de insolvência* se transforma numa imposição DE ORDEM PÚBLICA, carente de uma equitativa contraprestação.

A iminente abertura da atividade seguradora no Brasil eliminará o ressegurador único e trará à baila a segurança jurídica das operações comerciais celebradas, donde se conclui pela necessidade de se estabelecer normas claras no novo ordenamento legal a se elaborar, sobretudo quanto à possibilidade de irrestrita compensação de créditos.

5.6 A jurisprudência norte-americana

Os pronunciamentos judiciais norte-americanos têm oscilado entre a aceitação e a rejeição da compensação logo após a liquidação do segurador, embora sejam unânimes quanto à sua restrição. Seguindo normas legais vigentes para os estados de Illinois, Nova York e Califórnia, existem três pronunciamentos que aceitaram tal compensação: *STAMP vs. INSURANCE COMPANY OF NORTH AMERICA* (Câmara de Apelações do VII Circuito -1990-); *MIDLAND INSURANCE COMPANY* (Câmara de Apelações de Nova York - 1991-) e *PRUDENTIAL REINSURANCE CO. vs. CALIFORNIA SUPERIOS CT.* (Corte Suprema de Califórnia - 1992)²⁸.

Ao mesmo tempo, de acordo com as normas legais vigentes nos Estados da Pennsylvania, Missouri e Colorado, existem outros três pronunciamentos que denegam a compensação em questão: *FOSTER vs. THE MUTUAL FIRE, MARINE AND INLAND INSURANCE CO.* (Corte Suprema da Pennsylvania - 1992 -); *ALLENDALÉ MUTUAL INSURANCE CO. vs. MELAHN* (Câmara Distrital de Missouri - 1991 -) e *BLUEWATER INSURANCE LTD. Vs. BALZANO* (Corte Suprema de Colorado – 1992).²⁹

²⁸ STRAIN, Robert W. (Org.) *Reinsurance*, Athens: Strain Publishing and Semirars, 1997, p. 192-4

²⁹ STRAIN, Robert W. (Org.) *Reinsurance*, Athens: Strain Publishing and Semirars, 1997, p. 192-4

6. CERTAS REGRAS ESPECIAIS APLICADAS AO CONTRATO DE RESSEGURO

6.1 Sub-rogação

6.1.1 Sub-rogação total

É sabido que a ação sub-rogatória forma parte integrante da atividade seguradora toda vez que o pagamento de uma indenização faz surgir no pensamento do segurador, o direito de reclamar do real responsável pelo dano sofrido pelo seu segurado, o reembolso do que tem sido pago por conceito de indenização.

Voltando este problema para o caso do resseguro, é comum que a ação sub-rogatória a exerça o segurador pelo **total da indenização** paga, ainda quando parte daquela tenha em realidade saído do patrimônio do ressegurador, em atenção ao resseguro existente. Sendo assim, o segurador deveria reintegrar de imediato ao ressegurador o recuperado até a quantia da contribuição deste último e, se a recuperação fosse parcial, aplicar as normas técnicas de resseguro contratado. Tratando-se de um resseguro proporcional, a recuperação parcial obtida do responsável beneficia ao ressegurador na proporção que houvesse existido entre a indenização total paga pelo Cedente no sinistro e a participação que na mesma houvesse cabido ao ressegurador. Ao se tratar de um seguro não proporcional, a primeira recuperação beneficia ao ressegurador - não além da quantia contribuída pelo sinistro -, pois sua obrigação é somente em excesso da prioridade por conta da Cedente.

É necessário deixar claro que o segurador exerce uma gestão de negócios nascida de uma obrigação contratual (a do resseguro) e, em consequência, a parte que corresponde ao ressegurador nunca ingressa em seu patrimônio. No caso da liquidação do segurador antes do efetivo ressarcimento ao ressegurador do recuperado, esses fundos devem ser entregues a este último sem se verem afetados pela situação da liquidação, pois se trataria de retenção de valores pertencentes a terceiros.

6.1.2 Ação do ressegurador contra terceiros

A pergunta mais difícil de responder, entretanto, é se o **ressegurador pode exercer a ação sub-rogatória contra o responsável pelo dano.**

A resposta deve ser afirmativa, fundamentalmente porque podem ocorrer duas situações:

- a) Que o segurador demore a justificar o exercício da ação; e
- b) Que o segurador entre em estado de liquidação forçosa.

Em ambos os casos abre-se a ação para o ressegurador. Na primeira das situações dever-se-á, aos efeitos de um melhor desenvolvimento da ação judicial e por se tratar de uma obrigação contratual do segurador para com ele, notificar o segurador para que a exerça em um tempo peremptório, vencido o qual poderá intentá-la por sua conta. Isto, por quanto a obrigação não tem prazo e pelo tanto se requer intimação para constituí-lo em mora.

