

**UMA ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE SEGUROS:
comutativos ou aleatórios**

Camila M. Pires Alves¹

RESUMO

O fio condutor deste trabalho é um tema que causa grande discussão na área de contratos de seguros, tratando-se da sua correta classificação, comutativo ou aleatório. O enfoque se dará a partir de uma prévia análise dos principais princípios que incidem na relação contratual. Analisar-se-á a evolução de nossa Carta Magna a parti de 1989 e sua influência no novo Código Civil de 2002, mais precisamente na matéria contratual, através do fenômeno Constitucionalização do Direito. Finalizando essa análise evolutiva, será abordado também a evolução da Responsabilidade Civil, com enfoque na contratual. A intensa discussão em relação a correta classificação dos contratos de seguros, traz à baila a seguinte pergunta, que é o ponto central deste trabalho: os contratos de seguros são comutativos ou aleatórios? A explanação dessas duas correntes, ambas fortemente defendidas por renomados doutrinadores, será a base para se chegar a uma conclusão acerca da indagação supra.

PALAVRAS-CHAVE: CONTRATO. CONTRATO DE SEGURO. EVOLUÇÃO. CONSTITUCIONALIZAÇÃO. COMUTATIVIDADE. ALEATORIEDADE.

¹ Graduada em Direito nas Faculdades Integradas Vianna Júnior. Pós-graduanda em Direito Público na Instituição Luís Flavio Gomes - LFG
Email: camilampalves@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá tratar como a evolução da sociedade refletiu na evolução do direito, em específico, nas relações contratuais em que alguns princípios foram mitigados, como o *Pacta Sunt Servanda*, e outros, ganharam força, passando a serem essenciais para a validade das relações contratuais, como a função social dos contratos e a boa-fé objetiva.

Será abordado o importante fenômeno da Constitucionalização do Direito, iniciado em 1988 com a promulgação da Constituição Federal, mas que somente ganhou força anos depois, com o novo Código Civil de 2002, momento em que passou a influenciar as relações contratuais, passando a dar mais ênfase a igualdade dos contratantes, solidariedade, probidade, lealdade e transparência, com a ajuda de princípios como a função social dos contratos, boa-fé objetiva e tantos outros, em detrimento da obrigação de cumprir o contrato acima de tudo e de todos.

Finalmente, discutir-se-á acerca da comutatividade e da aleatoriedade dos contratos, mostrando as correntes que defendem que os contratos de seguros são aleatórios e outras que afirmam serem estes comutativos, assim, ao final, será firmada uma conclusão acerca desse impasse.

1 PRINCÍPIOS QUE REGEM AS RELAÇÕES CONTRATUAIS

1.1 Princípio da boa-fé objetiva

Nos anos anteriores a 1990, o princípio da boa-fé objetiva não era muito utilizado nas relações contratuais. Com a evolução da sociedade e conseqüentemente das relações contratuais, visando atender as necessidades dessa “nova” sociedade, o princípio da boa-fé objetiva ressurgiu de maneira mais moderna e atual, sendo primeiramente normatizado no Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, em seus artigos 4º, inciso III e 51, inciso IV, e, mais tarde, no novo Código Civil, onde é mencionado no artigo 113, o qual fala da sua função de interpretação do negócio jurídico; no artigo 187, o qual aduz acerca da sua função de controle e no artigo 422, o qual nos traz a função de integração do contrato do aludido princípio.

Assim, visando atender as novas exigências da sociedade, nascia uma nova forma de interpretar e agir dos contratantes em relação aos contratos.

Hodiernamente, a boa-fé objetiva é considerada uma evolução da boa-fé subjetiva, ou seja, que saiu do plano intencional indo para o plano de conduta de lealdade. Essa boa-fé deve ser observada por todos os contratantes e não apenas pelo devedor, desse modo, todos os contratantes devem ter uma conduta honesta, leal e correta para com os outros membros do contrato.

Dessa forma, Costa, 1999 (apud TARTUCE, 2012, p. 89) diz que:

tornou-se comum afirmar que a Boa-fé Objetiva, conceituada como sendo exigência de conduta leal dos contratantes, está relacionada com os *deveres anexos*, que são ínsitos a qualquer negócio jurídico, não havendo sequer a necessidade de previsão no instrumento negocial

Em relação e esses deveres anexos o festejado autor Silva, 1976 (apud TARTUCE, 2012, p. 89) comenta que:

os deveres secundários comportam tratamento que abranja toda a relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica, e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, da guarda de cooperação, de assistência.

Segundo doutrinadores como Judith Martins Costa, Clóvis de Couto e Silva e Flávio Tartuce, os deveres anexos são:

- I- O dever de cuidado em relação a outra parte negocial;
- II- O dever de respeito;
- III- O dever de informar a outra parte quanto ao conteúdo do negócio;
- IV- O dever de agir conforme a confiança depositada;
- V- O dever de lealdade e probidade;
- VI- O dever de colaboração ou cooperação;
- VII- O dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão;

Nesse diapasão, a boa-fé objetiva juntamente com seus deveres anexos devem ser observados e cumpridos em todas as fases contratuais (antes, durante e após). Assim, deve ser respeitada na fase pré-contratual, mesmo que tal previsão não venha expressa em nosso ordenamento civil pátrio; vemos com frequência sua incidência no campo consumerista, já que a oferta (fase pré-contratual) vincula, obrigando o fornecedor a prestar informações precisas e verdadeiras acerca de seus produtos, sob pena de vincular-se ao que fora dito ao cliente, tendo assim, o objetivo de proteger as expectativas criadas no consumidor pelo fornecedor. Tartuce (2012).

