

16

JUL/SET 2023

Vol. 04 Nº 16

Coordenadores

Angélica Carlini

Flávio Tartuce

Pablo Malheiros da Cunha Frota

Conselho Editorial

Anderson Schreiber

Carlos Nelson Konder

Carlos Roberto Gonçalves

Cláudia Lima Marques

Ênio Santarelli Zuliani

Eroulths Cortiano Jr.

Everilda Brandão

Giselda Maria F. Novaes Hironaka

Gustavo Andrade

Gustavo Tepedino

Heloisa Helena Barboza

Jones Figueirêdo Alves

José Fernando Simão

José Luiz Gavião de Almeida

Luis Felipe Salomão

Maria Helena Diniz

Marília Pedroso Xavier

Maurício Bunazar

Nestor Duarte

Paulo Dias Moura Ribeiro

Paulo Lôbo

Silmara Juny de Abreu Chinellato

Sílvio de Salvo Venosa

Zeno Veloso (*in memoriam*)

Revista Brasileira de

Direito Contratual

LEX MAGISTER

IBDCONT

Revista Brasileira de Direito Contratual

Ano IV – Nº 16

Jul-Set 2023

Coordenadores

Angélica Carlini – Flávio Tartuce – Pablo Malheiros da Cunha Frota

Conselho Editorial

Anderson Schreiber – Carlos Nelson Konder
Carlos Roberto Gonçalves – Cláudia Lima Marques – Ênio Santarelli Zuliani
Eroulths Cortiano Jr. – Everilda Brandão – Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka
Gustavo Andrade – Gustavo Tepedino – Heloisa Helena Barboza
Jones Figueirêdo Alves – José Fernando Simão – José Luiz Gavião de Almeida
Luis Felipe Salomão – Maria Helena Diniz – Marília Pedroso Xavier
Maurício Bunazar – Nestor Duarte – Paulo Dias Moura Ribeiro – Paulo Lôbo
Silmaria Juny de Abreu Chinellato – Sílvio de Salvo Venosa – Zeno Veloso (*in memoriam*)
Andrea Signorino Barbat (Uruguai) – Andrés Mariño López (Uruguai)
Andrés Varizat (Argentina) – Angelo Viglianisi Ferraro (Itália)
Arturo Caumont (Uruguai) – Cristián Banfi Del Río (Chile)
Enrique Varsi (Peru) – Fernando Araújo (Portugal)
Gabriel Jayme Vivas Diez (Colômbia) – Paula Vaz Freire (Portugal) – Roger Vidal (Peru)

Colaboradores deste Volume

Beatriz Sôñora Ferreira Silva – Calil Pellaes Mekanna – Cesar Calo Peghini
Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas – Crithian Marciano
Cristiano Taverni Alves de Lima – Eveline Denardi – Flávio Tartuce
Gustavo Augusto Bastos Domingos – João Pedro de Oliveira de Biazzi
Juliana Torresan Ricardino – Márcia Walquiria Batista dos Santos – Mariana Salmazo Yabuya
Pedro Athayde Rabelo Valadares Viegas – Rodrigo da Silveira Barcellos
Rogério Ribeiro de Carvalho – Romualdo Aparecido Callegari – Sandra Morais de Brito Costa
Sergio Rodrigo Martinez – Victor Willcox – Yasmin Fauze Mahmoud

LEX MAGISTER



Revista Brasileira de Direito Contratual

Publicação trimestral da Editora Magister à qual se reservam todos os direitos, sendo vedada a reprodução total ou parcial sem a citação expressa da fonte.

A responsabilidade quanto aos conceitos emitidos nos artigos publicados é de seus autores.

Artigos podem ser encaminhados para o e-mail: editorial@editoramagister.com.br. Não devolvemos os originais recebidos, publicados ou não.

As íntegras dos acórdãos aqui publicadas correspondem aos seus originais, obtidos junto ao órgão competente do respectivo Tribunal.

Esta publicação conta com distribuição em todo o território nacional.

A editoração eletrônica foi realizada pela Editora Magister, para uma tiragem de 5.000 exemplares.

Revista Brasileira de Direito Contratual

v. 1 (out./dez. 2019). – Porto Alegre: Magister, 2019.

Trimestral.

v. 16 (jul./set. 2023)

Coordenadores: Angélica Carlini, Flávio Tartuce e Pablo Malheiros da Cunha Frota

ISSN 2674-967X

1. Direito Contratual – Periódico.

CDU 347.4(05)

Ficha catalográfica: Leandro Augusto dos Santos Lima – CRB 10/1273

Capa: Editora Magister

Editora Magister

Diretor: Fábio Paixão

Alameda Coelho Neto, 20

Boa Vista – Porto Alegre – RS – 91340-340

Apresentação

Apresento o décimo sexto número da nossa *Revista Brasileira de Direito Contratual* (jul./set. 2023) com onze artigos, com temas diversos que aguçam o estudo em direito contratual.