Na segunda situação cabem duas possibilidades, se a seguradora liquidada ainda não tenha obtido o reembolso da indenização paga, poderá o ressegurador iniciar uma ação sub-rogatória, não perdendo de vista a referida notificação prévia para que a massa exerça a ação sub-rogatória, sob pena de, não o fazendo, ser essa promovida diretamente pelo ressegurador. Se, ao contrário, a Cedente já tenha recuperado o crédito sub-rogado, o ressegurador deverá pedir da massa liquidanda o pagamento da sua parte recuperada, habilitando-se, contudo, junto ao quadro geral de credores da massa, observadas as preferências legais existentes.

6.1.3 Proibição da ação sub-rogatória

É obvio dizer que o direito do ressegurador existe até o limite econômico de seu pagamento, e sua ação não pode prejudicar nem à Cedente (*seu segurado*) nem ao segurado original. Se, como ocorre na Argentina, a ação sub-rogatória estiver proibida para o segurador em algum tipo de cobertura (no caso deles, as de pessoas), tal proibição estende-se ao ressegurador.

6.2 Ações entre segurado e ressegurador

6.2.1 Cláusula *cut through*

Em que pese a inquestionável aplicação do princípio universal segundo o qual o segurado carece de ação contra o ressegurador e vice-versa, algumas apólices excepcionalmente contêm as denominadas cláusulas *cut through*, segundo as quais, em certas circunstâncias,

o segurado tem assegurado o direito de reclamar diretamente do ressegurador a correspondente parcela de indenização, em caso de quebra do segurador.

De acordo com os textos mais difundidos, trata-se de uma cláusula que se insere no contrato de resseguro, pela qual, segurado e ressegurador convencionam que entre ambos existem relações contratuais diretas, fazendo surgir direitos, obrigações e ações para exigir seu cumprimento.

Forçoso é reconhecer que se trata de uma cláusula que rompe com um princípio muito arraigado no direito de seguros, que o contrato de resseguro, existente ou não, válido ou nulo, não afeta ao segurado e que o segurador-cedente é o único e verdadeiro devedor frente ao segurado. Rompe ainda com outro princípio muito mais relevante, que é o da contribuição universal, de todos os devedores à massa liquidanda, no caso, o do pagamento da correspondente parcela do resseguro à massa, e não ao segurado diretamente.

Daí que abundante e destacada doutrina internacional tem fulminado de nulidade a existência deste tipo de cláusula que, entretanto, poderá prevalecer desde que o ressegurador esteja de acordo em pagar duas vezes, ou seja, à massa liquidanda e ao segurado.

Em nosso entender, há razões para limitação da aplicabilidade dessa cláusula. Suas estipulação até podem ser admitidas, para validade dos negócios e da inserção de nossas normas nacionais nas práticas comerciais internacionais. Realmente, a existência destas cláusulas se corresponde com necessidades do comércio internacional: geralmente se trata da presença de interesses econômicos estrangeiros num país onde, em razão das normas protetoras nacionais, se faz a presença de um segurador também nacional. Em consequência, aqueles interesses consentem a existência destes seguradores embora na medida em que estejam ressegurados, geralmente pelo 100%, num ressegurador de sua confiança.

Mas, como a cláusula não é convencionada com o segurador, é firmada apenas entre o ressegurador e o segurado, para garantia deste justamente contra a eventual quebra do segurador.

E sendo assim, é evidente que o segurador não estaria em condições de cumprir a cláusula *cut through*, porque está em regime de liquidação, alterando totalmente as relações obrigacionais com a universalização dos credores, sendo mesmo impossível à massa liquidanda o cumprimento de um compromisso contratual como este, até porque, representaria evidente prejuízo ao universo de credores. Está cláusula tem se mostrado contra a natureza das legislações mais modernas sobre liquidações e falências, tendo utilização internacional muito restrita, mais precisamente em cerca de quatro Estados Norte

Americanos, como salienta Robert W. Strain, em sua obra *Reinsurance contract wording*,³⁰

Frisamos, esta pretendida desnaturalização do contrato de seguros, com a adoção da cláusula *cut through*, para ter razões que justifiquem e se tornar uma forma de contratação útil para as partes, somente terá lugar com o compromisso do ressegurador de pagar em qualquer circunstância, mesmo que duas vezes, à massa liquidanda e ao segurado, com claros reflexos no custo do prêmio de resseguro, para fazer face a essa garantia suplementar pretendida.

