

# necessidade de harmonização e melhor compreensão jurídica

Sergio Ruy Barroso de Mello<sup>1</sup>

**Resumo:** O objetivo deste artigo jurídico é analisar a execução do contrato de resseguro no Brasil, bem como as cláusulas contratuais responsáveis pelos principais conflitos e divergências de interpretação ao longo dos primeiros anos de mercado aberto no País. Busca-se compreender o fenômeno jurídico através da sua identificação e estudo dos fundamentos contratuais para, em seguida, discorrer sobre as medidas mais eficazes e as formas mais adequadas de interpretação do clausulado, com o objetivo final de harmonização das relações entre segurador, ressegurador, segurado e corretor de resseguro.

**Palavras-chave:** Seguro - Resseguro - Cláusulas contratuais - Conflitos e divergências - Harmonização das relações jurídicas.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Identificação das cláusulas conflitantes; 3. Os sinistros e os gastos em sua liquidação; 4. A gestão e os gastos na liquidação dos sinistros sob os contratos de resseguro; 5. O ressarcimento e o salvamento; 6. A obrigação do ressegurador de acompanhar e de seguir a sorte; 6.1 O Princípio de acompanhar a sorte em relação ao risco original; 6.2 O risco original em relação ao risco comercial; 6.3 O risco original em relação às alterações que afetam o contrato de seguros; 7. O direito de o segurador dirigir os negócios e a obrigação do ressegurador seguir as ações; 7.1. Os riscos “extraordinários” e a obrigação do ressegurador de seguir as ações; 7.2. O direito de o segurador liquidar os sinistros e o dever do ressegurador seguir as ações; 7.2.1. A obrigação de o ressegurador *seguir as ações* nos casos de pagamentos *ex-gratia*; 7.2.2. A obrigação de o ressegurador seguir as ações quando o segurador informa os sinistros com atraso excessivo; 7.2.3. A obrigação do ressegurador de seguir as ações em caso de cláusula penal; 7.2.4. A obrigação de o ressegurador seguir as ações no caso de excesso de responsabilidade; 8. Erros e omissões; 9. Conclusão

## 1 - Introdução

O marco jurídico inicial da abertura do setor de resseguros no Brasil está diretamente ligado a pouca prática na elaboração desse tipo de contrato e a

consequente necessidade de compreensão de sua técnica e do alcance de suas cláusulas. Ao longo dos anos, a atuação dos contratantes (seguradores e resseguradores), com o apoio de corretores de resseguro e de advogados experientes, modelou a forma de celebração do resseguro e proporcionou acesso e conhecimento dos usos e costumes do negócio de resseguro, em nível internacional. Todavia, e isto é muito natural, certas práticas e cláusulas tiveram interpretações divergentes por parte dos contratantes, ora com visão mais ortodoxa e consequentes restrições de direitos, ou com o predomínio de interpretação técnica, ora com visão ponderada e atenta aos costumes e normas locais, nem sempre de origem idêntica às dos países onde possuem sede os resseguradores envolvidos (não raro países de cultura jurídica com princípios da *common law* - direito comum, em detrimento ao direito brasileiro, eminentemente escrito).

A consequência dessa intensa atividade empresarial foi a celebração de volumosos contratos de resseguro, diante de Setor econômico que registrou R\$ 9,1 bilhões de faturamento em prêmios de resseguro em 2014, correspondentes a 10,2% dos prêmios emitidos de seguros e a 0,18% do PIB do país, tendo variação nominal dos prêmios de resseguro atingido 140% entre os anos de 2008 e 2014, muito acima da taxa de inflação do período, segundo consta em recente informe divulgado pela Terra Brasis e pela Consultoria Rating de Seguros.

Este cenário, como era de se esperar, produziria reflexos na interpretação das cláusulas contratuais, na medida da ocorrência dos sinistros cobertos pelas respectivas apólices de seguro resseguradas. Ao longo de quase oito anos de resseguro aberto, certas práticas foram se adaptando, outras se extinguindo, com reflexos diretos nas obrigações e deveres contratuais das partes, exigindo bom senso, conhecimento técnico, respeito às intenções dos contratantes, ao pactuado e à boa fé contratual.

Diante desse cenário, o presente estudo serve para apontar os pontos vulneráveis no campo contratual do resseguro, bem como discorrer sobre a melhor interpretação jurídica dos seus termos tradicionais e de suas cláusulas conflitantes, com o objetivo de contribuir para o alcance de ambiente de negócios harmonizado, sobretudo com a tão esperada segurança jurídica aos contratantes. É o que faremos nas próximas linhas.

## 2 - Identificação das cláusulas conflitantes

Objetivamente, podemos identificar maior nível de divergência quando o cenário da relação se vê diante da necessidade de se interpretar a cobertura ao sinistro de seguro no âmbito do sinistro de resseguro. Surge então a obrigatória análise dos termos pactuados, tanto no seguro como no resseguro e a verificação

do não "descasamento" de coberturas, especialmente quando diante de resseguros facultativos. Algumas cláusulas logo despertam interesse, como a de controle ou cooperação de sinistro pelo ressegurador, a de seguir a sorte e as ações da seguradora, a de cobertura para obrigações extracontratuais, ou mesmo a de erros e omissões, dentre outras igualmente importantes.

Existem estipulações tão especiais no contrato de resseguro que, por sua importância, merecem comentários específicos, para melhor compreensão do leitor.

### 3 - Os sinistros e os gastos em sua liquidação

Um dos temas mais complexos nas relações de resseguro está ligado a ocorrência do sinistro e a alocação dos gastos da sua liquidação, diante das coberturas de resseguro.

Para melhor compreender o fenômeno, é importante observar que por razões administrativas, os seguradores usam classificação diferente dos resseguradores quando registram os gastos em suas contas originais. Os pagamentos das indenizações representam o conceito principal sob o título geral de "o desembolso pelas reclamações", vale dizer, o dinheiro gasto pelo segurador para compensar seus segurados pela perda financeira que tenham sofrido. Tais perdas podem estar representadas por danos amparados em seguros patrimoniais, danos pagos pelo segurado a terceiro sob a apólice de responsabilidade civil, ou a soma segurada por morte e/ou invalidez, nos seguros de vida e acidentes.