Flávio Tartuce aborda como o Superior Tribunal de Justiça tratou o instituto da simulação nestes 20 anos de vigor do Código Civil de 2002, bem como “o enquadramento do instituto da reserva mental, com reduzida incidência prática no Brasil, como simulação”.

Eveline Denardi e *Juliana Torresan Ricardino* trabalham com os desafios advindos da aplicação dos Comitês de Resolução de Disputas nos processos licitatórios em entidades do “Sistema S”, tendo por parâmetro a Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e *Pedro Athayde Rabelo Valadares Viegas* lidam com a temática relacionada à incidência do fato jurídico morte na execução do contrato de locações de imóveis.

João Pedro de Oliveira de Biazi e *Cristiano Taverni Alves de Lima* açambarcam os influxos da ESG e da boa-fé objetiva no que toca à extinção da relação contratual de duração por condutas que contrariem os fatores ESG.

Victor Willcox reflete sobre como as condições gerais contratuais de gerenciamento de riscos podem reduzir o risco moral no contrato de seguro, por meio de análise doutrinária e judicativa.

Sergio Rodrigo Martinez e *Cristhian Marciano* estudam como pode ser aplicada a *blockchain* do *Ethereum* no espaço dos negócios jurídicos digitais, tendo em vista o seu potencial disruptivo nos negócios jurídicos operados de forma costumeira.

Cesar Calo Peghini e *Mariana Salmazo Yabuya* tratam do controverso tema da validade e eficácia da convenção de arbitragem no procedimento arbitral à luz da doutrina, da legislação arbitral brasileira e de julgados de tribunais pátrios.

Márcia Walquiria Batista dos Santos, *Romualdo Aparecido Callegari* e *Sandra Moraes de Brito Costa* abordam os acordos internacionais de comércio, por meio dos contratos, das estratégias, dos benefícios e da função social dos negócios jurídicos.

Beatriz Sôñora Ferreira Silva e Rogério Ribeiro de Carvalho lidam com a possibilidade (ou não) de respeito ao direito à moradia, caso seja (ou não) aplicada a teoria do adimplemento substancial nos contratos do programa social de habitação “Minha Casa Minha Vida”.

Gustavo Augusto Bastos Domingos trata do dever de renegociar no direito internacional, que pode “ser visto como um dever entre os contraentes ou uma mera faculdade, onde as partes devem expressamente colocá-la como cláusula, a fim de possibilitar o reajuste contratual”.

Rodrigo da Silveira Barcellos, Calil Pellaes Mekanna e Yasmin Fauze Mahmoud estudam a extensão da caracterização dos contratos de adesão “à luz do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor. Além disso, foi trazida a visão prática, do entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos contratos de adesão, em relações de consumo”.

Percebe-se que a temática acima instiga o estudo qualitativo do Direito Contratual e reforça o objetivo do IBDCONT de engrandecer a construção de um direito dos contratos voltados à contemporaneidade, sem olvidar das bases teórico-práticas do direito contratual construídas no Direito brasileiro e estrangeiro. Excelente leitura.

Brasília, 4 de setembro de 2023.

Pablo Malheiros da Cunha Frota

Coordenador da Revista Brasileira de Direito Contratual

Sumário

Doutrina

1. A Simulação nos 20 Anos de Código Civil de 2002 e a sua Aplicação Jurisprudencial
Flávio Tartuce 7
2. Os Desafios Relacionados à Aplicação dos Comitês de Resolução de Disputas nos Processos Licitatórios em Entidades do “Sistema S”
Eveline Denardi e Juliana Torresan Ricardino..... 23
3. A Incidência do Fato Jurídico Morte na Execução do Contrato de Locações de Imóveis
Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Pedro Athayde Rabelo Váldares Viegas..... 41
4. ESG e Boa-Fé Objetiva: a Extinção dos Contratos de Duração por Condutas que Contrariem os Fatores ESG
João Pedro de Oliveira de Biazi e Cristiano Taverni Alves de Lima..... 67
5. Seguro, Risco Moral e Cláusulas de Gerenciamento de Riscos
Victor Willcox..... 80
6. A Blockchain do Ethereum e sua Aplicabilidade no Espaço dos Negócios Jurídicos Digitais
Sergio Rodrigo Martinez e Cristhian Marciano 95
7. Considerações sobre a Controvérsia da Validade e Eficácia da Convenção de Arbitragem no Procedimento Arbitral
Cesar Calo Peghini e Mariana Salmazo Yabuya..... 118
8. Acordos Internacionais de Comércio: Contratos, Estratégias, Benefícios e Função Social
Márcia Walquiria Batista dos Santos, Romualdo Aparecido Callegari e Sandra Moraes de Brito Costa 138
9. O Direito à Moradia: a Questão da Teoria do Adimplemento Substantial nos Contratos do Programa Social de Habitação “Minha Casa Minha Vida”
Beatriz Sôñora Ferreira Silva e Rogério Ribeiro de Carvalho 159
10. O Dever de Renegociar no Direito Internacional
Gustavo Augusto Bastos Domingos..... 176
11. A Extensão da Caracterização dos Contratos de Adesão
Rodrigo da Silveira Barcellos, Calil Pellaes Mekanna e Yasmin Fauze Mahmoud 190