A mais usual aplicação da boa-fé é a durante a vigência do contrato, na qual as partes têm que agir com lealdade, probidade e demais deveres anexos durante

todo o curso do contrato, sob pena de quebra da boa-fé objetiva, tendo como exemplo os casos de plano de saúde que, nas palavras de Tartuce, 2012, p. 99, “viola a Boa-fé Objetiva a negativa da empresa em arcar com uma determinada cirurgia cuja cobertura consta do instrumento contratual”. O mesmo autor, ao se referir da Boa-fé objetiva pós contratual ilustra com outro exemplo: uma dona de boutique encomenda com uma confecção 120 casacos de pele, a qual cumpre com o contrato, mas, com o fim do mesmo, faz mais 120 casacos de pele iguais e vende para a dona da boutique vizinha (TARTUCE, 2012).

A boa-fé objetiva é considerada norma de ordem pública, assim como a função social dos contratos, de tal forma que para a parte lesada, basta a demonstração da existência da sua violação, tudo em prol do vulnerável, do hipossuficiente e do equilíbrio contratual. A violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa, esta quebra gera a violação positiva dos contratos, considerada pela doutrina contemporânea como uma nova modalidade de inadimplemento obrigacional, com responsabilização civil daquele que desrespeita a boa-fé objetiva (TARTUCE, 2012).

O princípio em tela é de necessidade vital para os contratos de seguros, que dependem da honestidade lealdade de seus segurados, já que, ao contratarem um seguro, estes devem prestar a seguradora informações verdadeiras sem omitir nenhum detalhe para que a mesma possa fazer um plano adequado com uma previsão correta do risco além da estipulação do prêmio, vez que, se a seguradora tivesse que verificar a veracidade dos dados apresentados por cada segurado teria que despende uma grande quantia em dinheiro, e, como consequência, o valor do seguro aumentaria demasiadamente, motivo pelo qual a referida boa-fé é presumida.

De lado outro, a seguradora deve cobrir, conforme o contratado, de forma parcial ou total seu segurado quando preciso for (ocorrência de um evento danoso/sinistro).

Nesse sentido, a presença da boa-fé objetiva entre segurado e segurador é vital para que o objetivo de tal contrato seja alcançado, de modo que ambos tenham suas necessidades satisfeitas. Nesse sentido, Santos (2008, p.504) conclui:

Se, na concepção subjetiva, a boa-fé contrapõe-se à má-fé o mesmo não ocorre com a boa-fé objetiva, a qual se contrapõe a ausência de boa-fé e, não, a má-fé. No contrato de seguro a inobservância do dever se manifesta simplesmente pela prova a ser produzida pelo segurador de que as declarações do segurado não são verdadeiras, impondo-se a consequente perda de direito, salvo se o segurado provar caso fortuito ou força maior, como se disse. No contexto do princípio da boa-fé objetiva, ao segurador não cabe, a rigor, provar a má-fé pelo descumprimento do dever, compete-lhe, sim, provar que foi levado a aceitar a proposta em erro e que, se conhecesse o real estado do risco não teria aceito, ou o teria aceito sob outras condições.

1.2 Princípio da função social dos contratos

O princípio da função social dos contratos vem sendo discutido desde a Constituição de 1988, mais especificamente no artigo 5º, incisos XXII e XXIII e artigo 170, III, mas somente com o surgimento do novo Código Civil é que tal ideia foi realmente corroborada em seu artigo 421.

De acordo com Miguel Reale, 1999 (apud TARTUCE, 2012, p.58):

tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sobre o enfoque de uma estreita compreensão do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica.

Coadunando com o raciocínio supra, Tartuce (2012, p.58) emenda:

Desse modo, os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção do meio social onde estão inseridos, não trazendo onerosidade excessiva as partes contratantes, garantindo que a igualdade

entre elas seja respeitada, mantendo a justiça contratual e equilibrando a relação onde houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre a do outro. Valoriza-se a equidade, a razoabilidade, o bom-senso, afastando-se o enriquecimento sem causa, ato unilateral vedado expressamente pela própria codificação nos seus

artigos 884 a 886. Por esse caminho a função social dos contratos visa à proteção da parte vulnerável da relação contratual.

Tal fato está inteiramente relacionado com o princípio da solidariedade, dando fim ao pensamento individualista, visando uma igualdade, harmonia entre as partes. Dessa forma, o Estado passa a intervir nas relações contratuais particulares, vez que o contrato não atinge apenas as partes no contrato, por isso, não deve conter apenas os interesses de quem está contratando, já que não pode haver conflito com o interesse público, de forma que os contratos devem estar de acordo com os interesses dos contratantes, bem como da sociedade.

Isso é reflexo da existência da eficácia interna e externa da função social dos contratos, na qual o sentido interno está relacionado às partes, enquanto o externo vai para além dos contratantes (TARTUCE, 2012).

Ainda segundo Tartuce (2012, p.69):

a eficácia da Função Social dos Contratos pode ser percebida: a) pela mitigação da força obrigatória do contrato; b) pela proteção da parte vulnerável da relação contratual, caso dos consumidores e aderentes; c) pela vedação da onerosidade excessiva; d) pela tendência de conservação contratual, mantendo a autonomia privada; e) pela proteção de direitos individuais relativos à dignidade humana; f) pela nulidade de cláusulas contratuais abusivas por violadoras da função social.