6.2.2 Limite de funcionamento

Partindo do pressuposto de que tal cláusula tenha sido incluída no contrato de resseguro, sem os limites e as ponderações acima, torna-se conveniente falar nos seus **limites de funcionamento**.

Em primeiro lugar, o funcionamento da cláusula deve ceder inexoravelmente a partir da revogatória para operar por parte da seguradora-cedente. O contrário, como já afirmado, importaria num insuportável *privilégio contratual* - deve-se lembrar que os privilégios sempre possuem origem legal - em favor de um segurado sobre os outros, além da possibilidade de fraude que poderia existir, consistente em inserir uma cláusula deste tipo num contrato de seguro que não a contivesse, quase ao fio da revogatória do segurador, com a clara finalidade de deixar esse segurado fora da liquidação.

A automática inaplicabilidade desta cláusula deve operar desde a decretação da intervenção na sociedade seguradora, ainda quando esta não se encontre firme, a menos que o ressegurador, após convencionar o devido prêmio, assuma a possibilidade de duplo pagamento. Isso para evitar que a fraude aludida se verifique entre esse momento e a cassação da autorização de funcionamento. Se posteriormente a revogatória fosse revisada judicialmente, todos os atos que nela se originassem voltariam à sua situação anterior, renascendo a validade da cláusula.

Em segundo lugar, o funcionamento da cláusula não deve produzir nenhum descumprimento fiscal no país de funcionamento da seguradora-cedente.

³⁰ STRAIN, Robert W. (Org.) *Reinsurance contract wording*, Athens: Strain Publishing and Semirars, 1997, p. 14-15.

No caso da indenização de um sinistro, a ação do segurado contra o ressegurador possuirá os limites estabelecidos nos termos e condições do contrato de resseguro. Isto porquanto a cláusula não tira, nem do ressegurador nem do segurador, seu caráter como tal. Da mesma forma a cobrança do ressegurador contra o segurado do pagamento do prêmio, admissível apenas nesta hipótese, só será procedente na proporção do resseguro contratado.

6.2.3 Cláusula expressa

A existência deste tipo de cláusula não pode ser presumida nem inferida de outras cláusulas contratuais. Pelo contrário, sua existência deve ser expressa, clara e de inquestionável interpretação. Isso, enquanto se trata de uma exceção a um princípio fundamental, que é a existência de ação entre segurado e ressegurador. Assim tem entendido a Corte Suprema do Estado de Nova York, como é exemplo o julgado oriundo dos autos CHAWKI KADOUB vs. LIBERIAN AMERICAN INSURANCE CORP. (1991)³¹, que determinou que a cláusula deve ser clara, explícita e deve indicar expressamente as obrigações entre as partes.

6.2.4 Devedor solidário

Finalmente, importa afirmar que a existência deste tipo de cláusula não libera o segurador do pagamento total da indenização, se ele fosse reclamado pelo segurado. **Em rigor, o ressegurador só se converte num devedor solidário até o limite apontado no ponto anterior.** Até porque, esta cláusula geralmente só funciona em casos de liquidação do segurador. Apenas e excepcionalmente é a cláusula acionada em casos de simples inadimplência.

É necessário enfatizar que, se o segurador se libera de sua obrigação indenizadora pela porção de sinistros *ressegurada*, se desnaturalizaria totalmente a entidade das partes: ressegurador e segurador transformar-se-iam em *co-segurados não solidários*, cada um obrigado parcialmente e ocorreria uma inadmissível contradição entre o contrato de seguro, que só fala de *um segurador* e a realidade. Em nossa opinião, negar a ação indenizadora, em forma parcial ou total, do segurado contra o segurador, atenta elementarmente contra normas da ordem pública. Por outro lado, observa-se que esta figura, de assim consenti-la, permitiria o funcionamento no país de entidades não autorizadas a operar em seguros, com o conseqüente dano às normas de controle.

³¹ STRAIN, Robert W. (Org.) *Reinsurance*, Athens: Strain Publishing and Semirars, 1997, p. 192-4

As cláusulas em questão, portanto, jamais podem liberar o segurador de sua obrigação de indenizar a totalidade do sinistro, ainda que tal solução estivesse prevista na própria cláusula, em cujo caso tal previsão resultaria nula.

