

ÍNDICE

Temas Atuais de Direitos dos Seguros - Volume II - Ilan Goldberg e Thiago Junqueira

Temas Atuais de Direitos dos Seguros - (1.ª Edição)

Caráter bilateral do seguro, impossibilidade de provisão e onerosidade excessiva do contrato como resultado da Covid-19

Abel B. Veiga Copo¹

Sumário: 1. Introito; 2. A natureza bilateral pouco realista do contrato de seguro; 3. A impossibilidade superveniente da prestação; 4. Risco contratual, *alea* e onerosidade excessiva.

1. Introito

O impacto que a Covid-19 está tendo sobre nossas sociedades, sobre nossos hábitos e costumes, sobre nosso sistema de saúde, sobre a economia e sobre a política é e tem sido extraordinário. Nunca houve um fato, exceto em casos de conflito militar, que tivesse e ainda tenha a capacidade de abalar os fundamentos legais de muitas instituições e de enfatizar a própria essência do direito contratual.

Não houve um país que não tenha reagido com uma enorme bateria de regras e leis que, entre a improvisação e a urgência, atingiram todos os extremos da lei das obrigações. Isso vai desde a perfeição até a execução de contratos, sua natureza onerosa, períodos de suspensão, prazos de prescrição etc. O seguro não foi deixado de fora. O impacto que o vírus pandêmico teve sobre ele abriu enormes questões, indo ao cerne do risco, da cobertura, da realidade e da legalidade até mesmo de certas exclusões de cobertura ou garantias que acabam por desnaturar e esvaziar este elemento essencial do contrato de seguro de seu conteúdo.

Mas há e haverá um campo onde será travada uma batalha desigual, mas crucial, da interpretação do contrato e das condições de um lado e, do outro, a tensão central entre governos e seguradoras para a assunção ou não de riscos e a criação de fundos de

¹ *Profesor Ordinario de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas de Madrid. Co-Director Cátedra Uría Menéndez/ICADE sobre Regulación de Mercados.*

Eliminado: 3¹

Comentado [L_Rev_071]: Prezado autor, o artigo foi traduzido?

Comentado [MA(2)]: Prezado autor, por gentileza, validar a alteração.

compensação econômica que compensem os danos. Uma das grandes incógnitas será avaliar até onde o contrato de seguro avançará ou caminhará com esta pandemia².

Hoje, neste artigo, queremos mergulhar na etiologia fenomenológica dos contratos de seguro e nos perguntarmos, de um ponto de vista real e certo, qual é a erosão da natureza bilateral do contrato, o que acontece quando o serviço é impossível, acima de tudo, o desempenho da seguradora e o que deveria acontecer quando a natureza onerosa do desempenho para uma das partes se torna um verdadeiro fardo desequilibrado e oneroso que rompe absolutamente o sinalagma, mas, sobretudo, a base inicial sobre a qual o contrato foi celebrado e que agora, devido a um evento *a priori* imprevisível, longe do horizonte de força maior, na verdade rompe todo o equilíbrio contratual³.

2. A natureza bilateral pouco realista do contrato de seguro

O seguro é um contrato bilateral do qual surgem obrigações, mas também deveres para ambas as partes. Os dois estão unidos, entrelaçados um com o outro. Além disso, fazem-no com a firme intenção de se vincular⁴. Deveres que não estão totalmente, mas suficientemente discriminados nas próprias leis dos contratos de seguro⁵. O mesmo não acontece com as obrigações, elas quase não são mencionadas na lei.

² Rotundo, MAYEUX, *Coronavirus and Insurance*, 2020, [http://www.tendancedroit.fr/wp-content/uploads/2020/03/LIP-MAYAUX.pdf], o afirmar e interrogar: “O seguro pode aliviar a crise do coronavírus? E – o outro lado da moeda – ameaça o setor de seguros? É difícil dizer, pois a crise está evoluindo tão rapidamente. A lei que, por sua vez, não está evoluindo (ou não está na mesma velocidade), fornece algumas respostas, mesmo que seu papel permaneça modesto”.

³ Sobre o impacto da pandemia na estrutura geral do contrato de seguro, nos referimos ao nosso recente trabalho, VEIGA, *Contrato de seguro e pandemia*, Cizur Menor, 2020. No Brasil, o trabalho de JUNQUEIRA, Thiago. Dilemas contemporâneos: os seguros privados e a cobertura das pandemias. *Revista Jurídica de Seguros*, 2020, maio, nº 12, pp. 65 e ss.

⁴ Insiste nesse ponto MARCO MOLINA, “El proceso de formación o conclusión del contrato. Una propuesta de regulación armonizada”, *Indret*, 3/2015, e que aponta, p. 7: “optou-se por prescindir da denominação tradicional daquele requisito (‘intenção de ser vinculado’), passando a designá-lo como intenção ou vontade de ‘ser vinculado’ contratualmente. A mudança de denominação é explicada, em primeiro lugar, porque esta será vinculada pelo contrato (pelo conteúdo acordado), sem poder se retirar unilateralmente do mesmo a partir do momento de sua conclusão válida, deve coincidir em ambas as partes contratantes, independentemente de qual delas (uma ou ambas) vai assumir as obrigações contratuais específicas. Em segundo lugar, deve-se levar em conta que a mesma sujeição ou vinculação de ambas as partes ao contrato celebrado é um efeito inerente e imediato à sua ‘conclusão’ (art. 1.258 do Código Civil espanhol) ou conclusão e, portanto, também, independentemente, de se a produção dos efeitos contratuais específicos (as obrigações e os direitos correspondentes) foi destinada a ser suspensa, enquanto se aguarda a produção de um evento incerto (contrato sujeito a uma condição suspensiva) ou adiada para um momento posterior (contrato sujeito a um prazo inicial ou suspensão)”.

⁵ Como assinalado por STIGLITZ, *Derecho de seguros*, I, 4ª ed., Buenos Aires, 2008, p. 161, a sinalagma importa a existência de obrigações recíprocas para ambas as partes contratantes, e a da seguradora é compensar o dano ou cumprir com o benefício acordado se o evento previsto ocorrer, o que implica, necessariamente, a ocorrência do prejuízo. Isso não significa que a seguradora assumirá sua obrigação somente se o elemento precedente for verificado, o que servirá de base para o cumprimento do benefício a seu cargo. Acontece que, enquanto se aguarda o incidente, a obrigação da seguradora está

Uma combinação de obrigações que estão minimamente estabelecidas no corpo jurídico, poucas, mas essenciais, a saber, o pagamento do prêmio e a compensação quando apropriado, a assunção do risco sempre que este for pago ou pago, e um conjunto de deveres que completará a relação de seguro legal. Manter a natureza unilateral do contrato com base no fato de que apenas a seguradora é obrigada a pagar o prêmio é ignorar a mecânica e o funcionamento do contrato de seguro e do seguro em particular⁶.

Comentado [R03]: Sr. Autor, favor verificar.

É verdade que a obrigação essencial e fundamental do segurado e, quando apropriado, do segurado, é a de pagar o prêmio, mas existem outras obrigações e deveres, ou pelo menos onerosos, que devem ser cumpridos perante a seguradora, deveres como declarar exatamente o risco conhecido na fase pré-contratual, mas também o agravamento/diminuição do risco, a perda, o salvamento etc.⁷

Obrigações e benefícios, deveres e obrigações que se justapõem, que se opõem e ao mesmo tempo se inter-relacionam e interdependem, dado que a assunção de uma obrigação ou dever próprio implica automaticamente a assunção do dever do outro. No

subordinada à verificação de uma estimativa. A obrigação da seguradora, de acordo com a estrutura da relação de seguro, varia, não em relação ao objetivo do serviço, que consiste em dinheiro, bens ou serviços, mas em relação ao momento do serviço em si, que pode estar subordinado a um determinado evento de tempo incerto ou a um evento incerto. Em ambos os casos, porém, estamos diante de uma obrigação condicional, que se manifesta no fato de que a obrigação da seguradora de pagar a indenização acordada ou de executar o serviço acordado está subordinada à verificação do sinistro.

⁶ Um pouco eclético, **VELLÉ**, *La bilateralidad del contrato de seguro y la autonomía de cada una de sus pólizas*, RDP, 1965, pp. 609 y ss., que na p. 609 apontou – de forma algo incompreensível para nosso julgamento – como o bilateralismo motiva os problemas. O problema da natureza bilateral do contrato de seguro pode ser denunciado simplesmente tendo em mente estas verdades que são inerentes à natureza do seguro, ou que são inerentes a ele, ou que são qualidades fundamentais dele, a saber: 1. em cada contrato de seguro há a base técnica, econômica e jurídica da empresa; 2. em cada contrato de seguro há a base técnica, econômica e jurídica da massa. Cada contrato de seguro, cada apólice, depende necessariamente da “sociedade mútua” para o risco de uma massa de segurados, a sociedade mútua que torna possível o preço de cada apólice. Sem comunicação, sem uma comunhão de riscos, a apólice em geral e a de cada segurado em particular não é possível. Como consequência do exposto supra, toda apólice, todo contrato de seguro são considerados legais e jurisprudencialmente contratos de adesão, não de adesão necessária. Afirma **STIGLITZ**, *Códigos civil y de comercio comentados. Tomo XII — Ley de Seguros*, cit., p. 10: “cómo el contrato de seguro es bilateral perfecto o sinalagmático, y de él nacen obligaciones recíprocas (correspectivas) para ambas partes desde el momento de su perfeccionamiento siempre que, como acaece corrientemente, coincidan los momentos de comienzo formal y material. El sinalagma, – recuerda el profesor argentino –, importa la existencia de obligaciones recíprocas para ambos contratantes, y la del asegurador es la de resarcir el daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto, lo cual supone necesariamente la producción de un siniestro”.

⁷ Assinala a respeito **DONATI**, *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, Milano, vol. 2, 1954, pp. 27 e ss.: “cómo al hablar de la estructura de la relación asegurativa, existe unanimidad a la hora de individualizar la obligación principal del contrayente en que la misma es el pago de la prima, en cambio, es inseguro saber realmente cual es la obligación esencial del asegurador, su correspectiva, por lo que la inseguridad corresponde no al objeto de la prestación ya que es pacífico que pueda consistir bien en un *dare* (dinero o bienes *in natura*) o un *facere*, sino la obligación misma y su estructura. Y es que la doctrina ambivalente en unos casos, recelosa en otros, ha ido situando la obligación esencial en distintas hipótesis, desde la asunción del riesgo, la de dar al asegurado seguridad y certeza en la satisfacción de sus necesidades eventuales, a otros que han situado en el concepto de prestación, la esencialidad de la obligación”. **LAMBERT-FAIVRE/LEVENEUR**, *Droit des assurances*, 13ª ed., Paris, 2018, p. 199, explica que a seguradora não deve garantir a cobertura se o segurado não cumprir suas obrigações, seja na declaração do risco ou na declaração do sinistro, ou no caso de não pagamento dos prêmios acordados.

entanto, o que não podemos negar é que a força maior tem e traz consigo consequências muito claras para as obrigações do devedor, quer esse seja normalmente o segurado ou, no caso de um sinistro e sua suposição, a seguradora⁸.