Daí surge o primeiro ponto de divergência, os chamados gastos efetuados pelo segurado para evitar, diminuir e determinar a perda segurada, que também devem ser considerados como perda financeira e exigir compensação por meio do segurador, sobretudo no caso do Direito brasileiro, já que o artigo 779<sup>2</sup> define claramente o risco em termos de seguros patrimoniais.

Os desembolsos por sinistros compreendem também os gastos de liquidação efetuados pelo segurador referentes a sinistro específico, sobretudo os honorários de árbitros e advogados, o custo das perícias, ou mesmo as diárias por viagem, além de outros gastos pagos aos reguladores de sinistros e de investigação. O segurador terá também despesas gerais por conta dos negócios celebrados, não pertencentes especificamente aos contratos individuais: os pagamentos aos diretores e outros desembolsos para examinar o seguro subscrito (início do seguro, pagamento dos prêmios e possivelmente após isso, ações judiciais sobre os termos da apólice), por administrar os expedientes dos sinistros (redação e controle econômico, dos arquivos), para manter as informações, as estatísticas, por cooperar com outros departamentos, e por aplicar os convênios com outras companhias sobre a divisão dos sinistros.

Finalmente, vários gastos gerais, tais como os gastos causados pelo sistema eletrônico de dados, arrendamentos, o custo de frota de veículos, a remuneração paga ao Conselho de Administração e Fiscal etc., estão repartidos entre os distintos departamentos segundo plano de distribuição empresarial. Ainda que a cota de tais gastos gerais demonstrada ao departamento de sinistros seja assinalada como custo "interno" de investigação dos sinistros, os seguradores não podem apresentá-las em suas contas sob o título geral de "pagamento de sinistros", junto com o custo externo da investigação de sinistros específicos. Essa prática, embora isolada, gerou certas incompreensões no mercado local de resseguros, embora tenha sido fruto de visão comercial das obrigações do resseguro, talvez até mesmo por tradução inadequada de cláusulas contratuais de resseguro, logo após a imediata abertura do mercado de resseguro.

### 4 - A gestão e os gastos na liquidação dos sinistros sob os contratos de resseguro

Com respeito a todos os contratos de resseguro proporcionais e não proporcionais que realiza, o ressegurador suportará a cota estabelecida, tanto nas indenizações pagas como em relação aos gastos externos da investigação e regulação dos sinistros relativos a sinistros específicos. O cálculo da "cota" do ressegurador na gestão dos sinistros originais e, de outro lado, os gastos "internos" da investigação de sinistros, em muitos casos apresentam não apenas problemas técnicos, mas também injustiças.

Com os contratos de resseguro de excedente ou as coberturas de excesso de dano firmadas somente para parte da carteira total, a taxa geral dos gastos calculados sobre toda a classe de negócios não corresponderá à taxa de gastos, seja pela parte ressegurada da carteira (no caso do resseguro de excedentes) ou pela parte ressegurada do valor dos sinistros (no caso das coberturas de excesso de dano). Enquanto os contratos de resseguro de cota-parte ou de excesso de sinistralidade para toda a carteira em certa classe de negócios não apresenta dita discrepância, verifica-se a dificuldade em se encontrar a análise justa dos gastos: por exemplo, por razões de política comercial (competição), um segurador pode desejar mostrar taxa de gastos especialmente baixa em certa classe de negócios, e por isso decompor os gastos convenientemente. Isto é normal e precisa ser considerado quando do pedido de recuperação.

Como procederá sobre as bases do "máximo" permitido para seus gastos originais, o segurador não encontrará nada muito importante se a análise de ditos gastos para cada classe de negócios for "correta" ou não. De outro lado, ao ressegurador, que dificilmente estará participando em todas as classes compreendidas na carteira original, será absolutamente necessário dispor de sua análise adequada. Do contrário, correria o risco de lhe transferirem excessiva cota

nos gastos gerais quando aceita a investigação interna dos sinistros, e a gestão dos gastos calculados “como originais” sobre a base de programa de distribuição fixa. Precisamente por essa razão quase todos os contratos de resseguro excluem os salários pagos aos empregados permanentes no departamento de sinistros, os gastos gerais do escritório e outros conceitos de gastos não relacionados com as reclamações individuais das indenizações que devem levar ao ressegurador sob o título de “sinistros”.

Ainda que o ressegurador assuma certa cota nos gastos gerais do departamento de sinistros e na investigação interna de sinistros realizada pelo segurador, o fará por meio da comissão de resseguro paga para cobrir os gastos gerais de administração (no caso de contratos sob os quais as comissões de resseguro estão garantidas), e não sob o título de “pagamento de sinistros”. Supondo que o ressegurador participe em toda a carteira de determinada classe de negócios, por meio do contrato de cota-parte, e que o risco do segurador ao fazer alterações na distribuição interna dos gastos, de um ano para outro, possa ser excluído, o ressegurador não fará objeção em assumir sua parte no valor total da liquidação do sinistro, incluindo os gastos ocasionados na investigação e sua regulação.

Basicamente, não existe diferença para o ressegurador quanto a pagar a sua cota na investigação interna de sinistros e nos gastos de administração sob o título geral de “valor dos sinistros”, ou por meio da “comissão de resseguros”. Tudo o que pode fazer é assegurar-se de que não lhe cobram duas vezes os mesmos gastos: primeiro pagando uma comissão de resseguro, incluindo nela margem suficiente para os gastos internos de investigação e de administração; segundo, pagando pelos mesmos gastos provenientes de “sinistros” sobre as bases das contas apresentadas pelo segurador. Esta medida deve ser sempre objeto de análise das partes e, acredite, pode evitar desgaste desnecessário.

## 5 - O ressarcimento e o salvamento

Os contratos de seguro e de resseguro são fundados no princípio indenitário, razão pela qual é terminantemente proibido o enriquecimento ilegítimo para o segurado. No entanto, quando se verifica situações de enriquecimento, logo se denomina de *sobreseguro*. Este se produz quando a soma segurada se sobrepõe ao valor do interesse segurado, algo que periodicamente desafia os profissionais de regulação de sinistro.