O princípio em tela também entra em cena para mitigar o princípio do *pacta sunt servanda* ao não permitir que um contrato ou uma cláusula que prejudique um dos contratantes faça “lei entre as partes”. Nesse sentido, caso seja apenas uma cláusula nula esta não terá força para anular todo o contrato, a não ser que seja essencial para o mesmo, em nome do princípio da conservação dos contratos.

Vale ressaltar que a mitigação supra, ocorre frequentemente nas relações consumeristas, podendo ser evidenciada nos artigos 39 a 51 do Código de defesa do Consumidor.

Não obstante, outro princípio contratual também mitigado se refere ao princípio da autonomia privada, conforme os dizeres de Pereira (2010, p.12):

A Função Social do Contrato serve para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório.

[...]

A Função Social do Contrato, portanto, na acepção mais moderna, desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade.

A função social dos contratos é uma cláusula geral, portanto, trata-se de um preceito de ordem pública, de forma que a cláusula supra deve ser preenchida por cada juiz de acordo com o caso concreto. Tal definição vem expressa no Código Civil Brasileiro, no artigo 2.035, parágrafo único, o qual provoca uma certa polêmica, que é acertadamente esclarecida na proposta de Fachin apresentada na III Jornada de Direito Civil (apud, TARTUCE, 2012, p. 63)

Debate-se no Brasil o sentido e o alcance dos contratos à luz do direito contemporâneo. Presentemente, a Função Social dos Contratos é um preceito de ordem pública. Inválido, por isso, pode ser considerado qualquer negócio ou ato jurídico que contrariar essa disposição,

hoje inserida no direito brasileiro pelo parágrafo único do artigo 2.035 do novo Código Civil (Lei 10.406 em vigor a partir de 11 de janeiro de 2003). Esse princípio legal é aplicável a todas as espécies de contratos, tanto de Direito Privado quanto de Direito Público. É que no campo jurídico contemporâneo não há mais espaço para a separação absoluta entre o público e o privado. Além disso, tal incidência abrange não apenas atos e negócios realizados após 11 de janeiro do ano de 2003, mas compreende também aqueles concluídos antes da vigência do nosso Código Civil; a consequência, contudo, será diferente: no primeiro caso (contratos posteriores à nova lei), haverá invalidade; na segunda hipótese (contratos pretéritos), ocorrerá ineficácia, total ou parcial

Desse modo, a função social dos contratos permite ao contratante de prestação de serviço de seguros discordar e discutir as cláusulas abusivas do contrato que o prejudiquem, inclusive, em casos de contrato de adesão, com a intenção de igualar ao máximo as partes, a fim de que ambas cheguem a um fim. Tudo para valorizar a harmonia da relação e a solidariedade constitucional.

1.3 *Pacta Sunt Servanda*

O aludido princípio decorre do princípio da autonomia privada, e, ao contrário de muitos, não tem previsão expressa em nossa legislação, porém, analisando alguns artigos do novo Código Civil (389, 390, 391), não restam dúvidas da sua manutenção no ordenamento atual.

O *pacta sunt servanda* faz com que as cláusulas contratuais, ao serem estipuladas e aceitas pelas partes, devam ser cumpridas obrigatoriamente, como se lei fossem. É o que aduz o ilustre autor Tartuce (2012, p.84/85):

[...] a força obrigatória dos contratos prevê que tem força de lei o estipulado pelas partes na avença, constringendo os contratantes ao cumprimento do conteúdo completo do negócio jurídico. Esse princípio importa em autêntica restrição da liberdade, que se tornou limitada para aqueles que contratam a partir do momento em que vieram a

formar o contrato consensualmente e dotados de vontade autônoma. Nesse sentido, alguns autores falam em princípio do consensualismo. Entretanto, como a vontade perdeu o papel relevante que detinha, preferimos não utilizar mais essa última expressão.

Com base nesse princípio, as cláusulas não podem ser modificadas sem que se tenha um motivo relevante, vez que seu inadimplemento gera para a parte que não o cumpriu a responsabilidade pelos danos causados a outra, conforme os dizeres insertos no artigo 391: “Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”, vez que seu escopo é a força, a segurança jurídica.

Assim, as cláusulas somente poderão ser modificadas com um motivo importante como, por exemplo, o não cumprimento dos requisitos de validade dos negócios jurídicos. Nesse sentido, Gomes, 1996 (apud TARTUCE, 2012, p. 85) reforça:

[...] Celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessário à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente o seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória.

Para Monteiro, 1973 (apud, TARTUCE, 2012, p.86), com as mudanças da sociedade, o surgimento de novos princípios que ganharam força e passaram a ser essenciais para o sucesso da relação contratual, o princípio *pacta sunt servanda* fora perdendo sua força:

acentuam-se, contudo, modernamente, um movimento de revolução do contrato pelo juiz; conforme as circunstâncias, pode este, fundando-se em superiores princípios de direito, boa-fé, comum intenção

das partes, amparo dos fracos contra o forte, interesse coletivo, afastar aquela regra, até agora tradicional e imperativa.

Destarte, tal princípio vem sendo mitigado com a chegada de outros princípios (função social dos contratos, boa-fé objetiva, teoria da imprevisão, por exemplo) que valorizam a igualdade, que impedem que alguma parte saia prejudicada, vedando cláusulas abusivas, também chamadas de leoninas. Nessa toada, ainda não se pode falar em sua extinção:

Dentro dessa realidade, o princípio da força obrigatória ou da obrigatoriedade das convenções continua previsto em nosso ordenamento jurídico, mas não mais como regra geral, como antes era concebido. A força obrigatória constitui exceção à regra geral da socialidade, secundária à função do contrato, princípio que impera dentro da nova realidade do direito privado contemporâneo (TARTUCE, 2012, p.86)

Assim sendo, o princípio supra ainda que tratado de forma a relativizar seu rigor, está presente nas relações contratuais, a fim de contribuir com a segurança jurídica, por mais que esteja fadado a sua extinção, conforme Tartuce (2012, p.87) prevê à seguir:

Todavia, não é exagerado afirmar que o princípio da força obrigatória do contrato tende a desaparecer. Por certo, outro princípio o substituirá no futuro, talvez o princípio da conservação do contrato ou mesmo a boa-fé objetiva, em uma feição de tutela de confiança.