Ambos são reciprocamente obrigados um ao outro, e é neste vínculo, nesta contínua e contínua interdependência ao longo da eficácia da relação de seguro, que a bilateralidade do próprio contrato de seguro está enraizada. Em outras palavras, em todo contrato de seguro há um sinalagma na qual o desempenho de uma das partes, a do segurado ou segurado, é uma condição para a efetividade do contrato e, portanto, necessariamente precede a consideração ou obrigação da outra parte, a seguradora⁹.

Mas e se essa continuidade for quebrada e a seguradora não for capaz de assumir e continuar a assumir sua obrigação de cobrir o risco? Pode o impacto não de um vírus, uma causa imediata, mas da declaração de um estado de alarme, uma causa mediada, cujos efeitos são a ruptura da liberdade de ação e ação, movimentos e circulação, entre outros, esvaziar o risco ou desnaturá-lo ao ponto de torná-lo excessivamente oneroso para o segurado que pagou um prêmio por todo um período de seguro de acordo com certos parâmetros de risco estabelecidos na tarifa ou no prêmio?

E não vamos confundir esta situação com a de redução de risco, mas da realidade de que não há potencial para não cobrir o risco. Mas o risco ainda é incerto?

Ou em um nível diferente, o de não poder prestar determinados serviços de compensação ou reparo por meio da assistência da seguradora ou de terceiros ligados a ela e que os prestem diretamente.

Ou o fato de ter que adiá-las devido à restrição de movimento decretada por um governo. O risco está coberto, mas as consequências reparadoras do dano não podem se materializar como resultado de força maior, confinamento. O contrato de seguro perde sua utilidade e funcionalidade nesse caso, o não reparo causa maiores danos, deve ser prevista uma redução do prêmio nesses casos e isso deve ser feito por meio de um reembolso do prêmio?¹⁰

⁸ MEKKI recorda genericamente, *De l'urgence*, cit., p. 171, como a força maior tem um efeito duplo. Liberta o devedor de suas obrigações e o isenta de toda responsabilidade para com a parte contratante e terceiros. No contrato, os efeitos variam de acordo com a intensidade do impedimento. Se for provisório, o contrato é suspenso, desde que a suspensão não o prive de toda a utilidade. O contrato é anulado definitivamente se o impedimento for permanente. Este impedimento permanente implica, de acordo com os termos do artigo 1.218 do Código Civil, a rescisão automática do contrato. Esta fórmula levanta questões: significa que o contrato é automaticamente cancelado sem a intervenção do tribunal? O "pleno direito" parece referir-se mais ao poder do tribunal. Assim que as condições forem cumpridas, o tribunal deve considerar todas as consequências, declarar a rescisão e fazer a restituição. Em qualquer caso, na prática, na maioria das vezes, devido a um desacordo entre as partes, o juiz tem que intervir.

⁹ Em termos similares, LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros*. Coimbra, 2010, p. 455, quando declara como o segurado paga o prêmio primeiro e só depois começa a produção dos efeitos do contrato e, especialmente, a cobertura do seguro.

¹⁰ Assim, com relação ao seguro de automóvel, apontam FOGGAN/SABINO/SUTTA, *Insurers COVID-19: What you need to know now*, abril 20 2020. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=417d3997-2bb6-4e96-bfc7-f9e47c6a84a8>.

Como o debate nos Estados Unidos está se concentrando em resposta à crescente pressão pública para que as seguradoras de automóveis emitam indenizações aos segurados devido à redução da quilometragem percorrida pelo país após a pandemia do coronavírus, várias seguradoras estão anunciando que fornecerão reembolso imediato, ver *Insurance Journal*, 29 de abril de 2020.

Comentado [L_Rev_074]: Sr. Autor, favor verificar se não seria o caso de deixar claro de que Código Civil se trata aqui.

Comentado [LSF(5)]: Favor verificar.

Isso é uma causa de retirada unilateral por parte do segurado? Não é que não haja risco ou que os juros variem ou o valor dos bens segurados¹¹; é a causa e a subsistência ou não desta, ou seja, o risco é a chave, caso contrário, o ditado do artigo 4 LCS entraria com força, mas a cobertura por força maior – pandemia + estado de alarme – é impossível ou não nos termos iniciais e de acordo com os riscos precificados no contrato de seguro, de modo que o equilíbrio dos benefícios é quebrado.

A opção ou a solução seria ou poderia ser dar ao segurado uma dupla opção, ou rescindir o contrato, o que pode ser insatisfatório, especialmente se o segurado desejar continuar a transferir esses riscos para uma seguradora, uma vez que a causa da não cobertura, a pandemia e o estado de alarme desapareçam, ou reduzir ou cancelar uma proporção dos prêmios não ganhos porque o risco não foi coberto.

Isso nos leva a uma opção radicalmente diferente, e em um nível mais abstrato, para introduzir no debate, em vez da entrada em jogo de mecanismos absolutos de

Comentado [R06]: Sr. Autor, trecho na nota aparentemente incompleto, favor verificar.

Comentado [L_Rev_077]: Sugerimos esclarecer do que se trata.

Disponível em: <https://www.insurancejournal.com/news/national/2020/04/09/564297.htm>, a Allstate Corp. anunciou que reembolsará mais de US\$ 600 milhões a seus segurados de automóveis, e a maioria de seus clientes receberá um reembolso de 15% de seus prêmios mensais de automóveis durante os meses de abril e maio. A American Family Mutual Insurance Co. reembolsará 50 dólares por veículo segurado, num total de 200 milhões de dólares. A Liberty Mutual emitirá um reembolso de 15% aos clientes de seguro de automóveis por dois meses de seu prêmio anual, para um reembolso total de US\$ 250 milhões aos clientes da Liberty Mutual e Safeco. O Seguro Progressivo anunciou que fornecerá aproximadamente US\$ 1 bilhão aos seus segurados de automóveis por meio de um crédito de apólice de 20% para os prêmios de abril e maio. A Travelers anunciou que está dando aos clientes de seguro automóvel pessoal um crédito de 15% em seus prêmios de abril e maio. A USAA devolverá US\$520 milhões a seus clientes.

Em vez de emitir reembolsos, algumas seguradoras estão oferecendo créditos de apólices para renovação. Em 7 de abril, a GEICO anunciou que oferecerá aproximadamente US\$ 2,5 bilhões em créditos a seus 19 milhões de segurados de automóveis e motocicletas com apólices de renovação entre 8 de abril e 7 de outubro, com uma média de US\$ 150 por apólice de automóvel e US\$ 30 por apólice de motocicleta. A Chubb fez um anúncio semelhante em 13 de abril, declarando que forneceria a seus clientes de seguro automóvel pessoal um crédito sobre prêmios de renovação anual em vez de emitir um reembolso. Após a renovação da apólice, os clientes receberão um crédito automático refletindo uma redução de 35% do prêmio para os meses de abril e maio, para um crédito esperado de US\$ 110 por veículo, com possíveis descontos adicionais dependendo da extensão em que as milhas percorridas continuarem a ser significativamente reduzidas.

Além disso, na segunda semana de abril, as seguradoras começaram a anunciar que estariam ampliando a cobertura para os clientes que fizessem entregas comerciais durante a pandemia. Em 8 de abril, a Liberty Mutual anunciou que iria expandir a cobertura de todas as apólices de automóveis pessoais para incluir a proteção aos clientes que utilizam seus veículos pessoais para entregar alimentos e medicamentos. Em 9 de abril, foi relatado que a Travelers, USAA e Progressive pretendem expandir a cobertura para clientes de carros pessoais que também entregam temporariamente alimentos ou medicamentos, e a Progressive também permite aos clientes comerciais opções adicionais de cobertura para entrega.

¹¹ **Ja no seu momento**, FERRARINI, *Su pretesa diminuzione del rischio per successiva assicurazione dello stesso interesse*, Assicurazioni, 1955, II, pp. 63 e ss. RODRIGUES ROCHA, *Do principio indemnizatório no seguro de danos*, Coimbra, 2015, pp. 195 e ss.; Capital, a obra GIRGADO PERANDONES, *El principio indemnizatorio en los seguros de daños. Una aproximación a su significado*, Granada, 2005. Nosso trabalho, VEIGA, *El interés en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el interés*, Cizur Menor, 2018.

resolução ou modificação, a opção de revisão do contrato, o escopo das obrigações a fim de reajustá-las à nova situação circunstancial¹².

O contrato é sinalagmático ou bilateral perfeito, assumindo ambas as partes seus respectivos serviços e considerações¹³. Ambas inter-relacionadas, inexplicáveis uma sem a outra, recíprocas e geradoras ao mesmo tempo¹⁴. A seguradora cobre o(s) risco(s) definido(s) e o segurado paga o(s) prêmio(s) sucessivo(s) durante todo o período de pendência da relação jurídica¹⁵. Sem dúvida, uma das principais e talvez axiais teorias

Comentado [LSF(8)]: Favor verificar trecho realçado na nota de rodapé.

¹² Neste ponto, veja as reflexões de MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*. Disponível em: <http://giustiziacivile.com/obbligazioni-e-contratti/editoriali/un-diritto-dei-contratti-piu-solidale-epoca-di-coronavirus>, 17 de março de 2020, no qual se afirma: "Independentemente do que o legislador faça ou possa fazer para responder às necessidades das partes contratantes em dificuldade, elas estão, contudo, dispostas a 'rever' os termos e condições contratuais, para que a estrutura das relações seja 'justa', em relação a circunstâncias que, de forma 'extraordinária e imprevisível', tenham produzido um desequilíbrio que torne os serviços acordados economicamente insustentáveis: A jurisprudência deve estar pronta e disposta a lidar com estes novos cenários, uma vez provado que as ferramentas à disposição do juiz não são mais apenas disposições de uma lei contratual tradicionalmente estabelecida de acordo com o interesse do contratante, entendida individualmente e incondicionalmente sujeita ao princípio expresso no conhecido (mas muito genérico) brocardo *pacta sunt servanda*". ROPPO, *Il contratto, Trattato di diritto privato*, [IUDICA/ZATTI (Dirs.)], Milano, 2011, pp. 1037 ff., advertiu sobre a ausência absoluta em nossa lei de regras destinadas a "revisar" uma relação jurídica.

¹³ Diferencia LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros*, Coimbra, 2010, p. 394, o contrato oneroso da sinalagmática, **mesmo se reconhecemos que nem sempre** e mesmo partindo de um conceito alongado de sinalagma, a fim de fazer a distinção clara, pois a fronteira deve partir do fato de que o contrato oneroso é aquele que implica um sacrifício econômico para ambas as partes. Estes são subdivididos em comutativos e aleatórios. Assim, um contrato é aleatório quando apenas um dos serviços é apresentado como verdadeiro e é comutativo quando ambas as atribuições ou serviços são apresentados como verdadeiros.