6.3 A citação em garantia do ressegurador

6.3.1 Motivação legal

Tendo em conta a natureza jurídica da parcela de seguro de responsabilidade do **RESSEGURADOR**, e mesmo inexistindo no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de terceiros acionarem diretamente o ressegurador, já que o efeito é secundário, ou seja, de dar ciência da lide ao mesmo, para garantia de direitos futuros, cabe estudar, em tese: admitindo a citação em garantia ao segurador, se o seu chamamento ao processo para responder subsidiariamente ao segurado alcança o ressegurador, fazendo possível que um terceiro o traga a juízo, onde se ventila a responsabilidade do segurado, ou que um segurado o traga a juízo onde intenta fazer valer seus direitos contra o segurador-cedente.

Antes de analisar estas duas situações, convém atentar para certos aspectos:

- a) A razão pela qual as legislações incluem a possibilidade da citação em garantia é única e especial: **proteger os direitos dos terceiros sinistrados**, permitindo-lhes uma mais rápida e eficaz maneira de chegar ao ressarcimento do dano;
- b) Esta intenção separa a figura da *citação em garantia* da *citação do terceiro interessado* existente nos diversos códigos de procedimentos, porque aquela reconhece essa função tuitiva em razão de um contrato de seguro que têm celebrado segurado (autor do dano) e segurador;
- c) Caso seja admitido num ordenamento jurídico, sua inclusão terá sido considerada como necessária pelo legislador, porque a figura da citação de terceiro não resultava suficientemente aplicável, já que era juridicamente inexistente qualquer obrigação do segurador para com o terceiro reclamante, toda vez que o único coberto era o patrimônio do segurado. O exemplo claro entre nós é o diploma do artigo 68, do Decreto-Lei nº 73/66, entendendo ser o IRB LITISCONSORTE NECESSÁRIO.

6.3.2 Pressupostos de funcionamento

Feitos estes esclarecimentos, nos resta analisar os dois pressupostos negativos de vigência da citação em garantia, considerando não ser permitida a citação direta do segurador e do ressegurador pelo terceiro:

6.3.2.1 Ausência de vínculo contratual

Não é possível a citação em garantia por parte do terceiro sinistrado contra o ressegurador. Isso pelos seguintes motivos:

a) a citação em garantia se fundaria na existência de um contrato formulado entre o autor do dano e um segurador, contrato inexistente entre esse segurado e o ressegurador. Deve ser realçado que a citação em garantia não constitui uma ação autônoma, senão que a figura do segurado segue sendo o foco principal;

b) o segurador assume frente a seu segurado a totalidade da dívida que resulte em função do contrato de seguro, esteja ou não ressegurado. Em conseqüência resulta totalmente estranho que o ressegurador seja chamado a um juízo onde não tem nenhum vínculo com o demandado principal.

6.3.2.2 Razão diferencial

Também não é possível a citação em garantia do ressegurador formulada pelo segurado, pelas seguintes razões:

a) A função tuitiva que informa à citação em garantia não se deve manter aqui: o segurado tem escolhido livremente a seu segurador, confiando que ele manterá indene seu patrimônio,

coisa que não ocorre com o segurado-sinistrado, que não tenha escolhido ninguém;

b) O segurador não é sujeito de um dano, como é o segurado. Também por esta razão **diferencial**, não corresponde uma função tuitiva dos direitos do segurado;

c) Finalmente, a figura da citação em garantia deve ser concebida com caráter excepcional e não cabe inferir sua aplicação em outros contratos, nem quando possuem uma natureza similar, por não ser uma instituição da ordem pública no ordenamento jurídico;

d) Daí que, com justa razão, os ordenamentos jurídicos, universalmente proibam expressamente a ação segurado-ressegurador, a qual deve estender-se à citação em garantia.

7. CONCLUSÃO

O estudo dos principais institutos jurídicos relacionados com a natureza normativa do **CONTRATO DE RESSEGURO** deixa evidente a sua importância na própria formação e desenvolvimento do **CONTRATO DE SEGURO**, merecendo maior atenção dos profissionais que, de alguma forma, têm a incumbência de tratar das questões a eles relacionadas.

As ponderações apresentadas neste trabalho procuraram destacar as normas de cunho legal relevantes e os conflitos jurídicos mais encontrados nas relações desenvolvidas no âmbito do **CONTRATO DE RESSEGURO**.

Algumas afirmações merecem destaque nestas derradeiras palavras, como a aplicação do ***princípio de autonomia da vontade***, dos usos e costumes, desde que preservada a ordem pública nacional, em respeito as normas de Direito Internacional Privado.

Da mesma forma, a ***Lei Aplicável*** aos contratos de resseguro deve seguir a do local do risco ou de onde se contraiu a obrigação. Trata-se de forma justa de aplicação das normas, na tentativa de manutenção do necessário equilíbrio entre as partes contratantes, tanto acerca do objeto, quanto do cumprimento da obrigação contraída. No mesmo sentido, situa-se a tendência nas legislações mais modernas, da possibilidade de eleição livre da jurisdição competente.