Desse modo, é redundante dizer que nos contratos de seguro o *pacta sunt servanda* também é mitigado, contudo, não deixa de estar presente.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A Constituição de 1988 trouxe à baila novos princípios, os quais preocupavam-se mais com a sociedade do que com o cumprimento da lei em si. Assim, nas palavras de Barroso (2011, p. 4):

O neoconstitucionalismo de matriz pós-positivista "redefiniu o lugar da constituição e a influência do direito constitucional" no novo arranjo jurídico democrático, possibilitando a formação de um sentimento constitucional apoiado na necessária interligação entre o direito e a moral e voltado prioritariamente para a efetividade dos direitos fundamentais atrelados à dignidade da pessoa humana, com vocação para formular uma autêntica teoria constitucional do direito.

Os novos princípios defendidos pela Constituição de 1988 aos poucos foram ganhando força e modificando as relações no Direito Brasileiro, que deixou de analisar cada ramo do direito apenas sob a ótica de seu próprio Código, utilizando cada

Lei específica em conjunto com os dizeres insertos na Constituição Federal/88, fenômeno que ficou conhecido como da Constitucionalização do Direito.

Tais modificações ficaram bastante evidentes no campo do Direito Civil, mais especificamente, na matéria contratual, quando do surgimento do Novo Código Civil em 2002, como ensina Barroso (2011, p.06):

Em uma virada teórica de índole política e, por conexão, também jurídica, o Estado constitucional (social) se colocou como interventor no jogo econômico, haja vista o intuito de conciliar a ordem capitalista e as reivindicações sociais, motivo do abandono do caráter privatístico que caracterizava o modelo estatal anterior em proveito de uma configuração publicística, que acabaria por conduzir à formulação do "conceito de constitucionalização do direito civil, com forte im

pacto nos tradicionais institutos da civilística, dentre os quais sobressai com significativo destaque o contrato.

Assim sendo, as novas relações contratuais devem ser baseadas nos Princípios trazidos pela Constituição/88, priorizando a humanidade, a socialidade e a igualdade das relações como vem sido exposto de forma exaustiva neste trabalho.

2.1 Uma análise da responsabilidade civil dos contratos no contexto da constitucionalização

Diante da influência da Constituição, vários institutos foram alcançados por essa evidente mudança como é o caso da própria Responsabilidade Civil, a qual evolui adequando-se às novas preocupações, aos novos pensamentos trazidos pelos valores constitucionais, o que é bem evidenciado por Schreiber (2013, p.2) à seguir:

No âmbito da responsabilidade civil em particular, a valorização do papel interpretativo das cortes e a inserção no debate jurídico de aspectos sociais, econômicos e éticos, antes marginalizados, parecem, enfim, preparar o caminho para transformações há muito esperadas. O novo Código Civil brasileiro, tão tímido em outros campos, trouxe,

nesta matéria, inovações consideráveis, abrindo discussões em torno de novos problemas, e novas soluções, a dependerem mais da atuação do intérprete que do legislador.

Antes, quando ocorria o descumprimento de uma obrigação prevista em lei ou contrato, a vítima que quisesse entrar com uma ação, teria que comprovar quatro itens indispensáveis, relativos a Responsabilidade Civil Subjetiva: fato, dano, nexa causal e culpa, sendo esta a mais difícil de ser provada devido ao seu alto aspecto de subjetividade.

Assim, a culpa, fundamentada na teoria da culpa simples, ou seja, aquela em que o autor da ação tem que provar a culpa do réu, funcionava como um grande filtro da Responsabilidade Civil, vez que os autores, em sua maioria, tinham grandes dificuldades em provar tal culpa, muitas vezes até por falta de recursos, pela sua hipossuficiência, inviabilizando a ação.

Diante desse quadro de dificuldades ou até mesmo de impossibilidade de se provar a culpa, que acabavam por limitar a propositura de ações de Responsabilidade Civil, a prova da culpa passou a ser relativizada, podendo ser presumida de forma absoluta ou relativa, de acordo com o caso concreto:

A fim de evitar tais dificuldades, presunções de culpa foram, em toda parte, esculpidas pela doutrina e pela jurisprudência com base no próprio texto das codificações. Ideologicamente, tais presunções representavam uma solução intermediária, que impedia as injustiças perpetradas pela severa exigência da prova da culpa, ao mesmo tempo em que negava acolhida a novos fundamentos de responsabilidade. Na prática, todavia, as presunções de culpa foram passando, na experiência jurisprudencial e na abordagem doutrinária, de presunções relativas para presunções absolutas, de tal modo que o juiz, ao final, já presumia de forma tão definitiva a culpa do ofensor que isso equivalia a dispensar a culpa para a responsabilização (SCHREIBER, (2013, p. 4)

Essa presunção de culpa não significou o fim da Responsabilidade Civil Subjetiva, muito pelo contrário, esta ainda é regra no novo Código Civil, mesmo com o

grande crescimento da Responsabilidade Civil Objetiva proporcionada pela Constituição de 1988. Nesse sentido, Schreiber (2013, p. 7) diz:

Mesmo no amplo campo ainda reservado à responsabilidade subjetiva, houve alterações sensíveis ao longo do século XX. A noção psicológica da culpa foi definitivamente abandonada em favor de outra,

que designa a culpa como a desconformidade em relação a um modelo abstrato de conduta. A consequência mais óbvia desta mudança de orientação foi o distanciamento do conceito jurídico de culpa do campo da moral e a indiferença a fatores psicológicos na sua aferição. Assim, não apenas facilitou-se a prova da culpa – *rectius*: a sua constatação, porque o que se prova é tão somente a conduta concreta do sujeito –, mas também permitiu-se uma gradação do desvio. Neste sentido, o dogma segundo o qual o grau de culpa é desimportante para o direito civil vem, pouco a pouco, merecendo revisão, inclusive por parte do legislador, como revela o artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, em que se lê: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Embora sua incidência tenha crescido visivelmente, a Responsabilidade Civil Objetiva representa uma exceção no novo Código Civil. A responsabilidade supra possui apenas três elementos: fato, dano e nexa causal, de forma que a culpa não é analisada para a determinação do dever de indenizar, tendo como fundamento a teoria do risco. Não se pode, entretanto, afirmar que na Responsabilidade Objetiva a culpa é presumida, pois isso só ocorre na teoria da culpa presumida. Nesse sentido foi colocada uma cláusula de risco, representando a Responsabilidade Objetiva, no artigo 927, parágrafo único da legislação civilista.

Não bastasse a culpa, segundo Schreiber (2013, p. 11), o nexa causal também tende a relativizar seu papel de filtro da responsabilidade civil, aumentando as chances do sujeito ser reparado civilmente:

A flexibilidade dos tribunais na exigência da prova do nexa causal tem dado margem, na doutrina, a inúmeras novas teorias sobre causalidade flexível, causalidade virtual, causalidade moral e outras teses que vão interferindo na atual concepção do nexa de causalidade. Embora essas teorias certamente não se confundam, corroboram sempre a expansão da margem de discricionariedade do juiz na apreciação da relação de causalidade. Deste modo, à semelhança do que ocorreu com a prova da culpa, a prova do nexa causal parece tendente a sofrer, no seu papel de filtro da responsabilidade civil, uma erosão cada vez mais visível.

Em linhas gerais, a Responsabilidade Civil se faz extremamente necessária nos contratos de seguros e nos contratos em geral, já que o descumprimento do pactuado por parte do segurado gera uma não cobertura da seguradora em um possível dano sofrido ou o descumprimento por parte da seguradora pode gerar o não pagamento do prêmio seguido do fim do contrato ou até mesmo, em casos mais graves de não cobertura do dano de forma arbitrária, uma ação de Responsabilidade Civil.

3 A COMUTATIVIDADE OU A ALEATORIEDADE DOS CONTRATOS EM GERAL

3.1 Da comutatividade

A presente classificação contratual é baseada nos riscos que envolvem os contratos.

Um contrato comutativo é aquele que não há riscos, sendo a previsibilidade sua maior característica. Nele, os contratantes sabem exatamente o que será dado ao outro e o que receberá em troca, como se extrai das palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2011, p.161) “quando as obrigações se equivalem, conhecendo os contratantes, *ab initio*, as suas respectivas prestações, como, por exemplo, na compra e venda ou no contrato individual de emprego, fala-se em um *contrato comutativo*”.

3.2 Da aleatoriedade

O presente tipo de classificação também está relacionado ao risco do contrato, representando, no entanto, o oposto das características da comutatividade contratual, vez que, como o próprio nome diz, este se encontra amparado pela sorte (ALEA = SORTE).

Nesse passo, Lôbo (2011, p.102) ensina:

Contratos aleatórios são contratos bilaterais, nos quais uma das prestações está sujeita a risco, total ou parcial, de vir a existir ou não. São também conhecidos como contratos de risco. Na vida econômica contemporânea, assumiram enorme importância, em razão dos contratos de futuro ou das especulações financeiras com as mercadorias de futuro. Contrapõem-se aos contratos comutativos, cujas prestação e contraprestação são determinadas e não sujeitas a risco.

Como se nota, a prestação de uma das partes não é conhecida com exatidão no instante da celebração do negócio jurídico, já que, como dito acima, depende da sorte. Assim, é contrato aleatório ou de esperança quando uma das partes assume o risco da prestação da outra parte, a qual depende de coisa ou fato futuro, como preceitua Gagliano e Pamplona Filho (2011). Esta aleatoriedade é prevista nos artigos 458 a 461 do Código Civil, sendo seu conceito contido no artigo 458:

se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assumira, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir”

Cabe frisar, que alguns contratos são aleatórios devido a sua própria natureza (jogo de aposta, por exemplo), já outros são devido a um elemento acidental,

Tartuce (2012), como nas hipóteses de compra e venda que serão apresentadas à seguir.