¹⁴ GARRIGUES, *Contrato de Seguro Terrestre*, Madri, 1983 p. 108, ecoou este tipo de sinalagma genética e funcional nas obrigações das partes, um sinalagma que condiciona a existência e subsistência da vontade de constituir um negócio de seguro legal. Antes dele, DONATI, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione*, Ass., 1937, I, pp. 425 e seguintes, assim como em *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, Milano, vol. 2, 1954, pp. 28 e seguintes. Também HALPERIN, *Contrato de seguro*, Buenos Aires, 1966, p. 18, aponta como o bilateralismo se refere ao sinalagma genético, ou seja, à causa e não à execução, sendo assim a assunção de todos os contratos aleatórios, o que não significa que o sinalagma e a execução não estejam mais ligadas. Aponta VÁZQUEZ CUETO, *La obligación de pago de la prima*, cit., p. 23, como a interdependência das obrigações decorrentes do contrato não é incompatível com a suposta aleatoriedade do seguro, certas qualificações são simplesmente necessárias. Anota STIGLITZ, *Códigos Civil e Comercial*, 2011, cit., pp. 10, como, em suma, o significado da classificação deve ser focalizado no fato de que (a) os contratos são bilaterais desde seu início; (b) o que é levado em conta para fins de sua categorização são os efeitos, uma vez que eles são referidos quando se referem a contratos que são vinculativos bilateralmente; (c) a promessa de uma obrigação constitui a contrapartida da outra, e, portanto, é feita referência aos benefícios recíprocos (*Messineo*) ou respectivos benefícios prometidos como equivalentes (*Ennecerus*).

¹⁵ Como insiste LA TORRE, *Le assicurazioni*, 4ª ed., Milano, 2019, p. 19, sendo a fonte do contrato de seguro de duas obrigações principais, para que o segurado pague o prêmio, entretanto, a identificação da obrigação da seguradora envolve o problema, no sinalagma do contrato de seguro, e vem variavelmente associado ao pagamento do valor segurado quando o evento é verificado ou a um comportamento de proteção genérica dos interesses do segurado, unido a outras obrigações ou acessórios onerosos. Na opinião da La Torre, esta não é uma questão puramente acadêmica, uma vez que a consideração da seguradora se limita ao pagamento da indenização caso o risco seja realizado (serviço condicional), ou se for considerado que o mesmo é realizado desde o momento da conclusão do contrato, até um comportamento técnico complexo (comportamento-benefício).

que melhor explicam a natureza sinalagmática do contrato de seguro vem da teoria da assunção de riscos. Esta teoria não é isenta de dificuldades, e há mesmo formulações que em parte a superam, em parte a corrigem, tais como a teoria da confiança – fidúcia –, também conhecida como *Treuhandthese*¹⁶. Ou a própria teoria da prestação de serviços.

A *Gefahrtragungstheorie*, desenvolvida pelo dogma alemão, consiste na teoria na qual a seguradora em um contrato de seguro seria obrigada a assumir um risco incondicionalmente desde o primeiro momento do contrato¹⁷. Um serviço contínuo e duradouro ao longo do tempo que começaria a partir do momento em que o contrato de seguro fosse assinado, fazendo dessa assunção ou suporte do risco um efeito genuíno e autêntico do contrato de seguro. Assim, com a conclusão do contrato, surge uma expectativa, um estado latente para o segurado que se torna um direito, um estado agudo quando a reclamação é verificada.

Não há nada que impeça este esquema sequencial no qual as questões temporais têm algo a ver com ou influenciar, isto é, a duração formal ou material do contrato, com o qual, como foi dito, o desempenho da seguradora está subordinado à ocorrência de um evento incerto, uma vez que a seguradora cumpre e cumpre bem, cobrindo os riscos acordados no seguro, independentemente de o evento futuro e incerto ser ou não verificado e, acima de tudo, danoso.

O sinalagma nasce do cumprimento de uma obrigação, a cobertura dos riscos incluídos, não com o pagamento da indenização ou a realização dos benefícios que teriam que ser realizados, pois nem sempre a seguradora será obrigada a compreendê-los, ou melhor dito, haverá fatos impeditivos que forçarão a seguradora a realizar uma indenização, pois esta última não nasce para a seguradora. Não esqueça nem mesmo como o Código Civil considera a promessa de prestar um serviço como a causa de um contrato. Em qualquer caso, a seguradora se depara com uma situação legal de pendência (art. 1.121 do CC espanhol).

Na literatura econômica sobre seguros, o serviço prestado pela seguradora há muito tempo tem sido visto como um serviço de fazer, um *facere*, um serviço em resumo. O fato é que a atividade seguradora foi concebida como um serviço que não suscitava dúvidas entre os economistas. Eles viam o seguro como um bem econômico que subsidiava uma necessidade específica e concreta por meio da prestação efetiva de serviços. E se sua configuração era a de um bem econômico que se materializou em uma prestação de serviços eficaz, surgiram dúvidas quando se tratou de especificar essa

¹⁶ Seu expoente principal seria GIERKE, *Versicherungsrecht unter Ausschluss der Sozialversicherung*, I, Stuttgart, 1937, pp. 120 ff. Concluindo STIGLITZ, *Códigos Civil y Comercial*, 2011, cit., p. 11, onde afirma que nenhuma das partes pode exigir desempenho da outra se ela não provar ou não se oferecer para atuar. E, seguindo Fontanarrosa, ele aponta: “É precisamente a reciprocidade obrigatória que justifica a aplicação da defesa do não cumprimento”.

¹⁷ Os principais expoentes desta teoria seriam, entre outros, GRIESHABER, *Das Synallagma des Versicherungsvertrages*, Mannheim, 1914, pp. 88 e ss.; STAUDINGER, *Die Rechtslehre vom Lebensversicherungsvertrag*, Erlangen, 1958, pp. 55 e ss.; REICHERT/FACILIDES, «Zur Konkretisierung der Gefahrtragungsschuld des Versicherers», *Festschrift für Karl Sieg* [BAUMANN/SCHIRMER/SCMIDT (Eds.)], Karlsruhe, 1976, pp. 421 e ss.

Comentado [L_Rev_079]: Sr. Autor, favor rever trecho.

disposição em crescendo, mas com um claro denominador comum, serviços com um marcado caráter econômico-financeiro¹⁸.

Sem dúvida, na prática dos contratos de seguro, o bilateralismo é mais bem expresso, mas, acima de tudo, esse sinalagma funcional ocorre em casos de não pagamento do prêmio, seja no momento do contrato seja em uma data posterior. A ausência disso no estágio perfeito, e exceto por cláusulas retroativas e além de diferenciar a duração formal, material e técnica do contrato de seguro, implica a ausência de efeitos do contrato de seguro.

A situação de pendência (art. 1.121 CC) se manifesta inicialmente em toda sua extensão, sendo uma questão diferente a extinção do contrato ou a ineficácia. A essência do sinalagma, da bilateralidade nos casos em que há uma alteração de risco, também é evidente. O prisma sobre o qual desejamos agora focalizar a questão não é o de não pagamento, mas o da outra parte, a seguradora, dada a alteração do risco, redução *versus* superexposição, é incapaz de fornecer o benefício, a cobertura.

Redução de riscos diante de agravos que podem coincidir para uma seguradora ou ser diferentes dependendo do ramo específico do seguro, mas que, ao mesmo tempo, podem também levar a uma diminuição do valor segurado ou a um aumento do mesmo com uma quebra da equação risco-premium.

De fato, a alteração dessa equação, seja porque o risco aumenta e, portanto, as probabilidades de perda aumentam, seja porque diminui, tem repercussões sobre o sinalagma. A proporcionalidade do sinalagma afeta a própria essência do equilíbrio contratual. A configuração do risco, modelada pelo tomador ou pelo segurado, por meio do questionário e das informações fornecidas à seguradora, modelada pela própria seguradora, que o anti-seleciona e, portanto, o discrimina e aceita aquele que está disposto a assumir, tem sua primeira correspondência no cálculo e cobrança do prêmio. As mudanças circunstanciais do risco, suas alterações, sem dúvida, afetam a realidade que serviu de base para o cálculo do prêmio. O sinalagma se desequilibra. Portanto, há uma alteração das considerações.

E em um plano radicalmente diferente, que não interfere na raiz do problema mencionado supra, mas se situa em outro plano, sobreposto, é o da possibilidade de cosseguro e da perfeição da pluralidade simultânea de outros seguros – seguro cumulativo com outras seguradoras e que, no final das contas, não é o mesmo, exceto nos seguros de vida, implica uma redução explícita da responsabilidade da seguradora em caso de sinistro, mas também uma certa e discreta assunção de riscos que não coincide necessariamente nem em sua base, nem em sua intensidade, frequência e delimitações¹⁹.

¹⁸ Entre os autores clássicos, referência a **HELPESTEIN**, *Theorie der Versicherung: Privat- und Sozialversicherung*. Ein Beitrag zur Theorie des Bedürfnisses und der Versicherung, *VersArch*, 1930/31, Heft n.º 5, pp. 1 y ss.; mais modernamente, **LUKARSCH**, *Versicherung als Wirtschaftsgut*, *Handwörterbuch der Versicherung* [FARNY/HELTEN/KOCH/SCHMIDT (eds.)], Karlsruhe, 1988, pp. 959 a 964.

¹⁹ Estuda esta redução da responsabilidade da seguradora que nada tem a ver com a redução do risco, devido ao efeito de uma cumulação de seguros que também não envolvem fraude de seguro, **FERRARINI**, *Su una pretesa diminuzione del rischio per successiva assicurazione dello stesso interesse*, cit., pp. 64 e ss.

Comentado [PM(10): Prezado autor, por gentileza validar se trata-se do Vóduo Civil brasileiro, redação do artigo “Art. 1.121. Constituída a nova sociedade, aos administradores incumbe fazer inscrever, no registro próprio da sede, os atos relativos à fusão.”

3. A impossibilidade superveniente da prestação

Outra das questões que deve focar o impacto de um estado de alarme e, portanto, da pandemia, é nos perguntarmos o que acontece no caso de uma ou ambas as partes serem incapazes de realizar seus serviços e, portanto, as consequências. A impossibilidade gera o não cumprimento, mas esse não cumprimento é atribuível ao devedor diligente que é incapaz de emprestar e cumprir suas obrigações, o devedor está isento de responsabilidade?

Logicamente, o comportamento, a atitude do devedor nos dará a medida da imputabilidade ou não desta e, conseqüentemente, a fatualidade em relação à exigibilidade ou exoneração. É óbvio que nem a seguradora nem o segurado poderiam ter previsto tais eventos associados a um estado de alarme na fase pré-contratual do contrato de seguro, que normalmente é uma relação de longo prazo.

Outra questão é a dos contratos celebrados no íterim imediatamente anterior a esse ou aqueles que se seguem, já que existe ou está em vigor um estado de alarme e a partir desse momento com a pandemia ainda não erradicada e sem tratamento eficaz. A chave é avaliar a previsibilidade desses fatos ou eventos e seu real impacto nos contratos de seguro, mas também saber se algum dos agentes participantes do contrato de seguro, por suas ações, omissões etc., contribuiu para essa impossibilidade ou, quando apropriado, para uma situação onerosa que não existia no momento do contrato de seguro e na qual a reciprocidade e a justiça no valor da contraprestação se ajustaram à operação econômica subjacente a todos os seguros.