A disciplina do sobreseguro é prevista no art. 778, do Código Civil que estabelece a pena de perda da garantia contratual, caso a soma do seguro exceda o valor da coisa segurada. Essa solução é justa quando o excesso da soma segurada sobre o valor real das coisas se deve a erro do contratante ou a outro motivo que não implique dolo. Mas se este existe, é mais justo declarar nulo o

contrato como sanção a essa disparidade, pela busca ilegal ou ilícita de lucro pelo segurado. Essa a melhor interpretação que se sugere do tema entre seguradores e resseguradores.

O princípio decorrente do qual se concede indenização pelos sinistros sofridos e, portanto, utiliza-se a norma contra o enriquecimento injusto, também se aplica ao resseguro. Por conseguinte, o ressegurador indenizará o segurador somente pelos sinistros que impactam os seus contratos de seguro, tendo em conta os possíveis salvamentos e as recuperações. No resseguro proporcional, por exemplo, o ressegurador que suporte 30% sobre o total das indenizações por sinistros terá direito a 30% de todos os salvamentos e ressarcimentos.

No caso das coberturas de excesso de dano, o ressegurador terá direito a todos os pagamentos pelos salvamentos e recuperações até a quantidade total das indenizações por sinistros que tenham ocorrido. Mas o ressegurador tem direito a tais pagamentos somente quando excedam as indenizações por sinistros por ele pagas. Em consequência, o segurador que iniciar as cobranças em seu próprio interesse logo perceberá que os ganhos são mútuos e necessários no contexto da relação de resseguro.

## 6 - A obrigação do ressegurador de acompanhar e de seguir a sorte

Na literatura moderna de resseguro, “acompanhar a sorte” e “seguir as ações” se apresentam como dois conceitos jurídicos totalmente distintos. *Acompanhar a sorte* significa que dentro dos termos e condições expressas no contrato de resseguro o ressegurador assume o risco original, tanto quanto o segurador. Basicamente, dito “risco original” consta do risco técnico composto pelo risco moral, dentro do controle do segurado, e do risco físico, por exemplo, aquele risco relativo a eventos além do controle do segurado e do segurador.

O risco original também compreende o chamado “risco do contrato”, de forma que do segurador pode ser exigido o pagamento de sinistros em relação a apólice, ainda que este não esteja obrigado a fazê-lo em termos objetivos (por exemplo, em caso de ato fraudulento praticado pelo segurado, mas que não pode ser provado). Esse risco original assumido pelo segurador é trasladado ao ressegurador nos termos e condições estabelecidas no contrato de resseguro. Por isso a expressão “acompanhar a sorte”, linguisticamente pouco precisa e enganosa, pois se deriva da submissão dos seguradores a circunstâncias fora de seu controle.

Em contraposição, “seguir as ações” se refere aos deveres do ressegurador para seguir as decisões da gerência e as medidas tomadas pelo segurador. O termo “decisões de gerência” se refere a todas as circunstâncias dentro do controle do

segurador, em particular o fato de aceitar riscos, estipulando os termos e as condições segundo as quais se concede a cobertura de seguro, determinando os prêmios e liquidando os sinistros. O ressegurador está, por conseguinte, limitado a todas as decisões tomadas pelo segurador, posto que se referem aos riscos que figuram em seu contrato de resseguro, e desde que os princípios de administração diligentes não tenham sido violados intencionalmente ou em forma de descuidos graves.

De outro lado, dentro do contexto da cláusula de “acompanhar a sorte”, perguntas tais como se o segurador pode ser culpado ou não por certas ocorrências ou se a ação que tenha tomado em caso específico está de acordo com a prática geral, são totalmente inoportunas, já que o risco original somente pode realizar-se por conta de ato efetuados pelo segurado, e não pelo segurador.

Em vista das diferenças entre as noções de “risco original/acompanhar a sorte”, de um lado, e a “direção de negócios/acompanhar as ações”, de outro, bem como da dificuldade que muitos contratantes no mercado brasileiro tiveram para compreender o verdadeiro alcance de cada um desses elementos contratuais tradicionais, nos parece conveniente tratar tais temas separadamente, como também as condições das cláusulas apropriadas utilizadas pelos contratos. Por conta disso, apresentaremos exemplos para assinalar o limite de separação entre *acompanhar a sorte* e *seguir as ações* na sequência.

### 6.1 - O Princípio de acompanhar a sorte em relação ao risco original

Examinar o princípio de acompanhar a sorte em relação ao risco original passa, necessariamente, pelo seu estudo pormenorizado, em relação ao alcance da própria cobertura. Algumas vezes surgem dificuldades práticas decorrentes do fato, geralmente aceito, de que o princípio de *acompanhar a sorte* possui validade geral, mesmo não tendo sido expressamente firmado. Mas não é bem assim. Os seguradores podem negar-se a limitar a responsabilidade do ressegurador, como a proporcionada pelas cláusulas de estabilidade, nas coberturas de excesso de dano de responsabilidade civil em face de terceiros, ou a chamada cláusula de avaliação incorreta da perda máxima provável, em contratos de excedentes de incêndios, sustentando que tais cláusulas inseridas nos contratos de seguro violam o próprio princípio de acompanhar a sorte. Essa premissa valoriza o fato de que o princípio de *acompanhar a sorte* não prejudica a formação de contratos novos, nem as condições específicas que podem ser estipuladas, somente serve para interpretar os contratos existentes.

Na presença da liberdade geral para realizar contratos (autonomia da vontade) como o julguem apropriado, as partes estão livres para negociar as quantias da responsabilidade que deve aceitar o ressegurador, o alcance material da

cobertura e o preço que deve pagar ao segurador pela cobertura que recebe. Por esta razão, o propósito do princípio de *acompanhar a sorte* não é expressar que o risco do contrato de resseguro é cobrir, mas indicar em que grau o ressegurador é responsável pelos sinistros relacionados com os riscos claramente cobertos no contrato.

Por conseguinte, o ressegurador somente segue a sorte do segurador no risco original até o limite convencionalizado no contrato de resseguro. Supondo, por exemplo, que as apólices de responsabilidade civil ante terceiros para a indústria farmacêutica estejam expressamente excluídas do alcance da cobertura, em contrato de resseguros que cubra apólice da modalidade de responsabilidade civil, não se pode esperar que o ressegurador assumira dita responsabilidade simplesmente por conta do princípio de *acompanhar a sorte*, pelo simples fato do segurador emitir a apólice de seguro. Igualmente, um ressegurador, cuja responsabilidade máxima segundo o contrato é de R\$ 5 milhões, não aceitará responsabilidade total em risco original aceito pelo segurador que exceda a retenção convencionalizada para as partes, por exemplo, de R\$ 10 milhões.