Seguro, Risco Moral e Cláusulas de Gerenciamento de Riscos

VICTOR WILLCOX

Mestre e Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ; Pesquisador-Visitante (Postdoctoral Fellow) no Instituto de Estudos Políticos de Paris (Sciences Po); Professor da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio; e-mail: victorwillcox@gmail.com.

RESUMO: O trabalho pretende examinar os instrumentos legais e contratuais de mitigação do risco moral no contrato de seguro. Dentre estes últimos, destacam-se as chamadas cláusulas de gerenciamento de riscos, pelas quais se estipulam condutas de controle do risco exigíveis do segurado. Ao longo do trabalho, com respaldo jurisprudencial, pretende-se delinear os limites à estipulação de deveres de conduta dessa natureza.

PALAVRAS-CHAVE: Seguro. Risco. Gerenciamento.

SUMÁRIO: 1 O Problema do Risco Moral no Contrato de Seguro. 2 Instrumentos Legais e Contratuais de Mitigação do Risco Moral. 3 Cláusula de Gerenciamento de Riscos: Validade e Limites à Autonomia Privada. 4 Considerações Finais.

1 O Problema do Risco Moral no Contrato de Seguro

No decorrer da disciplina legal do contrato de seguro, almeja-se evitar que o segurado se comporte de forma menos diligente e cuidadosa para com o bem jurídico objeto da garantia, por estar ciente de que as consequências de sua conduta não serão por ele suportadas, mas, sim, pelo segurador.

Tem-se denominado *moral hazard* – risco moral, em português¹ – a objeção à possível mudança de comportamento do segurado, que, após a contratação do seguro, supostamente perderia o incentivo para zelar pela

1 Há quem sustente a inexistência de uma tradução precisa do termo *moral hazard* para o português, tal como argumenta Eduardo Lundberg: “A situação paradoxal bastante comum de proteger prejudicando é o que a literatura especializada denomina problema do ‘*moral hazard*’. A tradução literal normalmente utilizada no Brasil (‘risco moral’) não é feliz, pois dá a falsa impressão de que estamos tratando de uma regra ou proteção imoral ou ilegítima, quando na verdade o conceito trata do risco de gerar, em paralelo ao objetivo almejado, comportamentos inadequados que podem anular os benefícios pretendidos, prejudicando até mesmo a atividade a que se quer proteger” (LUNDBERG, Eduardo. O paradoxo de proteger prejudicando: considerações sobre operações de crédito no Brasil. *Valor Econômico*, São Paulo, p. A-7, 17/01/2001).

preservação do bem e, assim, evitar o sinistro. Richard Posner observa que o termo em aprego descreve o incentivo que o seguro pode criar, no sentido de levar à prática do ato contra o qual se buscou a proteção por meio da garantia, uma vez que o custo é transferido à seguradora².

Conquanto se trate de uma controvérsia desenvolvida nos Estados Unidos e intrinsecamente ligada à análise econômica do direito³, o seu estudo tem-se difundido também nos países de tradição romano-germânica, paralelamente ao desenvolvimento do mercado securitário. Na doutrina italiana, Vincenzo Ferrari pondera que a alocação do risco por meio do contrato de seguro pode ser considerada ótima se houver cobertura securitária plena – impedindo que o segurado efetivamente suporte os riscos segurados – e se, ao mesmo tempo, se conseguir elidir o *moral hazard*⁴. Na doutrina portuguesa, o tema do risco moral foi magistralmente examinado por Maria Inês de Oliveira Martins:

“As situações de ‘desalinhamento de incentivos’ (*misalignment of incentives*) são aquelas em que os sujeitos não suportam a totalidade das consequências dos seus actos: não são inteiramente recompensados pelo que fazem, ou não têm que suportar a totalidade dos custos por aquilo que fazem. Ora, detecta-se uma correlação positiva entre a suportação do risco e a existência de incentivos para o minorar. Assim, quando o risco é suportado pelo próprio sujeito, há um incentivo a substituir a perda incerta causada pela materialização do risco por um gasto certo em precaução. Inversamente,