No entanto, o que acontece em uma apólice de seguro se o tomador ou o segurado que já está em inadimplência não paga um prêmio sucessivo, e o contrato entra na dinâmica suspensiva até o sexto mês de inadimplência, e se o primeiro produz e alega dificuldades excessivas? O segurado está agindo de boa-fé na execução de um contrato quando ele está violando o mesmo e agora também alega dificuldades excessivas no contrato? Ele não cumpre ou não cumpriu o contrato quando o serviço era devido e alega *a posteriori* que causou o mesmo agravamento.

Entretanto, a solução diferente para alguns ramos de seguros diante do não pagamento de prêmios sucessivos e o jogo da instituição de redução e sobrevivência do contrato de seguro no final do dia deve ser levada em consideração. Dessa forma, qualquer indício de especulação por parte de um segurado que não é diligente no cumprimento de suas obrigações é "curto-circuito", e a utilização da imprevisibilidade e da situação de alarme pode levar ou à impossibilidade de cumprir suas obrigações e, portanto, não poder fazê-lo, ou à natureza onerosa da obrigação que quebra o acordo inicial no contrato, o que implica um sacrifício econômico desproporcional nesta situação em comparação com os riscos cobertos pelo segurado.

A isso devemos acrescentar a intenção e as ações deste segurado que simplesmente deixou passar o tempo e não pagou o prêmio em tempo hábil quando a situação estava um pouco equilibrada e agora cita outras razões. As consequências do não cumprimento não podem ser disfarçadas como desculpas causais que nada têm a ver primeiro com a inação e o não cumprimento do devedor, ao que se acrescenta uma

situação de pandemia e estado de alarme que posteriormente dificulta o cumprimento tardio em si mesmo. Aqueles que não cumprirem a lei arcam com as consequências de não o fazerem de forma oportuna e executável. Mas o que acontece se a pessoa que agrava o risco segurado contrai o vírus, podemos falar de impossibilidade ou de custo excessivo neste caso para a seguradora se ela cumprir com o risco segurado?

Até certo ponto, nada impediria uma seguradora de se recusar a prestar o serviço se os eventos fossem causados pela conduta do segurado e não pudessem ser classificados como extraordinários ou ainda menos imprevisíveis. Em nossa opinião, mesmo nestes casos, uma tentativa de reequilibrar o vínculo sinalagmático entre as partes não seria admissível, sem perder de vista o ditame taumatúrgico do artigo 19, LCS, e a falta de seguridade da fraude.

Entretanto, é importante qualificar e diferenciar entre o que é estritamente uma questão de sacrifício econômico, que a continuidade de uma relação jurídica bilateral implica, e o que é uma questão de impossibilidade superveniente de tornar a execução do que é claramente um fardo excessivo para os deveres e encargos do devedor ao fazer a execução e, portanto, a execução contratual. Embora voltaremos à questão dos custos excessivos a seguir, é necessário fazer uma distinção, especialmente porque uma abre a porta para exonerar o devedor da responsabilidade pelo não desempenho, enquanto a outra não o faz. Uma questão diferente, mas que está entrelaçada com a anterior, é ou seria a da justaposição ininterrupta de uma situação de impossibilidade com uma situação subsequente de dificuldades excessivas²⁰.

De fato, e levando em conta a natureza patológica multifacetada dos fatos, uma vez celebrado o contrato, em base consensual, a primeira obrigação é o pagamento do prêmio único ou o primeiro dos prêmios pelo tomador do seguro ou pelo segurado. Entretanto, obviamente não estamos nos referindo ao não pagamento do primeiro ou único prêmio, mas aos sucessivos e, de outra perspectiva, à impossibilidade de fornecer cobertura total por parte da companhia de seguros. Seja em todos ou em alguns dos riscos, portanto, seja a partir de um nível parcial ou limitado como um nível holístico.

Na prática, o contrato de seguro é efetivo somente quando o tomador ou o segurado paga o primeiro ou único prêmio, com a cláusula arquetípica de que o seguro terá efeito, isto é, cobertura, a partir de zero horas no dia seguinte ao pagamento do prêmio.

O não cumprimento dessa cláusula é claramente considerado como uma impossibilidade superveniente de prestar os serviços e, potencialmente, de quebrar o sinalagma de desempenho. Não há vontade de inadimplir, não há culpa, o que existe de incapacidade de cumprir total ou parcialmente o benefício e que escapa ao controle imediato dos sujeitos²¹. Diante da imputabilidade do não cumprimento, surge um

²⁰ Ele foi mais fundo nisso, SACCO, *Il contratto*, 4ª ed., Milano, 2016, pp. 1692 e ss.

²¹ Vide, sobre esta culpa ou não culpa, BUSANI/GUASTALLA, *Il giudice valuta gli inadempimenti dovuti alle misure di emergenza*, in *Sole 24 Ore*, 1º de abril de 2020, p. 11. E advertem: “O surgimento do coronavírus também provocou uma grave patologia no cumprimento das obrigações contratuais: não só (do ponto de vista material) devido ao encerramento de muitas atividades e à dificuldade de mudança, mas também (do ponto de vista jurídico) porque conceitos de grande profundidade teórica sobre os quais não é difícil expressar diferenças de opinião estão “em jogo”: a imputabilidade do não cumprimento, a

evento causal radical, um estado de alarme que tem a capacidade de alterar precisamente as condições normais de cumprimento do contrato, levando-as ao extremo da impossibilidade real de cumprimento.

Este é um estado de alarme que pode alterar as condições comuns para o cumprimento dos contratos, levando-os ao ponto de impossibilidade genuína de cumprimento. E é neste segundo nível que devemos analisar o sinalagma contratual de uma apólice de seguro. De que e onde deriva o não cumprimento ou a impossibilidade de cumprimento pelas partes?²²

Impossibilidade é equiparada à dificuldade extraordinária, mas a dificuldade não pode ser confundida com impossibilidade (decisões da Suprema Corte de 11 de novembro de 1987, 12 de maio de 1992, 12 de março de 1994 e 20 de maio de 1997), nem a impossibilidade pode ser medida com base no critério subjetivo do devedor (o que produziria incerteza jurídica, como declarado pela STS em 6 de outubro de 1994), portanto, um critério objetivo é seguido. Mas a impossibilidade pode ser equiparada à impossibilidade de desempenho ou estamos em níveis diferentes? Se a sinalagma foi quebrada, se não há traços de proporcionalidade entre os serviços recíprocos a serem prestados pelas partes e se o quadro contratual original foi substituído por sua dimensão econômica, o evento, a pandemia, pode ser de tal magnitude e intensidade que dificulte ou impeça o cumprimento do contrato por parte de um devedor diligente de boa-fé, para ficar sob o escudo da inaplicabilidade?²³

Objetivamente, é útil ou inútil receber o benefício do credor?²⁴ Por outro lado, a própria extensão da impossibilidade de desempenho em uma base temporária deve ser reavaliada. Uma impossibilidade definitiva não é o mesmo que uma impossibilidade temporária e, portanto, é limitada no tempo.

impossibilidade total ou parcial de cumprimento, força maior, *factum principis* [(i.e. a ordem de autoridade) etc.].

²² De acordo com BENEDETTI, Il ‘rapporto’ obbligatorio al tempo dell’isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?, *Diritto e Giustizia*, 3 aprile 2020, analisando os decretos de emergência emitidos na Itália, pois o não cumprimento deve derivar do “cumprimento das medidas de contenção referidas neste decreto”: se depender de outros motivos (por exemplo, precauções específicas tomadas pelo devedor por sua própria iniciativa, também no exercício de sua autonomia empresarial ou suas leituras “originais” do significado das medidas), a disposição não se aplica e o devedor é normalmente responsável nos termos do art. 1.218 do CC; por outro lado, o cumprimento das medidas de contenção deve ser “avaliado com o objetivo de excluir a responsabilidade do devedor”; isso deve significar que não há automatismo entre “cumprimento das medidas de contenção” e “exclusão” da responsabilidade do devedor, mas sim que o juiz deve avaliar, de acordo com as circunstâncias, se a medida de contenção foi causada exclusivamente por inadimplência ou não; porque, também como homenagem ao título da disposição, que se expressa em termos de inadimplência “decorrente da implementação de medidas de contenção”, se não o foi, a responsabilidade do devedor segue as regras ordinárias.

²³ GABRIELLI, *La excesiva*, cit., p. 13, refere-se a esta situação, e também ecoa o fato de que esta foi a posição doutrinária de BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, pp. 16 e seguintes.

²⁴ Esta hipótese é levantada pelo DOLMETTA, “Rispetto delle misure di contenimento” della pandemia e disciplina dell’obbligazione, Il Caso.it., 11 aprile 2020, pp. 1 e ff: “– il tema che gravita attorno all’ipotesi dell’oggettiva inutilità, per il creditore, di ricevere, per il periodo in essere, la controprestazione: si pensi al caso, quotidiano nella pandemia attuale, del conduttore di contratto di locazione commerciale rispetto all’obbligazione di consentire il pacifico godimento del bene che grava sul locatore]”.

A impossibilidade de fazer um serviço leva, ou deveria levar, à irresponsabilidade da pessoa que tem de fazê-lo, escapa de sua esfera de ação e controle sobre ele. Agora, se o segurado pode pagar o prêmio por meio do banco digital, ele pode realmente se esconder atrás da impossibilidade ou em um estado de alarme que limita os movimentos de circulação?²⁵

Caso contrário, se isso não for viável e um dar ou receber direto não puder ser feito, a questão muda. Isso não implica uma libertação total extintiva, mas uma libertação parcial ou limitada durante aquele período temporário em que o serviço se tornou impossível, mas que pode perfeitamente preservar a continuidade da relação jurídica. Um caso significativo foi julgado pelo Tribunal de Cassação em um caso onde era impossível prestar ou executar o serviço como resultado de uma situação de febre hemorrágica de dengue. A frase analisa a sinalagma funcional e aposta na extinção do contrato²⁶.

²⁵ Assim, BENEDETTI, cit., pp. mesmo sob o regime especial do parágrafo 6-bis, devido à sua natureza, alguns serviços podem normalmente ser realizados sem se envolverem em comportamentos prejudiciais às medidas de contenção (por exemplo, obrigações financeiras, para as quais o acesso à Internet é suficiente), enquanto outros (por exemplo, alguns serviços de fazer ou dar) são mais dificultados pelo afrouxamento da liberdade de movimento e interação com outros; ou, novamente, quando o devedor já estava em estado de inadimplência (porque, por exemplo, já foi avisado pelo credor ou pelo destinatário de uma defesa inadimplente), onde as medidas de contenção não o afetam realmente, se uma situação pré-existente não for consolidada.