Logo, a cobertura do risco original aceita pelo segurador pode ser limitada pelo contrato de resseguro, tanto em qualidade como em quantidade. Somente dentro da estrutura de dita responsabilidade limitada é que o princípio de *acompanhar a sorte* começa e estabelece o dever não apenas por parte do segurador, mas também de parte do ressegurador.

### 6.2 - O risco original em relação ao risco comercial

Como já indicamos, o princípio de *acompanhar a sorte* se refere ao risco original, que nesse aspecto compreende somente o risco “técnico”. A causa dessa restrição é que o risco “comercial” não figura sob o princípio de *acompanhar a sorte*. Apesar desse convênio básico, os seguradores nem sempre estão de acordo quanto a natureza dos riscos “comerciais” e dos riscos “técnicos”.

A razão para essa falta de clareza está nas diversas definições utilizadas sobre o tema. Se a ideia de risco está apropriadamente definida como o “risco de usar os parâmetros do cálculo para determinar o prêmio [...] resulta incorreto”, ou como o “risco de um sinistro”, ou, se outras várias perdas e benefícios potenciais estão incorporados na definição, não é surpreendente que as diferenças consideráveis acumuladas durante muitos anos, entre os resultados dos negócios retidos e os resultados dos negócios ressegurados provocarão discussões e queixas com relação à possível falta da aplicação prática do princípio de *acompanhar a sorte*.

Enquanto com boa experiência dos negócios retidos tais queixas virão dos resseguradores, os seguradores serão a parte prejudicada nos anos de bom

duradoura nos resultados dos negócios ressegurados e nos negócios retidos por própria conta exige modificação dos acordos vigentes, e não têm relação com o conceito de *acompanhar a sorte*: em termos legais, o contrato de resseguro constitui acordo independente, os direitos e as obrigações das partes estão sujeitos a livres negociações, dentro do princípio constitucional da autonomia da vontade contratual.

Algumas vezes, os resultados positivos e as perdas são afetadas, por isso, cada contrato de resseguro tem sua própria "sorte" ou "destino", não acompanha o contrato de seguro.

Dentro do significado da cláusula *acompanhar a sorte* qualquer resultado ou perda de uma parte do contrato constitui aspecto comercial e não sua sorte técnica. Igualmente, as perdas causadas pelos delitos criminais dos dirigentes do segurador figuram claramente na categoria de sua "sorte" comercial, e não de sua "sorte" técnica: se um segurador sofre perdas por causa de seus empregados ou agentes (é dizer, indivíduos dentro de seu controle) fraudando sinistros ou enviando o pagamento dos sinistros por sua própria conta, em lugar da conta dos segurados (como resultado do qual o segurador tem que pagar duas vezes), dita perda não figurará sob o princípio de *acompanhar a sorte* e não afetará ao ressegurador.

### 6.3 - O risco original em relação às alterações que afetam o contrato de seguros

Como as subscrições e a "sorte" contratual do segurador para ser acompanhada pelo ressegurador estão limitadas pelos acontecimentos fora do controle do próprio segurador, todas as alterações nos contratos de seguros por ele efetuadas devem considerar-se sob a perspectiva do princípio de *acompanhar as ações* e não sob o princípio de *acompanhar a sorte*.

De outro lado, algumas alterações nos contratos de seguros podem ser feitas sem a aprovação ou contra o desejo do segurador, exigindo do ressegurador, segundo as condições do contrato realizado, seguir a sorte do segurador. Podemos citar, como exemplo, aquela operada pela transferência do bem e do consequente seguro sobre ele celebrado, à luz do artigo 785<sup>3</sup> do Código Civil, no qual a alteração das condições do risco, mesmo com a ressalva de sua não aceitação, não é de conhecimento do ressegurador. Outro claro exemplo de alteração do risco original, por motivos estranhos ao ressegurador, é o aumento dos valores devidos por sinistros, em razão da variação na taxa de câmbio das divisas do país, porquanto determinadas coberturas subscritas com taxas de câmbios inferiores àquelas utilizadas para pagamento das indenizações afetarão fortemente os desembolsos do ressegurador.

Diga-se de passagem, contudo, que é importante fazer distinções em tais casos. Enquanto o ressegurador basicamente segue a sorte do segurador, nestas circunstâncias, já que os eventos descritos estão fora de controle deste último, o princípio de *acompanhar a sorte* somente se aplica em relação às condições estipuladas no contrato de resseguros.

Para impedir desequilíbrios oriundos de situações claras de intervenção legislativa ou estatal, capazes de estabelecer obrigações ao segurador distintas daquelas objeto do contrato de resseguro original e derivada do conceito de *acompanhar a sorte*, seja em substância ou em volume, estabelece-se a cláusula conhecida como *atos vigentes* ou *alterações das normas*, estipuladas algumas vezes nos contratos não-proporcionais. Tais cláusulas preveem, nas situações de contratos de seguro sujeitos a intervenções legais, a necessidade de se reiniciar negociações sobre possíveis ajustes nas condições de resseguro. Se fracassarem na tentativa de chegar a acordo, o contrato de resseguro permanecerá aplicando-se como se não houvesse ocorrida a alteração da lei ou dos fatos em relação ao risco original.

### 7 - O direito de o segurador dirigir os negócios e a obrigação do ressegurador seguir as ações

Como já se mencionou, existe diferença fundamental entre os princípios de "risco original/acompanhar a sorte" e "direção dos negócios/seguir as ações". Acompanhar a sorte se refere aos eventos fora do controle do segurador ou que ocorram sem a sua intervenção, enquanto *seguir as ações* pertence às medidas (ou omissões) tomadas pelo próprio segurador. Esses dois conceitos nem sempre se mantêm separados com a devida clareza nos contratos de resseguro, razão pela qual têm levado a inúmeras interpretações, não raro divergentes e nível indesejado de discussão entre seguradores e resseguradores no Brasil.