Assim sendo, nessa toada, os contratos aleatórios são classificadas em duas modalidades, segundo os riscos que assumem, principalmente na compra e venda: a *emptio spei* e a *emptio rei speratae*. A primeira significa que a coisa é uma esperança de vir a existir no futuro, podendo ser frustrada (por exemplo, toda colheita foi dizimada por uma praga). A segunda trabalha com uma álea relativa, pois o contrato somente será obrigatório se a coisa vier a existir em qualquer quantidade ou em quantidade mínima (por exemplo, houve frustração de safra, colhendo-se menos do que esperava). Na dúvida deve prevalecer a *emptio rei speratae*, que melhor contempla a finalidade do contrato, no sentido favorável ao adquirente. Na *emptio spei* atribui-se mais importância à esperança e à probabilidade do que à coisa, devendo o adquirente pagar o preço ajustado em qual

quer circunstância, mesmo que nada adquira. O adquirente dá o preço e o alienante a *spes*. Esse tipo de contrato é inspirado no impulso à especulação, porque se joga com probabilidades de êxito e sorte. Exemplo é a compra de imóvel objeto de litígio judicial, com pleno conhecimento do comprador, cuja titularidade venha a ser negada ao vendedor, na decisão final. Na *emptio rei speratae* a coisa importa mais que a esperança. O adquirente pagará o preço fixado se a coisa vier a existir em quantidade ou qualidade maiores ou menores que as esperadas. O contrato não produzirá efeitos se a coisa não existir no futuro. (LÔBO, 2011, p.103)

Nesse diapasão, os contratos aleatórios se concluem com a manifestação de vontade das partes, nesse passo, não ficam suspensos até que haja o evento futuro ou incerto, vez que não está subordinado a condição suspensiva, Lôbo (2011).

Apesar de tal contrato depender da sorte para que o risco, de fato, não venha, Gagliano e Pamplona Filho (2011) esclarecem que se o outro contratante não ignorava a consumação do mesmo, poderá o contrato ser anulado.

4 NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE SEGUROS: COMUTATIVOS OU ALEATÓRIOS

Os contratos de seguros são considerados hodiernamente um dos principais tipos de contratos, pois, segundo Tartuce (2012), “viver tornou-se algo arriscado”. Os seguros constituem uma forma de transferência dos riscos e prejuízos entre os contratantes, de forma a prevenir os interesses dos segurados, ao pagarem uma quantia determinada, prêmio, obrigando o segurador, em uma possível concretização do sinistro, a garantir o risco e a pagar uma indenização, conforme os dizeres de Junqueira (“Os Contratos Aleatórios e os Mecanismos de Equilíbrio Contratual”).

De acordo com Tartuce (2012), somente poderá ser segurador, entidade legalmente autorizada para tal fim, como sociedades anônimas, mútuas ou cooperativas. Ainda segundo este autor, a prova da realização dos contratos de seguros se dá com a apólice ou bilhete, mas, na ausência destes, poderá se dar pelo comprovante de pagamento do prêmio.

O presente contrato é classificado como bilateral, oneroso, consensual e aleatório/comutativo (discussão que será abordada à seguir).

Assim, nesse contexto, O Código Civil de 2002, trouxe mudanças positivas, consideradas modernas, em relação as questões contratuais. Essa nova visão acirrou as discussões acerca da correta classificação dos contratos, no que tange ao seu risco.

Tartuce (2012, p.566) menciona em sua obra “(...) que já surge corrente doutrinária que entende que o contrato de seguro seria comutativo, pois o risco poderia ser determinado por cálculos atuariais”.

Com efeito, os autores Tzirulnik, Cavalcanti, Pimentel, 2003 (apud TARTUCE, 2012, p.566), que defendem a comutatividade dos contratos de seguros, aduzem:

A comutatividade do contrato tem por base justamente o reconhecimento de que a prestação do segurador não se restringe ao pagamento de uma eventual indenização (ou capital), o que apenas se verifica no caso de sobrevir a lesão ao interesse garantido em virtude da realização do risco predeterminado. Tal prestação consiste, antes de tudo, no fornecimento de garantia e é devida durante toda a vigência material do contrato. A comutação ocorre entre prêmio (prestação) e garantia (contraprestação).

Dessa forma, alguns autores alegam que com a chegada do Novo Código Civil de 2002, as discussões acerca da aleatoriedade ou comutatividade dos contratos de seguros se encerraram, consolidando a visão da comutatividade desses tipos de contratos. Como é o caso de Coelho (2005, p.156), embora este autor reconheça a álea como sendo inerente ao contrato de seguro, ele defende a comutatividade alegando que “(...) a seguradora assumia, não a obrigação de pagar a prestação contratada na hipótese de verificação do sinistro, mas, sim, a de conferir uma garantia patrimonial ao segurado durante o prazo do contrato”.

Ainda nesse contexto, o mesmo autor assevera:

Desse modo, o seguro deve ser considerado contrato comutativo porque inexistente álea na obrigação contraída pela seguradora. Enquanto vigorar a cobertura, ela é obrigada a administrar os recursos pagos a título de prêmio puro por seus segurados, de modo a poder honrar os compromissos contratados com estes na hipótese de sinistro (COELHO, 2005, p.156),

Ainda defendendo essa tese, Pimenta (2010, p.70) argui:

Embora não haja unanimidade na doutrina, o entendimento de que o contrato de seguro é aleatório não tem mais razão de ser. Esse posicionamento era muito fulcrado no quanto disposto no artigo 1.432 do Código Civil de 1916, em virtude de se entender que a obrigação do segurador consistia no pagamento da indenização, na hipótese de ocorrência do sinistro.

Para Silva 2008 (apud, TARTUCE, 2012), os contratos de seguros são comutativos, pois, ao celebrarem a avença, as partes já estabelecem suas obrigações, o segurado se obrigará a pagar o prêmio, enquanto o segurador irá se obrigar a garantir os interesses legítimos do segurado. Independentemente da ocorrência do risco, a seguradora assume o risco transferido pelo segurado para a sua esfera jurídica, mediante o recebimento do prêmio.