²⁶ Assim, a decisão da Corte de Cassação Italiana, de 24 de julho de 2007, nº 16315, examina este sinalagma funcional e a impossibilidade parcial de prestar o serviço, levando a uma redução do serviço ou ao direito de retirada. A impossibilidade total do fornecimento ou serviço (art. 1.463 do CC), que consiste em um impedimento absoluto e objetivo, definitivo do serviço (ver Cass., 16/2/2006, n. 3440; Cass., 22/10/1982, n. 5496; Cass., 6/2/1979, n. 794; Cass., 27/6/1978, n. 3166; [...]), de fato integra um fenômeno de extinção automática da obrigação e rescisão do contrato que constitui a fonte de acordo com os artigos 1.463 e 1.256, 1ª c.o., CC (v. [...] Cass., 14/10/1970, n. 2018), devido ao término da relação de interdependência funcional em que se encontra com o desempenho da chamada contraparte do sinalagma funcional), resultando também na não viabilidade da causa específica do contrato. A impossibilidade parcial (art. 1.464, CC) consiste, ao invés da deterioração da coisa devida, ou mais geralmente na redução material do serviço (ver Cass., 10/4/1995, n. 4119) que resulta numa redução correspondente do benefício de balcão ou do direito de rescisão para a parte que não tem interesse apreciável em manter o contrato, quando o serviço residual é incompatível com a causa concreta do contrato (ver Cass., 15/12/1975, n. 4140). Ao contrário desta hipótese, a impossibilidade de utilizar o serviço não se materializa em um impedimento que impeça a implementação da obrigação, e não assume em si a objetividade executória do devedor. Embora o serviço abstrato ainda possa ser realizado (ver Cass., 27/09/1999, n. 10690), a ausência da possibilidade de atingir o propósito perseguido pelas partes no contrato (no caso, o “propósito de prazer” no qual se justifica o “propósito turístico”) implica a perda dos juros de crédito, como um evento que pertence exclusivamente à esfera do credor. Caso o serviço se torne impossível, a obrigação se extingue pela concorrência das duas causas extintas, a sobreposição da impossibilidade de utilização do serviço extingue efetivamente a relação obrigatória para a chegada do interesse do credor e, conseqüentemente, o contrato que da obrigação constitui a fonte da impossibilidade de realizar a causa concreta relativa. Portanto, a impossibilidade do superintendente de utilizar o serviço deve ser distinguida da impossibilidade do superintendente de prestar o serviço (ver também Cass., 2/5/2006, n. 10138) referida nos artigos 1.463 e 1.464 do CC (ver Cass., 16/2/2006, n. 3440; Cass., 28/1/1995, n. 1037). Deve-se observar, portanto, que a incapacidade do credor de utilizar o serviço, mesmo que não especificamente prevista por lei, constitui, à semelhança da incapacidade de executar o serviço (autônomo), uma causa para a extinção da obrigação (ver Cass., 9/11/1994, n. 9304). Analisa esta decisão em detalhes DI NAPOLI, *Risarcimento del danno da vacanza rovinata*. Santarcangelo di Romagna, 2016, pp. 263 e ss.

Mas o que acontece quando a impossibilidade de desempenho é limitada no tempo? A opção não é tanto de liberar o devedor, mas de adia-lo, embora isso possa efetivamente tornar a relação mais onerosa para a parte, em *bonis*, caso ele tenha feito seu pagamento.

Um *sensu* contrário, não pagamento de prêmios sucessivos ou mesmo fracionados durante o mesmo período de cobertura, mas durante o qual a seguradora é capaz ou está em condições de cumprir sua obrigação de garantir os riscos segurados. Aqui se aplicam as regras do próprio contrato de seguro no caso de não pagamento do prêmio, artigos 14 e 15 do LCS espanhol.

Além disso, devem ser levadas em conta as disposições dos artigos 1.105, 1.184 e 1.258 do Código Civil espanhol, que preveem a liberação do devedor no caso de impossibilidade de concessão dos benefícios devido à existência de um evento fortuito – força maior. A questão não é, por exemplo, buscar a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* com o argumento de que estaríamos diante de uma mera alteração das circunstâncias econômicas, nas quais o desempenho não teria se tornado completamente impossível, mas simplesmente mais oneroso, como se a suposta alteração fosse um dos objetos do contrato que teria alterado o equilíbrio do desempenho.

Analisando caso a caso, haverá circunstâncias que tornarão impossível o desempenho, tanto do ponto de vista objetivo (é economicamente impossível devido à falta de recursos, pagamento do prêmio, por exemplo, e impossibilidade devido à falta de movimentação, a fim de poder verificar a perda e as atividades de reparo) quanto do subjetivo.

A questão é medir o impacto real que esta situação tem sobre o sinalagma, sobre a impossibilidade real ou não da prestação dos serviços, e avaliar se a falha de um ou outro dos sujeitos da relação tem o mesmo efeito sobre o contrato de seguro (esse não parece ser o caso quando, no caso de seguro pessoal, a redução do seguro no caso de não pagamento do prêmio pelo segurado ou pelo segurado preserva a relação jurídica). Devemos então optar por uma suspensão da sinalagma?

Uma anomalia *strictum ius*, que impede a execução do serviço ou mesmo os benefícios, pode chegar ao ponto de exigir que a outra parte sofra qualquer tipo de consequências, mesmo impondo a sobrevivência do contrato se ele for excessivamente oneroso se for preservado nas mesmas condições que as inicialmente previstas em circunstâncias normais?

Podemos continuar confiando no dever ou não de pagar ou executar quando surgirem circunstâncias que impeçam o exercício ou a execução dos serviços, devidos ou não? Podemos continuar a avaliar e considerar como eficiente a causa de um contrato específico se a execução for para uma ou ambas as partes da transação legal, e se não for eficiente ou adequada aos interesses do credor, ele deve aceitá-la? No caso de uma impossibilidade significativa, não seria justo para a outra parte aceitar a relação e a própria sobrevivência da relação contratual, especialmente se ela não obtiver nenhum lucro, vantagem ou simples gozo da sua manutenção²⁷.

²⁷ Sentença de cassação italiana de 20 de dezembro de 2007, n. 26.958, em um caso em que dois cônjuges tinham reservado um hotel, mas na véspera da viagem o marido morreu e a viúva pediu a

Assim, a impossibilidade de execução por força maior, o decreto de estado de alarme, que é a causa de uma pandemia, uma circunstância superveniente, imprevisível e inevitável, pode levar, inequivocamente, à impossibilidade superveniente de execução contratual à qual a cláusula *rebus sic stantibus et aliquid novo non emergentibus*, a teoria da falência ou desaparecimento da base do negócio não é alheia, ou seja, uma alteração extraordinária das circunstâncias no momento da execução do contrato, em relação àquelas simultâneas no momento de sua conclusão. De outro ponto de vista, isso pode significar uma desproporção exorbitante entre as atuações das partes contratantes; que tudo isso ocorre devido à sobrevivência de circunstâncias radicalmente imprevisíveis; e que não há outro meio de reparar e salvar o dano; circunstâncias que são aquelas alegadas pelo réu para se opor à ação de execução contratual²⁸.

resolução da relação comercial devido à impossibilidade da mesma e a restituição do benefício já adiantado. Para o Tribunal de Cassação, a questão era se a impossibilidade do desempenho relevante sob o artigo 1462, CC, poderia ser sustentada não apenas no caso de o devedor não poder reivindicar o desempenho, mas também no caso de o credor não poder desfrutar do desempenho, TRAUQUILLO, L'exceptio doli generalis: tra buona fede e solidarietà costituzionale, in *Hominum causa constitutum. Scritti degli allievi in ricordo di Francesco Realmondo*, Milano, 2009, pp. 223 e ss., p. 233.

²⁸ A decisão da Suprema Corte espanhola de 30 de abril de 2002 resume a doutrina jurisprudencial sobre a superveniência da impossibilidade de desempenho: "Esta Sala, en profusa jurisprudencia, ha abordado las cuestiones de mayor interés que suscita la aplicación de los artículos cuya infracción se denuncia en el recurso, y tiene declarado: 1. La regulación de los arts. 1272 y 1184 (éste se refiere a las obligaciones de hacer aunque la imposibilidad se aplica también, analógicamente, a las obligaciones de dar ex art. 1182, SS. 21 febrero 1991, 29 octubre 1996, 23 junio 1997) recoge una manifestación del principio 'ad impossibilia nemo tenetur' (Sentencias 21 enero 1958 y 3 octubre 1959), que aquí se concreta en la regla de que no existe obligación de cosas imposibles ('impossibilium nulla obligatio est': D. 50, 17, 1185), cuya aplicación exige una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor (Sentencias 15 febrero y 21 marzo 1994, entre otras). 2. La aplicación debe ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística -atendiendo a los 'casos y circunstancias'- (Sentencias 10 marzo 1949, 5 mayo 1986 y 13 marzo 1987), pudiendo consistir en una imposibilidad física o material (la Sentencia de 16 de diciembre 1970 se refiere también a la moral, y la de 30 de abril de 1994 a la imposibilidad económica), o legal, que se extiende a toda imposibilidad jurídica, pues abarca tanto la derivada de un texto legal, como de preceptos reglamentarios, mandatos de autoridad competente, u otra causa jurídica, (Sentencias, entre otras, 15 diciembre 1987, 21 noviembre 1958, 3 octubre 1959, 29 octubre 1970, 4 marzo, 11 mayo 1991 y 26 julio 2000). 3. A la imposibilidad se equipara la dificultad extraordinaria (S. 6 octubre 1994), pero no cabe confundir dificultad con imposibilidad (Sentencias, entre otras, 8 junio 1906, 10 marzo 1949, 6 abril 1979, 5 mayo 1986, 11 noviembre 1987, 12 mayo 1992, 12 marzo 1994 y 20 mayo 1997), ni tampoco cabe medir la imposibilidad con base en el criterio subjetivo del deudor (lo que produciría inseguridad jurídica, según declara la Sentencia 6 octubre 1994), de ahí que se siga un criterio objetivo (Sentencias, entre otras, de 15 y 23 febrero, 12 marzo y 6 octubre 1994). 4. La imposibilidad ha de ser definitiva, por lo que excluye la temporal o pasajera (S. 13 marzo), -que solo tiene efectos suspensivos (S. 13 junio 1944)-, y la derivada de una situación accidental del deudor (S. 8 junio 1906). 5. No cabe alegar imposibilidad cuando es posible cumplir mediante la modificación racional del contenido de la prestación de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida (SS. 22 febrero 1979 y 11 noviembre 1987). 6. Para aplicar la imposibilidad es preciso que no haya culpa del deudor, y no la hay cuando el hecho resulta imprevisible e irresistible (Sentencia 20 marzo 1997). La jurisprudencia la excluye cuando resulta provocada por él (Sentencias 2 enero 1976 y 15 diciembre 1987), o le es imputable (Sentencias 7 abril 1965, 7 octubre 1978, 17 enero y 5 mayo 1986, 15 febrero 1994, 20 mayo 1997), y existe culpa cuando se conoce la causa (Sentencias 15 febrero y 23 marzo 1994, 17 marzo 1997, y 14 diciembre 1998), o se podía conocer (S. 15 febrero 1994), o era previsible (SS. 7 octubre 1978, 15 febrero 1994, 4 noviembre 1999 EDJ 1999/34224), aunque cabe que un cierto grado de previsibilidad no la excluya (S. 23 febrero 1994). La Sentencia de 17 de marzo de 1997 declara que no es aplicable cuando se conocen las limitaciones urbanísticas de la finca. 7. No hay imposibilidad cuando se puede cumplir con un esfuerzo la voluntad del deudor (Sentencias 8 junio 1906, 7 abril 1965, 6 abril 1979, 12 marzo 1994, 20

Caso contrário, a impossibilidade abre a porta para a liberação da obrigação exigida pelas partes, ou para a outra parte, por impossibilidade superveniente devido a circunstâncias imprevistas ou de força maior? Deve-se ter em mente também que a parte em *bonis* foi capaz de fazer um desempenho completo e agora espera a consideração. Isso levaria à extinção da relação e à restituição do que foi emprestado pelo primeiro, mas sem compensação por danos. No entanto, para o seguro, abrimos a possibilidade de retirada unilateral, devido às circunstâncias que ele alega ser uma impossibilidade superveniente para cumprir sua obrigação de pagar o preço ou de fazer o serviço de reparo ou compensação, se houver? No entanto, o que acontece então com os danos sofridos pelo segurado se a indenização, a assistência profissional e, basicamente, um prêmio tiverem sido pagos por riscos que não estão sujeitos, em caso de sinistro, à garantia ou reparo?