No campo da aplicação da *boa fé* contratual, vimos quão essencial sua presença como princípio obrigatório na origem do **CONTRATO DE RESSEGURO**. A atuação da mais extrema boa fé encontra sua medida exata na conduta das partes contratantes, evitando repassar ao outro mais consequências negativas do que as que normalmente suportaria se não houvesse o **CONTRATO DE RESSEGURO**.

As cláusulas comumente utilizadas na categoria de contratos aqui analisada, provenientes do princípio fundamental da extrema boa fé, são a “follow the fortunes” (seguir a sorte da outra parte) e a de “erros e omissões” (que elide a responsabilidade daquele que comete erro de boa fé).

Foi com evidência que ressaltamos, em razão da sua importância, as consequências e da relação entre o ressegurador e o segurador em regime de liquidação. Viu-se que a derrocada de uma sociedade seguradora traz nefastas consequências ao mundo econômico, jurídico e social.

O surgimento das chamadas *cláusulas de insolvência*, possibilitou ao ressegurador minimizar parte desses efeitos, com a indenização aos segurados de forma a praticamente garantir-lhes o total abono ao infortúnio experimentado. Sua aplicação aos **CONTRATOS DE RESSEGURO** celebrados em Território Nacional seria de bom tom, compensando de certa forma os graves prejuízos ocorridos aos segurados e ao próprio “mercado de seguros” nos últimos anos, com a liquidação extrajudicial de algumas sociedades seguradoras. Mas, para que essa cláusula surta o efeito desejado, será necessária a alteração da legislação especial, mais precisamente as normas sobre liquidação extrajudicial inseridas no Decreto-Lei n. 73/66, possibilitando que tal pagamento seja feito direto ao segurado e não à massa liquidanda, tal como determinado pela Lei Falencial (Decreto-Lei n. 7.661), aplicável subsidiariamente às liquidações das entidades seguradoras, naquilo que for omissivo o Decreto-Lei n. 73/66.

Por sua vez, o instituto da compensação de crédito entre o segurador liquidado e a resseguradora encontra, como solução justa ao conflito histórico, a oportunidade da mais ampla compensação, mesmo após iniciado o procedimento liquidatório. Todavia, a legislação atual vigente, analisada no quinto tópico deste trabalho, impede essa hipótese, restringindo mesmo o seu campo de atuação.

Na esfera das relações entre segurador e ressegurador, destacou-se a admissão da ação subrogatória promovida pelo ressegurador contra o responsável direto pelo dano, desde que o segurador se prolongue na justificativa do não exercício rápido e eficaz da ação, ou, no caso de ser o segurador submetido a estado de liquidação forçosa.

Verificou-se que a cláusula *cut through*, que representa o direito do segurado reclamar diretamente do ressegurador o correspondente a sua responsabilidade na apólice de seguros, desnaturaliza de tal forma o contrato de seguro, que, para se justificar, somente será possível ser invocada no caso do ressegurador se comprometer previamente a pagar “em qualquer circunstância”, mesmo duas vezes, tanto ao segurado como à massa liquidanda, no caso de quebra do segurador, carreando aumento consequente no custo do contrato, com o obrigatório aumento dos prêmios de resseguro.

Mas, a inclusão da cláusula *cut through* no contrato de resseguro apresenta necessários **limites de funcionamento** e não libera o segurador do pagamento total da indenização, no caso de ser reclamado pelo segurado. Por isso, cabe afirmar que a cláusula acima jamais libera o segurador da sua obrigação de indenizar a totalidade do sinistro, mesmo que prevista na cláusula.

Por derradeiro, insta salientar que a citação em garantia, incluída em algumas legislações, não produz efeito por parte do terceiro sinistrado contra o ressegurador, como também não se permite a citação do ressegurador pretendida pelo segurado.

A matéria em análise possui relevos jurídicos fascinantes em razão da importância secular das atividades seguradora e resseguradora. Observar e analisar os temas atuais mais intrigantes foi o norte de nossas ponderações, as quais, esperamos, sirvam como mola propulsora das reflexões jurídicas que estarão por vir em breve futuro, motivadas pela nova era econômico-jurídica iniciada com os procedimentos levados a efeito para abertura da atividade resseguradora em nosso País.

SERGIO RUY BARROSO DE MELLO
CONSELHEIRO MUNDIAL DA AIDA-ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE
DIREITO DE SEGUROS

sergiom@pellon-associados.com.br