Característica comum a esses dois princípios é justamente o fato de se referirem a riscos ou sinistros definitivamente cobertos pelo contrato de resseguro. Mesmo que o ressegurador não necessite acompanhar a sorte de seu segurador, em contrato de resseguro com responsabilidade limitada por apólice, se o segurador estiver obrigado por norma legal a garantir determinada cobertura, além dos limites originalmente contratados no seguro, tampouco necessitará o ressegurador *seguir as ações* do segurador, sobretudo no caso deste decidir, por razões comerciais, liquidar o sinistro por soma superior à responsabilidade máxima convencionada no contrato de resseguro.

Enquanto o princípio de *acompanhar a sorte* se refere a eventos fora do controle do segurador, *seguir as ações* pertence aos atos, às medidas ou às decisões tomadas pelo próprio segurador. Em consequência, se faz necessário neste tema

considerar se a ação tomada é “negligente”, “normal” ou “aceitável”. Neste ponto, as partes podem ter opiniões divergentes. Por isso, compreensivelmente, tem sido dada mais importância literária às discussões sobre o alcance do princípio de *seguir as ações* do que ao princípio de *acompanhar a sorte*, particularmente em razão de muitas declarações a respeito de *acompanhar a sorte* incluir o princípio de *seguir as ações*. Como os limites ao princípio de *seguir a sorte* já foram descritos, tentaremos adiante descrever o conceito de seguir as ações por meio de casos práticos, acreditamos assim poder contribuir para a compreensão e identificação pontual das situações, harmonizando-as e evitando-se, ao final, os indesejáveis litígios entre as partes.

### 7.1 - Os riscos “extraordinários” e a obrigação do ressegurador de seguir as ações

Os seguradores, com frequência, julgam como riscos ressegurados em contrato obrigatório os que seus resseguradores consideram como “extraordinários e não cobertos pelo contrato”. Os riscos podem ser “extraordinários” em dois aspectos: i) porque são novos e ainda não foram segurados em nenhum mercado de seguros (por exemplo: riscos de nanotecnologia ou riscos cibernéticos); ii) porque são “extraordinários” em determinado mercado, enquanto “ordinários” em outros (por exemplo: plataformas petrolíferas, que eram consideradas como riscos ordinários, apesar de perigosos, pelos seguradores marítimos britânicos por muitos anos, enquanto foram rechaçadas totalmente da cobertura pela maioria dos demais resseguradores estrangeiros).

Neste ponto, duas perguntas se apresentam didáticas. A primeira, se há riscos não cobertos automaticamente no contrato obrigatório de resseguros, mesmo que não estejam excluídos expressamente, embora “incomuns” ou “extraordinários”. Segundo, como devem ser definidos os termos “incomuns” ou “extraordinário”.

Objetivamente falando, é possível responder afirmativamente à primeira pergunta, ou seja, em verdade, há riscos “incomuns” ou “extraordinários” que não estão expressamente nas exclusões: ainda quando as partes no contrato de resseguro tenham convencionado com detalhes o alcance geográfico da cobertura, os riscos ou coberturas (incomuns) podem surgir, o que não foi previsto por nenhuma das partes durante a formação do contrato, mas que o ressegurador possivelmente não havia incluído, ao menos às condições “comuns” de seu contrato obrigatório. Justo por isso é comum se convencionar que certos riscos, mesmo não excluídos completamente, não necessariamente fazem parte da cobertura do contrato de resseguro obrigatório, por conta de sua natureza “extraordinária”. Obviamente que o termo “extraordinário” se deve definir cuidadosamente. É muito importante ter critério objetivo para distinguir

os conceitos de “incomum e comum” ou “ordinário e extraordinário”, já que a declaração subjetiva e unilateral feita pelo ressegurador reconhecendo o risco “extraordinário” não é suficiente.

Parecido com o princípio de *acompanhar a sorte*, o princípio de *seguir as ações* se refere unicamente aos riscos que estão claramente cobertos pelo contrato de resseguro respectivo. Ao se considerar certo risco como extraordinário, deve-se interpretar cuidadosamente o alcance material e geográfico da cobertura convencionada no contrato e nas cláusulas apropriadas. Mesmo quando o alcance material e geográfico da cobertura esteja descrito em detalhe e não em termos gerais, podem surgir dúvidas nos negócios sobre o alcance de expressões tais como “todo risco” ou “multiriscos”, nos quais o objeto da cobertura se define somente com referência aos termos e condições gerais do seguro e das tarifas fundamentais das apólices de seguros, e não por lista completa dos riscos cobertos. Em tais casos, o contrato de resseguro também cobrirá os riscos segurados sobre a base das tarifas ou das condições gerais, complementadas ou emendadas “principalmente” após o início do contrato, se o ressegurador for informado sem demora das alterações.

Ademais, e é muito importante frisar, a cobertura do resseguro obrigatório não se exclui por um único desvio das condições gerais e das tarifas aplicáveis no momento de começar os contratos.

Ainda falta aclarar em que grau a cobertura de resseguros garante: a) os riscos segurados, segundo convênios especiais, usados em casos específicos e não em base de condições gerais, e as tarifas usuais (isso se aplica para muitos riscos industriais, particularmente em responsabilidade civil geral e em seguro marítimo); e b) riscos não segurados, geralmente nas classes de negócios que pareceriam mais apropriadas.

Para definir a obrigação do ressegurador de *seguir as ações* de uma forma aceitável para as duas partes devem-se considerar precipuamente os seguintes princípios:

I - O negócio do ressegurador é subscrever seguros, vale dizer, assumir riscos. A incerteza é assim elemento dos negócios que administra. O fato de certos materiais ainda não ter sido experimentado por suas propriedades técnicas não justifica a recusa do ressegurador quanto a cobertura obrigatória. Igualmente, a má experiência adquirida em certo grupo de riscos não autoriza o ressegurador a refutar a obrigação de *seguir as ações*;

II - O ressegurador é livre para excluir riscos a partir do âmbito material da cobertura de seu contrato, sempre que as circunstâncias permitam, ao mesmo

tempo em que também pode limitar sua aceitação nos casos do resseguro facultativo, onde exerce influência sobre os prêmios e as condições. Essa opção do ressegurador limita a necessidade e a possibilidade de construir o modelo de cobertura de acordo com cada caso específico; e

III - Como contraposição ao resseguro facultativo, a vantagem do contrato de resseguro obrigatório é que as partes podem contar com cobertura automática e com gastos de administração relativamente baixos. Qualquer limitação do âmbito da cobertura causará incerteza quanto ao que está ou não coberto e necessitará de análises.