É evidente que a solução para a impossibilidade não é idêntica se estivermos diante de dívidas financeiras e outras obrigações, tais como serviços de cuidado. Assim, nos lembramos do quinto ponto da sétima fundação da STS de 19 de maio de 2015 [RJ 2015, 3118]:

En el presente supuesto nos encontramos en presencia de una obligación o deuda pecuniaria o dineraria que son aquellas que tienen por objeto el pago de una suma de dinero (el precio de la compraventa). La doctrina otorga a las deudas pecuniarias una fisonomía jurídica especial, que las distingue del resto de las obligaciones genéricas, a las que anuda una serie de características, entre las que destaca por su relevancia en el objeto del debate, la “perpetuatio obligationis” en el sistema de riesgos. Consecuencia de ello es que: (i) *niegue la imposibilidad del cumplimiento, admitiendo todo lo más el incumplimiento temporal o retraso*, así como que (ii) la falta de cumplimiento de la prestación dineraria conlleva la condena al pago del dinero.

No se les puede aplicar a ellas la imposibilidad sobrevenida de la prestación por tratarse de una obligación genérica al existir siempre el dinero como tal. Se trata de la obligación genérica por excelencia, pues el género nunca perece y, de ahí, que la imposibilidad sobrevenida no extinga aquella.

Conforme al aforismo “genus nunc quam perire consetur”, la insolvencia del deudor no le libera del cumplimiento de su obligación, consistente en la genérica del pago de una suma de dinero. Como señala la sentencia de 17 enero 2013 (RJ 2013, 1819), R. 1579/2010, el artículo 1.182 CC contempla la hipótesis de entregar una cosa determinada y el artículo 1.184 la de una obligación de hacer, ambos referidos a la pérdida de la cosa debida como causa de extinción de la obligación de entregarla, y a la liberación del deudor cuando la prestación de este resultase legal o físicamente imposible, lo que se compadece mal cuando lo pretendido es reclamar el pago de una suma de

mayo 1997, entre otras). La Sentencia de 14 de febrero de 1994 se refiere a observar la debida diligencia haciendo lo posible para vencer la imposibilidad y en la Sentencia de 2 de octubre de 1970 se acogió por haberse agotado las posibilidades de cumplimiento. 8. Para estimar la imposibilidad sobrevenida es preciso que el deudor no se halle incurso en morosidad (art. 1182; y S. 23 febrero 1994)”.

dinero, siendo el dinero una cosa genérica sujeta a la regla de que el género nunca perece.

Corolario de ello es que recoja que “cuando la jurisprudencia admite la aplicación analógica del artículo 1.184 CC a las obligaciones de dar a que se refiere su artículo 1182 (por ejemplo, SSTs de 21 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1518), 29 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7484), 23 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 5201) y 30 de abril de 2002) no lo hace para ampliar el ámbito del artículo 1.182 a las deudas de dinero, sino para admitir la liberación del deudor de cosa determinada no sólo por la pérdida de esta sino también por la imposibilidad legal o fáctica de entregarla (...)”.

Em qualquer caso, a isenção do devedor no caso de um evento fortuito não é absoluta, mas há exceções, como a prevista no artigo 1.105 do Código Civil, uma das quais, por aplicação do princípio do *genus nunquam perit*, é no caso das obrigações de entrega de algo genérico. Nessas circunstâncias, o devedor monetário é obrigado a realizar o desempenho principal, sem ser aliviado dessa obrigação por qualquer dificuldade econômica, já que o que é devido não é algo individualizado que pereceu, mas algo genérico como o dinheiro.

Assim, a decisão supra não é irracional, pois é necessário distinguir entre a impossibilidade superveniente de desempenho, que só afeta a obrigação de entregar uma determinada coisa ou de fazer algo, mas não as dívidas financeiras, e aqueles casos em que o desempenho seria exorbitante ou excessivamente oneroso, de acordo com a doutrina da cláusula “*rebus sic stantibus*”, que opera independentemente do conteúdo do desempenho acordado. Estas são, sem dúvida, ações diversas e, portanto, a importância e relevância para as partes de fixar o objeto. E aponta no ponto 8 da sétima fundação o meritório julgamento: “8. Tal confusão ocorreu nos tribunais, já que o julgamento do primeiro deles trata a questão como se tivesse alegado a cláusula ‘*rebus sic stantibus*’ como doutrina defensiva, enquanto o julgamento (JUR 2013, 126644) recorrido aplica a doutrina que, com base na impossibilidade superveniente, recaiu sobre as obrigações de entregar algo específico e de o fazer, quando na realidade, como já foi suficientemente explicado, a obrigação cujo cumprimento é exigido é uma obrigação pecuniária, especificamente o pagamento do preço de compra”.

Comentado [R011]: Sr. Autor, aplicar recuo?

4. Risco contratual, *alea* e onerosidade excessiva

Para além do risco imediato, que é a causa do contrato de seguro e de toda a sua morfologia estrutural e funcional de delimitação convencional – também legal, mas com um limite claro, evitando a distorção do contrato de seguro se o convencional negar um mínimo essencial, mas nunca definido de cobertura –, existe um risco contratual em todos os negócios, jurídicos que é moldado de acordo com determinadas circunstâncias e pressupostos factuais relativos à configuração de interesses – não raro conflitantes entre as partes – e que pode sofrer mutações ao longo da relação jurídica e causar um desequilíbrio para as partes. Como já avançamos em várias ocasiões neste ensaio, o continente não pode ser separado do conteúdo, do enquadramento legal do negócio, do contrato de seguro, da operação econômica que lhe está subjacente.

Atrás de cada contrato de seguro e para além das funções que desempenha, a função de cobertura e a função de necessidade que levam como peças de um *puzzle* a uma função de segurança e garantia, existe uma operação econômica. Metajuridicamente, talvez pudesse ser incluído neste negócio dimensão convencional e de interesses conflituosos do contrato e que, no final, afetam, delinham e manifestam o seu próprio risco contratual²⁹.

Como resultado, o contrato de seguro, como qualquer outro contrato, é inerentemente equilibrado economicamente. Esse equilíbrio não pode ser preterido ou ignorado de um ponto de vista econômico, uma autorregulação de interesses específicos das partes, não necessariamente opostos ou antagônicos, mas de troca, colaboração e transferência de riscos. Embora o risco e sua avaliação como causa e técnica do contrato de seguro sejam diferentes para a seguradora e para o segurado, eles têm concomitantes e convergências comuns. A lógica econômica do contrato, da própria operação, não é antitética à lógica jurídica. Converge dentro da justaposição de diferentes interesses que o contrato de seguro encarna³⁰. Este equilíbrio deve ser preservado, em última análise, na relação jurídica. Em todos, mas se possível, naqueles contratos de benefícios recíprocos e contínuos no tempo, de natureza sucessiva e bilateral, como um contrato de seguro. Um contrato em que os benefícios são periódicos e o tempo ou período de cobertura é normalmente muito longo.

Mas será este equilíbrio econômico aquele que as partes conferiram *ab initio* da relação jurídica, ainda que, num contrato de adesão, o equilíbrio contratual, pelo menos no que respeita à elaboração das condições ou cláusulas, esteja longe de ser verdadeiro? Como e por que esse equilíbrio muda a tal ponto que leva a um desequilíbrio na relação de longo prazo, levando ao sacrifício econômico de uma das partes ou a uma erosão da proporcionalidade dos serviços prestados? Em que medida o seguro divide o risco de riscos futuros entre as partes que alteram ou podem alterar as regras iniciais do jogo?³¹

No contexto de um contrato de seguro, as partes sem dúvida sabem, *a priori*, ou devem saber, dado o alcance do direito à informação *versus* a obrigação de a fornecer

²⁹ Não é irracional o professor GABRIELLI, *Contribución a la teoría de la imprevisión contractual*. Buenos Aires, 2016, p. 34, quando afirma como “la totalidad de los intereses de los cuales se compone la construcción del acto de autonomía privada se expresan con mayor amplitud a través del concepto de operación económica. Noción que aprecia en su globalidad y complejidad la calidad de los intereses de las partes y la relevancia que en concreto asumen, puesto que ofrece una más amplia y comprensiva representación de éstos respecto al más limitado esquema del tipo contractual”.

³⁰ Nesse sentido GABRIELLI, em FERRI, “Operazioni negoziali ‘complesse’ e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico”, *Diritto e giurisprudenza*, 2008, nº 3, p. 318, em como a noção de operação econômica, como categoria conceitual, identifica uma sequência unitária e composta que compreende a própria regulamentação, todos os comportamentos a ela ligados para a obtenção dos resultados desejados e a situação objetiva em que o conjunto de regras e os demais comportamentos são colocados, já que tal situação também concorre para definir a relevância substancial do ato de autonomia privada.

³¹ GABRIELLI, *Contribuição à teoria da imprevisibilidade contratual*, cit., p. 28, está correto em termos gerais quando argumenta que todo contrato tem o equilíbrio econômico que as partes lhe conferem, de modo que em sua “economia”, entendida como a distribuição do risco de excesso de receita que resulta em cada caso de acordo com as regras de interesse contratualmente estabelecidas, cada serviço sempre e somente tem o valor da contraprestação concedida pela parte contratante interessada em obtê-lo e não um valor de mercado abstrato e objetivo. Neste contexto inegável ATIYAH, *An introduction to the Law of Contract*, 3ª ed., Oxford, 1981, pp. 119 e ss.

por parte da seguradora **ex LOSSEAR**, qual é o volume de risco contratual que assumem e segundo o qual os benefícios e considerações são determinados pela realidade legal. Uma vez escolhido um negócio ou tipo contratual, e se for nomeado, pelo menos nos seus elementos essenciais de negócio ou riscos mínimos segurados, as partes que assinam ou aderem meramente a um negócio bilateral e de adesão conhecem a causa do contrato específico, mesmo que possam ignorar o risco contratual que permeia toda a transação legal.