Do mesmo modo, Polido, 2008 (apud PIMENTA, 2010, p.71), confirma, “Há, portanto, contraprestações recíprocas – entre Segurado e Seguradora – traduzidas pela comutatividade no contrato de seguro. O sinalagma se apresenta de pronto: garantia imediata do interesse (pelo Segurador) e pagamento do prêmio (pelo Segurado)”.

Em contrapartida a essas alegações, há um grande temor de que as empresas seguradoras queiram utilizar a comutatividade para se beneficiarem em detrimento dos segurados, que representam a parte mais frágil dessa relação. É o que alerta Tartuce (2012, p.567):

A este autor parece temerário afirmar que o seguro é contrato comutativo. Isso, principalmente porque o argumento da comutatividade pode servir a interesses escusos de seguradoras. Imagine-se, por exemplo, que a seguradora pode alegar que o contrato é comutativo para resolver ou rever o negócio que foi pago anos a fio pelo segurado, com base na imprevisibilidade e na onerosidade excessiva (arts. 317 a 478 do CC). Nesse contexto, a tese da comutatividade parece ser antifuncional, ou mesmo antissocial, em conflito ao que consta dos arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do CC.

Segundo os autores que defendem a comutatividade, a mesma estaria ligada a ideia de garantia, já que, ao ser pago o prêmio, pelo segurado, o segurador teria como obrigação dar uma garantia em relação aos interesses do segurado Duran

te a vigência do contrato, sem levar em conta, segundo muitos defensores da aleatoriedade, o fato do sinistro poder acontecer ou não, além da impossibilidade de previsão da dimensão do mesmo, o que acarreta a presença da álea nesses contratos, tornando-os, aleatórios.

Assim, segundo Gonçalves (2012, p. 88), “Já se disse que o contrato de seguro é comutativo porque o segurado o celebra para se acobertar contra qualquer risco. No entanto, para a seguradora é sempre aleatório, pois o pagamento ou não da indenização depende de um fato eventual”.

Da mesma forma, Caio Mário (apud GONÇALVES, 2012, p.88) preleciona:

Há uma corrente doutrinária tradicional que situa a noção de contrato aleatório na existência da álea bilateral. Mas a evolução desse tipo de negócio o desautoriza. Basta que haja o risco para um dos contratantes. Com efeito, em vários contratos em voga como o seguro, a aposta autorizada nos hipódromos, a loteria explorada pela Administração ou pelo concessionário, existe álea apenas para um dos contratantes, ao passo que o outro baseia a sua prestação em cálculos atuariais ou na dedução de percentagem certa para custeio e lucro, de tal maneira que se pode dizer perfeitamente conhecida, e lhe não traz risco maior do que qualquer contrato comutativo normal.

De plano, para esses autores, basta que o contrato seja aleatório para uma das partes, de forma que nos contratos de seguros, a aleatoriedade fica para o segurador que não sabe se irá um dia pagar a indenização (ou não) ou mesmo o valor que será pago em relação a esta, ficando dependente de um fato futuro e incerto.

É o que afirma Wald, 2009 (apud PIMENTA, 2010, p.70):

O contrato é aleatório, pois a prestação do segurado é certamente devida e prefixada na apólice, enquanto a do segurador é incerta quanto à sua existência e pode ser indeterminada quanto ao seu valor e quanto ao momento do seu pagamento. A incerteza da prestação do segurador depende da ocorrência ou não do sinistro, que é justamente o elemento aleatório do contrato.

Isso só reforça a ideia de que, para o contrato ser considerado aleatório, basta que a álea esteja com apenas um contratante, não necessitando assim que

haja a bilateralidade nesse sentido. Ato contínuo, Santos (2008, p.593) defende “com unhas e dentes” tal classificação:

Com efeito, por mais que me esforce, por mais que me deleite, proveitosamente, com o brilho sedutor dos mais diversos articulistas em seus sempre dedicados trabalhos, não logro encontrar no seguro uma característica meramente comutativa que predomine sobre a sua natureza de contrato aleatório. Tampouco diante do novo Código Civil, já que este preserva, com mais precisão técnica, os fundamentos e elementos essenciais do seguro, timbrando seu caráter aleatório já no pórdico do Capítulo XV que regula o contrato de seguro, já que seu art. 757, mantém-se fiel a ideia de que o seguro só responde por riscos predeterminados no contrato, bastando isso para se ter mantida inescandível a natureza aleatória do contrato de seguro, pois a própria noção de risco envolve a álea, como fato prospectivo.

Nesse diapasão, a aleatoriedade dos contratos de seguros é inerente da natureza desses tipos de contratos, como assim reforça o mencionado autor “Quando a álea não mais for a aba essencial do contrato de seguro, não estaremos lidando, para gáudio de alguns, com instituição de seguro, talvez com uma instituição meramente financeira”.

Por conseguinte, Tartuce (2012, p.574), defendendo a aleatoriedade, sugere também, a existência de uma álea em relação ao segurado:

[...] enuncia o art. 764 do CC que, salvo disposição especial, o fato de não se ter verificado o risco, em previsão do qual se faz o seguro, não exime o segurado de pagar o prêmio. Esse dispositivo é o que demonstra que o contrato é aleatório, não importando a ocorrência ou não do sinistro, pois o prêmio, em qualquer caso, deve ser pago pelo segurado. Exemplificando, se alguém celebrar um contrato de

seguro do automóvel por um ano e se não ocorrer qualquer acidente ou roubo, mesmo assim o prêmio, a remuneração do seguro, deverá ser pago pelo segurado.