Certos riscos podem ser excluídos expressamente da cobertura devido à “deterioração dos critérios de cálculo” que causariam. Essa consideração também seria aplicada ao decidir o alcance material da cobertura e ao estabelecer se certos riscos não excluídos expressamente estão proibidos, não obstante o resseguro obrigatório “normal”, devido à sua natureza especial. Dado que a cobertura outorgada pelo contrato de resseguro e pelo preço a pagar são independentes dos termos e das condições acordadas na apólice de seguro, o critério de cálculo aplicável ao contrato de resseguro, e não aquele aplicável à apólice de seguro, deve ser usado para julgar qualquer situação de “prejuízo”. Esse princípio está na raiz de algumas divergências e não pode ser deixado de lado quando examinado o assunto, justo por sua direta relação com a boa técnica de subscrição, tanto do seguro quanto do resseguro.

O critério usado para calcular o prêmio de resseguro deve ser considerado como desvirtuado se o risco causa incremento excessivo nos parâmetros de coberturas, sobretudo se no momento da celebração do contrato houvesse conhecimento desse agravamento fático do risco. A vantagem do segurador em aplicar o critério de cálculo desvirtuado (em contrato de resseguro específico), como norma para excluir certos riscos do resseguro obrigatório, é que desta forma o número de riscos excluídos se mantém ao mínimo: muitos fatores que se afastam do que é “comum” não prejudicam necessariamente o critério aplicado para calcular o prêmio de resseguro. Não obstante, o problema ainda permanece, já que devido à ausência de fatores claramente mensuráveis não se pode declarar, desde o começo, qual risco deveria ser aceito no contrato e aquele a ser rechaçado. Qualquer incerteza relativa ao alcance da cobertura do contrato obrigatório de resseguro é prejudicial e intolerável para os contratantes, tanto que há formas e meios de ao menos vencer as consequências de dita incerteza e evitar os percalços vividos no mercado brasileiro de resseguro nesses primeiros anos de abertura ao resseguro internacional.

Frente a essa situação, pareceria sensato encontrar métodos para cobrir os riscos que prejudicam os critérios de subscrição e cálculo dos prêmios de

resseguro. Solução possível surge da ideia de exposição crescente, baseada no conceito de “estabilização do risco”. É dizer, sustenta as obrigações e direitos do segurador e do ressegurador, como se estipulou na formação do contrato. Qualquer alteração na exposição do segurador (risco) justifica a resolução do contrato ou a alteração no prêmio. Tem como fundamento a base das normas inseridas no artigo 769<sup>4</sup>, do Código Civil. Como resultado, qualquer alteração na exposição, induzida ou efetuada pelo segurado durante a vigência de seu contrato, com independência de ser responsável por tais alterações, será considerada justificativa suficiente para os ajustes do prêmio, tanto do seguro quanto do resseguro.

O conceito de cobrar juros ao prêmio por agravação nas condições do risco, após o início do contrato, também pode se aplicar no caso do segurador aceitar riscos que, mesmo não estando excluídos expressamente, aumentem a exposição do contrato até tal grau capaz de desvirtuar os critérios usados para o cálculo do preço do resseguro.

## 7.2 - O direito de o segurador liquidar os sinistros e o dever do ressegurador seguir as ações

A maioria das cláusulas que preveem a obrigação do ressegurador de *seguir as ações* da seguradora confere direito a esta, no sentido de aceitar ou negar cobertura aos sinistros, com efeito obrigatório para o ressegurador, que se vê no conseqüente dever de aceitar casos em litígio, formar parte da liquidação ou tomar medidas similares.

No contexto da obrigação do ressegurador de *seguir as ações* relativas a riscos “extraordinários” aceitos pelo segurador surge, no entanto, questão importante. Trata-se dos limites do segurador na liquidação dos sinistros e em que casos o ressegurador tem interesse legítimo em restringir esse direito usual do segurador para liquidar o sinistro, por meio de cláusulas especiais, por exemplo, exigindo que o segurador solicite o conselho e a participação ativa do ressegurador em certos casos. Nesse sentido, alguns aspectos são de particular interesse, vejamos:

I. a obrigação do ressegurador de seguir as ações nos casos de pagamentos ex-gracia;<sup>5</sup>

II. a obrigação do ressegurador de seguir as ações quando o segurador informa os sinistros com atraso injustificado; e

III. a obrigação do ressegurador de seguir as ações em casos não usuais (sinistros adicionais, tais como prejuízos de natureza penal, responsabilidade excessiva).

### 7.2.1 - A obrigação de o ressegurador seguir as ações nos casos de pagamentos ex-gratia

No campo da obrigação de seguir as ações é importante fazer distinção entre a “política” de pagamentos que o segurador está obrigado a fazer e a “política” de não pagamento que o segurador não está obrigado a fazer (ou crê que não está), seja em todo ou em parte. Dita “política” de não-pagamento se refere geralmente aos pagamentos ex-gratia.

Ainda que a maioria dos sinistros seja justificada e autorizada para efeito de indenização, com frequência surgem discussões relacionadas com a sua quantia, com a exceção dos seguros de pessoas e os casos de perda total nos seguros patrimoniais, em que é óbvia a quantia exata da indenização. Como a indenização é o resultado de compromisso contratualmente bem definido, pode-se dizer que na liquidação do sinistro de forma exagerada, em valores superiores aos devidos, o segurador estará fazendo pagamento *ex-gratia*. Pode ter como fundamento a intenção de continuar as boas relações com seu cliente tradicional, ou evitar gastos de demanda judicial com resultado incerto.

Com a visão posta na obrigação do ressegurador de *seguir as ações*, pareceria mais prático em tais casos aplicar distinção diferente, não apenas aquela entre “política” e “não-política” de pagamentos. O dever do ressegurador de *seguir as ações* se usa somente para riscos que definitivamente figuram no respectivo contrato de resseguro. Como as apólices aceitas pelo segurador constituem o assunto principal desse negócio jurídico, de conformidade com os seus termos e as suas condições, somente dentro do entorno dessas condições o segurador tem o direito de liquidar os sinistros. Qualquer ajuste relativo aos sinistros duvidosos em essência, ou em valor que ponha as partes em dificuldades para examinar as circunstâncias respectivas, se tornará óbice ao direito do segurador de dirigir os negócios que o ressegurador deverá seguir.