Comentado [LSF(12): ex-LOSSEAR? Favor verificar.

E neste domínio ou enquadramento existe uma transação econômica que, com o passar do tempo ou devido à ocorrência de determinados eventos extraordinários ou acontecimentos não considerados num esquema de risco ordinário ou normal dada a frequência dos riscos e a sua base atuarial, pode ser completamente alterada e na qual uma das partes, não ambas, suportará as consequências. Pois, diante de uma pandemia que rompe o risco segurado e quebra os moldes pacíficos do tipo contratual, o contrato de seguro, quem realmente assume o risco contratual de tudo mutante e alterando ao ponto de uma relação jurídica poder ser resolvida?

Comentado [R013]: Sr. Autor, favor rever trecho.

Sem dúvida, por mais que as partes tenham delimitado os contornos do contrato ou apólice de seguro específico, um contorno que se realiza num contexto moldado pelas estatísticas, pelo conhecimento dos sinistros habituais, pelo comportamento do segurado e do próprio contrato, no entanto, as circunstâncias e situações da realidade podem ir além deste enquadramento e alargar o do risco contratual, que é delineado, seguindo a opção legal e convencional que as partes aperfeiçoaram ou que uma impôs à outra nas lógicas contratuais.

O fato é que o que é exógeno ao contrato padrão, uma apólice de seguro tradicional, é extremamente complexo e mais rico e pluralista do que este último, de modo que pode estender os conceitos, as áreas, as coberturas, os riscos causais do seguro, os sinistros, os danos que as partes levaram em conta no momento em que o contrato foi feito. Fatos, situações e circunstâncias que podem configurar uma heterocomposição de interesses completamente opostos ou diferentes dos tidos em conta e que acabaram por moldar a política, implicando também uma violação da proporcionalidade sinalagmática dos benefícios.

Os fatos, a realidade pode perfeitamente ressituar, enriquecer para degradar, os fatos legais da relação. O agravamento do risco devido a uma pandemia. O agravamento dos danos que já existiam e que agora não podem ser atendidos ou tratados, reparados ou compensados. A redução do risco como consequência de um estado de alarme num seguro comercial ou apólice multirisco, em que a loja ou estabelecimento está totalmente fechado, não corre qualquer risco de responsabilidade civil para com os clientes, mas aumenta a probabilidade de furtos, furtos ou danos causados pela água etc. Fatos que são expressão de interesses, neste ponto, conflitantes entre o segurado, o lesado e a seguradora e que transcendem a lógica jurídica do contrato e, em suma, a operação econômica que está subjacente a um contrato de seguro e que não corresponde nem a este nem ao sinistro inicial com base no qual o contrato de seguro foi celebrado. E podem fazê-lo alterando ou não simultaneamente o custo efetivo do risco para o segurado. Obviamente, a questão deve ser analisada numa perspectiva clara, nomeadamente se o contraente, o segurado, já cumpriu a sua obrigação ou se esta obrigação ainda não foi cumprida na totalidade ou em parte. Se o contrato é

Comentado [LSF(14): Favor verificar trecho.

Sugestão:
A realidade pode perfeitamente ressituar, enriquecer para degradar, os fatos legais da relação.

unilateral ou tem apenas uma disposição para uma das partes, a lógica é de modificação, mas não de impossibilidade ou onerosidade.

O objeto do contrato sofre mutações, é alterado, muda, e isso significa livrar-se de uma visão estática e imutável do contrato e das suas disposições. A autorregulação nos negócios – sem dúvida imbuída do caráter obrigatório do LCS em determinados pontos – deve ser adaptada às circunstâncias e à conduta que, subsequentemente, afetam o âmbito ou os contornos do risco contratual³².

Se existem interesses “x” entre as partes, e esses tomam a sua forma por meio de uma regulamentação legal via negócio “y”, a lógica obriga-nos a considerar se estes interesses e este negócio (x + y) continuam a convergir ou, pelo contrário, circunstâncias e fatos estranhos à regulamentação e circunstâncias iniciais ou elementos que alteraram a ponderação destes surgiram.

A relação comercial ou jurídica, especialmente o seguro, não é algo estanque ou estático durante toda a sua vida ou período. Os elementos essenciais do negócio ou da relação jurídica mudam, ou podem mudar, tanto causalmente como em termos do objeto, ou seja, tanto a dimensão do risco como o próprio interesse, embora não seja fácil que esta mudança ocorra em todos os seguros³³. E é esta nova realidade que deve agora temperar e equilibrar a relação jurídica, a fim de não distorcer a essência e eficiência do negócio jurídico. Uma transação legal, configurada pelas partes, embora no caso dos seguros, essa configuração seja tão equidistante que só é possível falar dela em hipóteses de seguros de grandes riscos e residuais quando se trata de riscos de massa. E nesta configuração do negócio, a sua dimensão como operação econômica entra, sem dúvida, em jogo. Outra questão é a de calibrar a função e o valor em si que ela gera no contrato de seguro específico. No entanto, uma coisa é clara: o vestuário legal não pode ignorar que, embora o contrato seja um acordo de vontades, subjacente ao seguro está uma garantia, uma operação econômica, dado o contrato de troca entre riscos e preço assumido, e nesta funcionalidade reside a função econômica como uma operação neste sentido³⁴.

³² Sobre este ponto, BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 288, afirmou: “(...) pode-se dizer que o negócio apresenta dois problemas ao sistema jurídico aos quais é dada uma resposta diferente: a necessidade de reconhecer a natureza vinculante da auto-regulação criada, por um lado, e a necessidade de fornecer os meios técnicos adequados para a implementação e regulamentação da mudança de propriedade. O primeiro corresponde à regulamentação do efeito vinculante. (...) por outro lado, o segundo verifica a regulamentação da operação econômica sob o perfil atual. Desta forma, o ato privado cumpre a dupla função de “medir” o efeito vinculante e de fornecer uma base para a regulamentação da relação (operação econômica, mudança de ativos etc.)”.

³³ Assim, GABRIELLI, *Contribución a la teoría de la imprevisión contractual*, Buenos Aires, 2016, p. 37 afirma como a operação econômica muitas vezes funciona, lógica e cronologicamente, de acordo com ritmos e escaneamentos marcados pela sucessão contínua e constante dos elementos formativos do esquema. Portanto, a organização de interesses estabelecida - uma vez suficientemente programada e configurada em suas linhas essenciais em uma estrutura fundamental - encontra uma definição completa no próprio desenvolvimento de seu processo.

³⁴ ROPPO, “Il contratto”, *Tratatto di diritto privato*, [IUDICA/ZATTI (a cura di)], Milano, 2001, p. 10, descreve magistralmente esta situação quando afirma: “o conceito legal-contrato é instrumental para a operação-contrato econômico”.

O que não podemos ignorar é que o ato de autonomia por excelência, o contrato, se baseia numa razão econômica, uma operação em que as partes têm interesses justapostos e nem sempre numa relação de tensão conflituosa, uma vez que também pode ser colaborativo. É a este nível que as partes regulamentam estes interesses, utilizando esquemas jurídico-negociais normalmente tipificados e nomeados, e onde a maior parte da relação, especialmente em um como o seguro, é concebida de forma obrigatória pelo legislador a fim de proteger a parte mais fraca do contrato. O seguro em si não requer uma estrutura empresarial complexa, pelo contrário. A base mútua e a homogeneidade dos riscos facilita esta morfologia e estrutura, sem dúvida, em comparação com outros negócios jurídicos que têm que combinar múltiplas estruturas, que são antitéticas em muitos casos e altamente estruturadas para que possam alcançar um resultado.

A tentação, naturalmente, viria, face à menor alteração no tamanho e composição dos benefícios, e sempre que se pudesse fazer uma cobrança, recorrer ao mecanismo de extinção do contrato. Esta solução, em si mesma, não é satisfatória. De fato, se as dificuldades decorrentes do atual quadro contratual e com base no que as partes acordaram, no nosso caso, o seguro, podem ser ditas no que podemos entender como a *alea* lógica e normal do contrato, não é apropriado defender a rescisão. Assim, dentro deste perímetro ou entendimento da *alea* natural e normal do contrato, a onerosidade deve ser temperada com a busca de um reequilíbrio equitativo das reivindicações e condições que prevaleciam no contrato e que agora marcará um cenário jurídico relativamente novo.

Uma das questões essenciais na análise do alcance da onerosidade excessiva de uma relação contratual é concentrar a nossa atenção, por um lado, no que acontece se o contrato só prevê uma das partes ou se apenas uma delas tem de prestar os seus próprios serviços e, por outro lado, questionar se a instituição é ou não compatível com todos aqueles contratos que são de natureza aleatória. Neste contexto, como a aleatoriedade é uma das características que auxiliam e informam o contrato de seguro, o que não significa que não se possa dizer que o contrato possa ser atribuído a esta categoria, já que estamos tratando de um contrato de câmbio, os riscos são transferidos em troca de um preço, não podemos esquecer como, em certos sistemas legais, as regras e a doutrina mudaram e se redirecionaram para a comutatividade e não para a aleatoriedade no seguro. Aleatoriedade é a ocorrência ou não ocorrência de um evento que, se coberto, irá gerar uma compensação. A *alea* do seguro é incerta.

Tentar entender como as partes de um contrato distribuíram o risco contratual, além do risco do seguro, mas como uma operação econômica, e o seguro é como tantos contratos, deve nos oferecer o panorama do custo e do sacrifício patrimonial que certos eventos podem implicar, circunstâncias, como, nesse caso, uma pandemia ou medidas de contenção resultantes de um estado de alarme significam que, para uma das partes, a preservação do *status quo* inicial de risco e enquadramento contratual ou perímetro e serviços é onerosa, iníqua, desproporcionada e prejudicial para uma delas, mas não para a outra. O serviço parece desproporcionado, sem equilíbrio ou reciprocidade, dando mais do que aquilo que, se alguma coisa, seria recebido.

O valor original, que tornava o risco segurado compatível com o custo do seguro, alterou-se de tal forma que o valor aumentou de um novo e mais oneroso no momento do desempenho ou, no caso de um aumento exponencial do risco segurado real em

relação ao risco contratado, o que leva a seguradora a recorrer a mecanismos compensatórios ou estatutários. A opção é a seguradora cobrir o aumento do risco, ou seja, ou excluir determinados riscos, aumentar o prêmio ou rescindir unilateralmente o contrato.

A questão é discernir se este aumento do custo econômico a ser pago ou assumido por uma das partes é proporcional à consideração dada a irrupção de um evento imprevisível e extraordinário, não considerado no momento da celebração do contrato, mas com a capacidade de alterar todo o conteúdo e valor da relação jurídica. Se o equilíbrio original for quebrado para uma ou mesmo ambas as partes, a dualidade é clara, seja reequilibrando o contrato proporcionalmente ou rescindindo-o. Mas numa apólice de seguro, é possível, admissível, ir ao processo de resolução e deixar certos riscos sem cobertura e, do ponto de vista da seguradora, pode o período de cobertura ser constante com este aumento desproporcionado dos riscos?