Assim, o fato de o segurado ter que pagar o prêmio para que o contrato continue vigindo, não significa que este terá uma contraprestação (indenização), ficando dependente de um evento futuro e incerto, daí porque da sua aleatoriedade.

Contra argumentando os defensores da comutatividade, Santos (2008, p.597) afirma:

Não se alegue, doutrarte, que o contrato de seguro perdera sua natureza típica de contrato aleatório só porque a sociedade seguradora exerce, sistematicamente, a sua atividade na função de gestora de um mutualismo do qual faz parte cada segurado, chegando a reunir um fundo de prêmios suficiente para pagar os capitais segurados ou as “indenizações” pelos sinistros cobertos e estabelecendo um sistema tal de provisionamento técnico que torne mais remota a possibilidade de inadimplência da empresa.

O autor supra ainda reforça suas alegações ao citar Stiglitz, 1996 (apud SANTOS, 2008, p.598):

[...] não há dúvida de que a indústria de seguros tende a fazer-se cada dia mais equilibrada e prudente mediante uma apreciação estatística dos riscos e dos prêmios e um bem ordenado sistema de resseguro. Mas este ordenamento – acrescenta – muito longe está de excluir a vocação aleatória de cada um dos contratos de seguro.

Ainda neste giro, não se dá para concluir que o contrato de seguro é tipicamente comutativo, pois, a prestação do segurado (prêmio, que é menor que o prejuízo a repor) e a do segurador (indenização, se o sinistro acontecer), diferentemente da do contrato de compra e venda, tipicamente comutativo, não é equivalente,

pelo menos no início da relação contratual, conforme deflui das palavras de Santos (2008).

Em suma, Santos (2008) afirma que, a álea está, principalmente, em relação ao segurador, o qual não tem certeza acerca de sua prestação, ficando a mercê de

um evento futuro e incerto. Daí por que a garantia dada pelo segurador ao segurado, desde o início da contratação, significa apenas o meio, para que o fim colimado, dependente de um acontecimento futuro e incerto, seja realizado.

CONCLUSÃO

Ao estudar a evolução dos contratos, com o objetivo principal de acompanhar as mudanças do comportamento e dos interesses de uma nova sociedade que evolui a sua época, verifica-se o fortalecimento de alguns princípios, que passaram a ser essenciais para a validade dos contratos, em detrimento de outros princípios que desapareceram ou perderam sua força, passando a serem mitigados nessa nova relação contratual.

Como se nota, essa evolução iniciou-se com a nova Constituição Federal de 1889, a qual foi de extrema importância, dando início ao processo de Constitucionalização do Direito. Tal processo, influenciou, e muito, o novo Código Civil, principalmente a matéria de contratos.

Doravante, mesmo com todas essas mudanças, a discussão acerca da comutatividade ou aleatoriedade nos contratos de seguros continuou e continua hodiernamente.

Analisando as argumentações de renomados autores defendendo sua linha de pensamento acerca da polêmica classificação, percebe-se que os defensores da comutatividade alegam ser o contrato de seguro comutativo devido a segurança que ele dá ao segurado, que, ao pagar o prêmio, tem seus interesses, bem como seu bem protegidos.

Não levam em conta, entretanto, a forte dependência que o contrato em comento tem em relação a um acontecimento futuro e incerto, principalmente com relação ao segurador, que não sabe quando ou se vai acontecer um sinistro, ou ainda, a dimensão do mesmo, não podendo mensurar o possível valor da indenização que terá que ser paga ao segurado, mesmo com os cálculos atuariais que as empresas fazem, a fim de se ter uma segurança, essa certeza não se faz, obtendo, no máximo uma estimativa, a qual ainda dependerá de um evento futuro e incerto.

Os autores defensores da aleatoriedade aduzem bastar apenas que a álea exista apenas para uma das partes no contrato para que este seja aleatório, porém analisando mais a fundo, também existe álea com relação ao segurado, o qual tem que honrar o pagamento do prêmio, mesmo não recebendo indenização (uma contraprestação), ou seja, mesmo que não ocorra nenhum sinistro, como assim defende Tartuce (2012).

Finalmente, conclui-se que os contratos de seguros são aleatórios, já que se faz incontestável a existência de um fato futuro e incerto, além do que, a análise dos defensores da comutatividade cai por terra, vez que, ao alegarem que a segurança que o segurador dá ao segurado, mediante pagamento do prêmio, é o que torna o contrato em estudo comutativo, não levaram em conta que a referida segurança dos interesses do segurado é apenas um meio, que também depende de um acontecimento futuro e incerto, como assim defende Santos (2008).

REFERÊNCIAS

BARROSO, Lucas Abreu. **A Teoria do Contrato no Paradigma Constitucional.**

Disponível:

<[http://www.academia.edu/2762773/A teoria do contrato no paradigma constitucional](http://www.academia.edu/2762773/A_teor%C3%ADa_do_contrato_no_paradigma_constitucional)>. Acessado em 28/08/2014.

BRASIL. **Código Civil.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acessado em 22/08/2014.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acessado em: 22/08/2014.

BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 27/08/2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** 5.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil.** 7.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral.** 7.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais.** 9ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos.** São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Contratos.** 14.ed. São Paulo: Editora Forense, 2010.

PIMENTA, Melisa Cunha. **Seguro de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Editora Atlas, 2010.

SANTOS, Ricardo Bechara. **Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria**. 2.ed. São Paulo: Editora Forense, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Novas Tendências da Responsabilidade Civil Brasileira**. Disponível:
<http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf>. Acessado em 29/08/2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. 7.ed. São Paulo: Editora Método, 2012.