De outro ângulo, o ressegurador não está obrigado a seguir as decisões do segurador pelos riscos que não figuram na apólice original, tampouco cobertos pelo contrato de resseguro. Isso pode se aplicar aos sinistros causados por perigos não cobertos sob a apólice ou os sinistros não segurados até a quantidade reclamada. Ditos pagamentos, feitos pelo segurador a seu segurado sem a necessária justificação técnica da reclamação, não representam “sinistro” indenizável no verdadeiro sentido da palavra. Pois bem, quando o segurado não funda sua reclamação na apólice de seguros, mas na “compreensão” de seu segurador e em seu prestígio, a indenização que recebe deve ser considerada como verdadeiro pagamento *ex-gratia*, portanto, proibido, como visto.

Além dessa limitação no caso dos pagamentos *ex-gratia*, na prática, cada vez são mais comuns outras restrições sobre a obrigação do ressegurador em *seguir as ações*. Essas restrições podem ser convenientes por duas razões:

I- a liquidação de sinistros pode trazer problemas técnicos que se resolvem somente com pessoal qualificado, nem sempre presente na equipe do segurador. Tal situação ocorre, por exemplo, nos negócios de engenharia que exigem especialistas experimentados na liquidação de sinistros, os quais o segurador dificilmente terá à sua disposição internamente, quando toma os negócios, e que provavelmente não estarão também à disposição mais tarde, quando ocorrer o sinistro. Por isso, é conveniente ter ressegurador participativo, tanto no processo de subscrição quanto no de liquidação dos sinistros, tão logo exceda certa quantidade ou valor previamente definido no contrato;

II- a segunda razão para limitar a obrigação do ressegurador de *seguir as ações* não se justifica pelas complicações na liquidação de sinistros, mas pela distribuição desequilibrada dos mesmos entre o segurador e o ressegurador, particularmente nas coberturas de excesso de dano. Aqui, o alcance dos acordos sobre a liquidação dos possíveis sinistros é muito mais amplo que no primeiro caso e se estende desde simples consultas internas feitas pelo ressegurador, até cláusulas que exijam a sua participação completa no processo de liquidação de sinistros (cláusula de controle).

### 7.2.2 - A obrigação de o ressegurador seguir as ações quando o segurador informa os sinistros com atraso excessivo

Por conta do limitado serviço de borderôs exigido pela maioria dos contratos proporcionais de resseguro, a necessidade de informar os sinistros somente se efetua sobre a base da cláusula de sinistros de pouca probabilidade de ocorrência. Em geral, a notificação de cada sinistro só é obrigatória no caso das coberturas de excesso de dano. Apesar de ditas estipulações serem bastante claras nos contratos, pode surgir situação bem conhecida, no caso das coberturas de excesso de dano, de responsabilidade civil frente a terceiros, onde todos os sinistros necessitam de períodos longos de liquidação. Concretamente, é possível ver essa situação cada vez mais presente nos segurados que não informam os sinistros no ano de ocorrência ou no ano seguinte, somente fazendo-o após vários anos, normalmente quando são realmente avisados da reclamação dos terceiros, razão pela qual teremos crescimento constante no volume de sinistros de um ano para outro.

Alguns autores<sup>6</sup> sustentam que se o segurador deixa de informar o sinistro a seu ressegurador, por negligência, ou o faz com muito e injustificado



atraso, tais aspectos seriam suficientes para relativizar ou mesmo eliminar as obrigações assumidas pelo ressegurador. Todavia, pelo necessário princípio da transparência negocial e da boa fé nas relações contratuais, o ressegurador necessita demonstrar que o segurador deixou de informá-lo oportunamente sobre o sinistro por temeridade ou negligência. Tendo em conta que as cláusulas sobre a maneira de informar os sinistros são redigidas em forma geral e embasadas nas suposições e expectativas do segurador, dita prova somente pode ser proporcionada em casos raros. Além disso, as discussões sobre o comportamento temerário e negligente da parte no contrato influirão decisivamente na relação entre segurador e ressegurador, cuja necessidade da confiança especial é de grande impacto nos direitos e obrigações de ambos.

Em lugar de iniciar longas discussões sobre o atraso negligente na informação dos sinistros, as partes devem tratar de estabelecer a obrigação objetiva de informar os sinistros, para reduzir a possibilidade de temeridade ou negligência ao mínimo. Para melhor compreensão, podemos citar três dispositivos clausulares capazes de alcançar esse intento:

I- ao segurador não é permitido decidir (subjetivamente) se certo sinistro provavelmente excederá a prioridade ou não. É mais adequado acordar a obrigação de informar ao ressegurador todos os sinistros que excederem em determinado percentual da prioridade;

II- como em situações legais complicadas, o segurador ainda será capaz de declarar, após dois anos, se o sinistro figura sob a cobertura de excesso de dano; alguns contratos limitam a responsabilidade do ressegurador aos sinistros informados tão somente dentro de certo período, depois de terminado o ano de ocorrência; e

III- a experiência tem demonstrado que certas classes de danos corporais implicam em processos duvidosos e prolongados, causando grandes desembolsos por sinistros e aumentando a probabilidade de vincular a cobertura de resseguros. Por isso, deve o segurador informar a seu ressegurador de todos os sinistros, ainda quando apenas haja pequena probabilidade de figurar na cobertura no momento da informação.

### **7.2.3. A obrigação do ressegurador de seguir as ações em caso de cláusula penal**

O termo “danos penais”, conhecido também como “danos exemplares” ou “danos vingativos”, provém da lei anglo-americana e representa a contraparte de “danos reais” ou “danos compensatórios”, ainda que a diferença entre os dois nem sempre seja totalmente clara. Enquanto os danos

reais ou compensatórios se referem à indenização de uma perda material, calculável, os danos penais estão destinados não apenas a compensar a perda material sofrida, mas também como classe de multa imposta por medidas particularmente temerárias, ou seja, têm caráter eminentemente contratual e funciona, em nosso direito como “cláusula penal”.