Simplemente, se o serviço permanece constante no seu custo para o segurado, mas o risco segurado foi reduzido a uma relação absolutamente marginal e, além disso, a situação deste novo estado de risco, cuja variabilidade com o estado inicial perfeito é evidente, é prolongada no tempo, o contrato torna-se totalmente oneroso para o segurado e até mesmo a sobrevivência do contrato é questionável se o risco desapareceria ou mesmo se beirava o zero. E, a *contrario sensu*, a mesma coisa acontece da outra perspectiva, a do aumento agravado do risco quando este se torna absolutamente desproporcional entre o risco contratado e o risco real que a seguradora deve agora cobrir se o contrato não for modificado.

A diferença é que o legislador ativa mecanismos compensatórios ou de resolução em caso de agravamento do risco para a seguradora praticamente imediatamente e, no entanto, os dilui ao longo do tempo para o segurado em caso de diminuição do risco. A isso devemos acrescentar a dimensão temporal desta alteração de risco. Em outras palavras, quanto tempo dura um estado de alarme e as medidas que o restringem e que afetam o risco segurado e, portanto, indiretamente, o caráter oneroso do contrato³⁵.

O seguro não deveria proteger contra o risco de um agravamento imprevisível das condições das prestações do segurado? Mas e se esta deterioração for previsível?

³⁵ Ressalta GABRIELLI, *La excesiva onerosidad*, cit., p. 24, como se, a partir da comparação assim feita, o desvio fosse significativo, deve-se então considerar que o devedor pode processar a outra parte (ou, na ausência de acordo, o juiz) para a determinação da extensão da redução da execução ou da modificação do modo de execução do contrato, com o objetivo de restaurar a equidade, com a consequência adicional de que, onde o serviço é indivisível ou de alguma forma capaz de ser reduzido, as dificuldades devem operar da mesma forma que uma causa de impossibilidade; ou seja, como uma causa para a rescisão do contrato. Gabrielli ressalta que a razão para o tratamento diferenciado da hipótese de um contrato com obrigações por parte de apenas uma parte e de um contrato com execução recíproca é que, de acordo com esta interpretação, a parte obrigada a rescindir o contrato não seria necessariamente obrigada, para evitá-lo, a oferecer à outra parte uma redução da execução devida por esta última, ou uma modificação dos métodos de execução do contrato suficiente para adequá-lo à equidade, e poderia também oferecê-lo – com base na diferente redação do art. 1.467, parágrafo final, em comparação com o artigo 1.468 e o princípio da preservação do contrato, um aumento do serviço devido ou uma modificação da forma de execução do contrato. Em resumo, ela se oferece para alinhar novamente o contrato com a modificação do próprio desempenho, de modo a torná-lo adequado ao aumento de preço ou custo daquilo que se tornou excessivamente oneroso, o que, portanto, permaneceria inalterado.

Uma transação legal sem proporcionalidade nos benefícios e custos econômicos para as partes tem poucas probabilidades de cumprir a sua função subjacente.

O negócio, a relação jurídica que decorre da autonomia empresarial das partes, mesmo que o segurado não participe na elaboração do contrato e as condições, como é o caso dos seguros, baseia-se na proporção³⁶.

É evidente que, para além do impacto genérico que a pandemia está a ter em todos os setores e atividades do indivíduo, coexistência e atividades econômicas e sociais, não tem, no entanto, a mesma intensidade, ou mesmo impacto em todos os ramos de seguros. Seu impacto nos seguros de saúde, vida e morte não é o mesmo que o de outros setores, como incêndio e roubo ou transporte, especialmente em alguns setores logísticos considerados essenciais, bem como naquelas empresas e os riscos de contágio para seus trabalhadores em comparação com aquelas que fecharam. Do mesmo modo, a pandemia reduziu drasticamente o número de acidentes no seguro de responsabilidade civil para muitas atividades de risco. No entanto, é necessário analisar muito cuidadosamente se isso, e a sua intensidade, mas, sobretudo, a sua duração, pode afetar o equilíbrio da equivalência dos benefícios ou a proporcionalidade³⁷.

É o objetivo, não o subjetivo, que tem e deve prevalecer quando se trata de avaliar e analisar se a relação jurídica, com a ocorrência imprevisível de um evento, neste caso a magnitude de uma pandemia e o subsequente estado de alarme com as suas proibições relativas, é de entidade e essência suficientes para alterar o quadro legal e desfigurar o tipo contratual sob o qual a relação jurídica de seguro está coberta, devido à sua desproporcionalidade. Onde colocamos o limite do que é admissível e onde esgotamos a via de extinção é algo que o jurista deve subscrever com base na avaliação casuística e econômica do contrato e na incidência real do fato que causa essa onerosidade e, portanto, imprevisível, com o qual, *a priori*, as partes não contavam e que não podiam descontar ou valorizar na fase pré-contratual.

Também se deve ter em conta que é impossível prestar o serviço face a custos excessivos. Uma impossibilidade objetiva de desempenho liberta o devedor desta obrigação? E, *a contrario sensu*, uma onerosidade superveniente afeta a proporcionalidade e a equivalência do valor dos serviços. Isso leva-nos inevitavelmente a questionar se esta libertação é ou não justa ou se deve, de qualquer forma, visar, ou pelo menos tentar, reequilibrar e recondicionar a relação jurídica *ex novo*, pelo menos nas áreas relevantes para o risco contratual que as partes devem agora assumir e que

³⁶ Em certa medida, a manifestação deste princípio de proporcionalidade dos serviços é a rescisão do contrato por dificuldades excessivas. Assim, GALGANO, Il negozio giuridico. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, [CICU/MESSINEO (Dirs.)], Milano, 1988, pp. 468 e ss.

³⁷ Como bem assinala GABRIELLI, *La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación*, cit., pp. 37 e 38, a onerosidade deve ser examinada, no que diz respeito à sua excessiva, com referência ao desempenho considerado em sua objetividade e não com referência à situação subjetiva na qual o devedor se encontra. As duas situações (dificuldade e dificuldade de desempenho) operam em diferentes níveis de avaliação da relação deduzida no contrato e, portanto, não são suscetíveis de assimilação ou sobreposição na avaliação dos termos de desempenho. A mera dificuldade de desempenho nunca pode assumir qualquer significado para fins de julgamento da natureza onerosa do desempenho, pois esta é uma situação relativa à esfera subjetiva do devedor, na medida em que afeta sua capacidade econômica de desempenho, mas não o desempenho do serviço considerado em sua conotação objetiva.

se alterou de acordo com o que foi tido em conta na conclusão da transação legal³⁸. Diante de uma dialética de confronto e extinção, surge outra de cooperação e reequilíbrio contratual entre as partes do negócio.

Finalmente, a onerosidade não só deve ser produzida, moldada, mas ser objetiva ao mesmo tempo. A objetividade é alcançada por meio do contraste do que agora “custa” ou do valor do desempenho de uma parte com o inicialmente acordado na transação. É o valor intrínseco desse desempenho que deve ser levado em conta. Não a situação do devedor ou a capacidade de pagamento ou solvência do devedor. O aspecto subjetivo cede à própria objetividade da consideração³⁹. E a essa objetividade de valor e custo, que nada mais é do que o sacrifício ou preço mais alto do serviço, junta-se a variável tempo.

De fato, os contratos nem sempre significam que as partes cumpram as suas obrigações no mesmo período. Pode ser simultânea, mas também diferida no tempo. Às vezes, em unidades marginais, como após o pagamento do primeiro prêmio, a cobertura real do seguro pela seguradora começa a zero horas no dia seguinte em que o benefício foi concedido. Então, na continuidade da relação e nas obrigações constantes, situações como o risco podem alterar completamente a equação prêmio/cobertura e tornar-se mais onerosas para uma das partes. Estamos falando, logicamente, de contratos puros e eficazes, não sujeitos, por exemplo, a uma condição suspensiva. É o momento do cumprimento que expressa, em primeiro lugar, a divergência de valor e o conseqüente caráter oneroso do equilíbrio risco/premium acordado no momento perfeito ou alargado todos os anos no final e início de um novo período de cobertura. É esta segunda variável, após a objetividade do custo ou novo valor do benefício devido a um evento imprevisível que tenha alterado circunstancialmente todos os parâmetros considerados pelas partes – e significativamente o âmbito dos benefícios interligados, dado que quanto menor a exposição ao risco, menor o prêmio ou, quando apropriado, maior o risco, o aumento do prêmio ou o cancelamento –, que acabará por determinar o resultado real do contrato. Uma vez que a opção de rescisão só é considerada a favor da seguradora com o aumento do risco, mas não com a diminuição do risco, o risco do contrato será determinado pelo risco da seguradora⁴⁰.

³⁸ Os postulados de BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 189, ainda são válidos e para quem, no caso da impossibilidade superveniente da execução não atribuível ao devedor, e se este último for liberado, o problema é saber quem deve suportar o risco contratual. No caso de dificuldades, o evento não resulta, em princípio, na liberação do devedor, mas levanta um problema de compartilhamento de riscos que vão além do escopo normal do contrato, de modo que, neste caso, o evento que ocorre apresenta uma carga excessiva de desempenho que depende de eventos imprevisíveis e extraordinários.

³⁹ Como bem aponta GABRIELLI, *La Excessive Burdensomeness*, cit., p. 37, as duas situações (carga e dificuldade de desempenho) operam em diferentes níveis de avaliação da relação deduzida no contrato e, portanto, não são suscetíveis de serem assimiladas ou sobrepostas na avaliação dos termos de desempenho. A mera dificuldade de desempenho nunca pode assumir qualquer significado para fins de julgamento da natureza onerosa do desempenho, pois esta é uma situação relativa à esfera subjetiva do devedor, na medida em que afeta sua capacidade econômica de desempenho, mas não o desempenho do serviço considerado em sua conotação objetiva.

⁴⁰ Afirma GABRIELLI, *La excesiva onerosidad*, cit., p. 40, como o intervalo de tempo existente no momento da conclusão do contrato e de seu desempenho é, portanto, um elemento de grande importância para o propósito de identificar as dificuldades excessivas envolvidas no desempenho.

Quanto tempo deve durar esta situação e qual deve ser o impacto real que as novas contingências circunstanciais têm sobre os benefícios e, em suma, sobre o contrato, são as variáveis que devem ser medidas e contra as quais devem ser tomadas medidas. Nem um intervalo de tempo curto, nem uma unidade de tempo grande ou longa. É suficiente que tenha um impacto na essência das obrigações sinalagmáticas. E é o momento do pagamento, da realização material do benefício que normalmente serve como termômetro do valor das obrigações. Mede, em suma, o desequilíbrio potencial entre o valor presente e o valor inicial e original do serviço que o devedor deve e deve agora, em circunstâncias diferentes, realizar. O outro desequilíbrio, o do desempenho contra a consideração ainda não realizada e, portanto, devida, está em outro nível. Um problema à parte é quando uma das partes já se apresentou.