No campo do seguro e do resseguro, os danos penais podem ser cobertos em dois casos diferentes: primeiro, sob as apólices de responsabilidade civil por danos a terceiros; segundo, ao próprio segurado (sob qualquer classe de apólices) quando o segurador nega ou atrasa maliciosamente o pagamento do sinistro, causando danos a seus segurados. Quando o segurado é demandado por danos penais, sob o fundamento de certo sinistro pelo qual seja responsável, surge a dúvida sobre se tais danos estão cobertos na apólice de seguro. Existem opções rechaçando a cobertura de danos penais ou cláusulas penais sob as apólices de responsabilidade civil ante terceiros, a respeito do fundamento de que o pagamento de ditas multas (por exemplo), não pelo responsável, mas por terceira pessoa, seria contrário a ordem pública, tendo em conta que essa cobertura não pode ser proporcionada para os sinistros causados intencionalmente pelo segurado. Isto se vê claramente no texto da Circular SUSEP nº 437, que trata exclusivamente dos seguros de responsabilidade civil.

A situação é diferente quando o segurador está obrigado a pagar danos penais a seu segurado por conta de atos “maliciosos”. Há casos em que, com base no comportamento do segurador, o segurado tem recebido danos sob o fundamento de agravos, ou seja, verdadeiros danos penais, além da indenização paga. Estudando o alcance da participação do segurador em ditos danos, excedendo a reclamação sob a apólice da parte agravada, se deve considerar primeiro que o princípio de *seguir as ações* está sujeito a várias limitações: não há limite apenas quantitativo imposto pela soma segurada do contrato, mas também qualitativo, no qual seguir as ações se aplica somente para sinistros de aceitação obrigatória pelo contrato de resseguro, mesmo que pela apólice de seguro ou por outros compromissos *de cobertura* aceitos pelo segurador.

É forçoso concluir que os sinistros avisados pelo segurador não provenientes do contrato de seguro em si, derivados de atos de agravo que este tenha cometido em suas relações com o segurado, não obrigam o ressegurador a seguir suas mesmas ações.

### **7.2.4. A obrigação de o ressegurador seguir as ações no caso de excesso de responsabilidade**

O item anterior descreveu a hipótese em que o segurador, na liquidação

A cláusula de *erros e omissões* geralmente é encontrada em todos os contratos de resseguro. Apesar de vir, quase sempre, como cláusula contratual independente, surge em certas ocasiões como parte da cláusula de acompanhar a sorte ou da cláusula de borderôs. Embora sejam bastante frequentes as interpretações equivocadas sobre o alcance desse tipo de cláusula, o seu propósito não é retificar posteriormente atos ou omissões cometidos por uma das partes, já que o “erro” ou a “omissão” sempre significa objetivamente que uma circunstância existente tenha sido erroneamente reconhecida ou interpretada. Este não é o caso se a ação que deve ser realizada posteriormente sobre a base de um “erro” constitui esse mesmo erro.

Cada vez que o segurador deixa de declarar certo risco ou circunstâncias a ele inerentes na cobertura de resseguro, seja facultativa ou obrigatória, tal ação pode ser considerada como erro. Obviamente, poderia ser considerado válido o erro, desde que não intencional. Mas o descuido ao declarar o risco atribuído a erro verdadeiro torna inaplicável a cláusula de erros e omissões.

À luz dessa situação, é conveniente, no contrato de resseguro, se utilizar da cláusula de erros e omissões somente para corrigir erros de comunicação ou algo semelhante, jamais permitir a revogação de declarações ou ações cometidas de forma intencionalmente errônea. O único propósito da cláusula de erros e omissões é assegurar que uma parte não possa se eximir de sua obrigação, que não possa recusar direito simplesmente porque não foi informada, ou porque foi informada erroneamente de obrigação ou direito.

A cláusula de erros ou omissões não pode ser invocada para anular as estipulações gerais que regem a limitação de cobertura e os respectivos sinistros. Erro assim jamais será retificável se for contrária à regra da limitação. Nesse ponto, faz-se oportuno esclarecer dois aspectos práticos da aplicação da cláusula em comentário: i) somente dita comunicação de erros proporcionará a retificação que pertence aos direitos e obrigações já existentes no momento do erro; e ii) a cláusula de erros e omissões não afetará as estipulações gerais relativas à limitação da validade do negócio jurídico.

Analisando mais profundamente essa cláusula, na presença das limitações referidas, se observa, fundamentalmente, a expressão máxima dos princípios de equidade e boa-fé, aplicados nas relações contratuais em diversos sistemas legais.<sup>7</sup> Logo, leva-se à análise da capacidade prática das partes de exercer o princípio da boa-fé, inclusive em circunstância especial, como é o momento estabelecido pela execução do contrato de resseguro, no qual dito princípio incorpora papel de extrema relevância.

Viu-se claramente que muitos podem ser os temas contratuais capazes de gerar dúvidas no campo do resseguro, mas as práticas, inegavelmente, terão papel decisivo ao se analisar o comportamento dos contratantes e se exigir a necessária boa fé na execução do contrato. As conclusões extraídas dessa análise serão fundamentais para balizar as decisões quanto a cobertura, afinal, a harmonização das relações somente se dará com o exercício da prática e da ética no mundo dos negócios, sobretudo no universo do resseguro.

#### Notas

1 - **Sergio Ruy Barroso de Mello** - Graduado em Direito pela UFRJ. Pós-Graduando (lato sensu) em Direito Empresarial pela UFF e Doutorando pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha). Advogado. Área do Direito: Civil, Securitário. [sergiom@pellon-associados.com.br](mailto:sergiom@pellon-associados.com.br)

2 - “Art. 779. O risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou consequentes, como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa.”

3 - “Art. 785. Salvo disposição em contrário, admite-se a transferência do contrato a terceiro com a alienação ou cessão do interesse segurado.”

4 - “Art. 769. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que o saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.”

5 - No Direito brasileiro, o segurador está proibido de efetuar pagamentos “ex-gratia”, por força das normas inseridas na Circular SUSEP nº 200/2002, que trata dos crimes de “lavagem de dinheiro”.

6 - Villabella, Jorge Sánchez (El contrato de reaseguro, Madri, 2002, Editorial Española de Seguros); Gerathewhol, Klaus (Reaseguro Teoría y Práctica, Madri, 1992, Reaseguros Gil y Carvajal S.A.

7 - No Direito brasileiro essas expressões estão prestigiadas pelos dispositivos do artigo 420 do Código Civil.