-
- 2 “The term refers to the incentive that insurance can create to commit the act insured against, since the cost is shifted to the insurance company. An example is the incentive to burn down one’s house if the house is insured for more than its value to the owner. Or suppose, having somehow persuaded an insurance company to insure you against liability for breach of contract, you hire a contractor to build an extension on your house and after he has completed his work you refuse to pay him, and, when he sues, you turn the claim over to the insurance company” (*Krueger International, Inc. v. Royal Indemnity Co.*, 481 F.3d 993, 996, 7th Cir. 2007). Veja-se, também, na literatura americana, Kenneth J. Arrow: “One of the limits which has been much stressed in insurance literature is the effect of insurance on incentives. What is desired in the case of insurance is that the event against which insurance is taken be out of the control of the individual. Unfortunately, in real life this separation can never be made perfectly. The outbreak of fire in one’s house or business may be largely uncontrollable by the individual, but the probability of fire is somewhat influenced by carelessness, and of course arson is a possibility, if an extreme one” (ARROW, Kenneth J. *Uncertainty and welfare economics of medical care*. *The American Economic Review*, 5, 1963, p. 961).
 - 3 O impacto, no direito, das ações humanas destinadas à obtenção de eficiência econômica deve ser objeto da aferição parcimoniosa. Acerca da análise econômica do direito, Perlingieri pondera: “Tal perspectiva, prescindindo da credibilidade dos resultados aplicativos, é criticável em si como metodologia, pela sua unilateralidade e pela substancial função individualista, materialista e conservadora certamente em contraste com a legalidade constitucional: o mercado não é critério autônomo de legitimidade. (...) *A economic analysis*, como teoria global do direito conforme a uma racionalidade de mercado, postula que todas as avaliações devam se esgotar no perfil econômico. Não é assim: as soluções jurídicas são adotadas sobretudo com base no consenso político, de forma que o ‘pauconomismo’ é desorientador porque desprovido de parâmetros valorativos próprios do ordenamento jurídico. (...) O economista deve se esforçar de ler não somente a realidade econômica, mas a fenomenologia complexa à qual essa realidade pertence; o jurista deve se esforçar de ler não somente as leis, mas também a realidade da qual a economia é parte essencial. Todavia, não se coloca em termos de relação lógica entre forma e conteúdo. O direito não é somente esquema de qualificação, mas, ao avaliar os comportamentos econômicos, é necessário determinar o seu conteúdo” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 106-108).
 - 4 “L’allocazione del rischio realizzata da un contratto di assicurazione è ottimale quando raggiunge due scopi: a) copertura assicurativa piena, e cioè eliminazione della sopportazione del rischio da parte dell’assicurato; b) elisione del moral hazard, prevedendo che il comportamento dell’assicurato incida sulla determinazione del premio.” (FERRARI, Vincenzo. *Nuovi profili di diritto delle assicurazioni: il fatto assicurativo*. Milão: Giuffrè, 2003. p. 19)

não sendo o risco suportado pelo próprio sujeito, não haverá incentivo para incorrer em gastos com precaução, já que não impende sobre o sujeito a possibilidade daquela perda incerta; mais: se aquela suportação do risco por terceiro trazer ao sujeito uma vantagem no caso de materialização do risco – *v.g.*, por se traduzir numa prestação monetária que o sujeito valore mais do que o bem exposto ao risco –, poderá mesmo haver interesse em provocar tal materialização. Estas últimas situações retratam a ocorrência de *risco moral* (*moral hazard*), que refere, em suma, os problemas de desalinhamento de incentivos em que os sujeitos, não suportando a totalidade das consequências dos seus actos, prosseguem o seu interesse próprio com detrimento para os interesses alheios.”⁵

Nessa linha, tem-se objetado que a operação de seguro provocaria uma “erosão dos incentivos das partes no sentido de manterem uma conduta minimizadora de riscos”⁶. Constatado este potencial problema comportamental, torna-se necessário que o ordenamento jurídico proveja “incentivos que façam alinhar os interesses do segurado com os do segurador”⁷.

Há quem distinga o *moral hazard* do *morale hazard*. O primeiro consistiria no comportamento deliberado e doloso do segurado no sentido de provocar o sinistro e, com isso, buscar locupletamento. Para Donati, a vedação à cobertura securitária para atos dolosos do segurado decorreria de um imperativo moral e de ordem pública, na medida em que reconhecer a cobertura securitária de tais atos geraria um incentivo à provocação dolosa de sinistros, agredindo a ordem pública⁸.

Ao comentar a vedação à cobertura de atos dolosos no direito português, Maria Elisabete Romes Gamos a correlaciona à necessidade de se evitar o risco moral:

“A ‘perversidade’ própria do dolo projecta-se na particular relação de seguro enquanto *provocação consciente e voluntária do sinistro*. Já se vê que a manutenção da cobertura em caso de dolo potenciaria o ‘risco moral’; induziria comportamentos não diligentes; de alguma forma, premiaria quem representou o sinistro e quis produzi-lo. (...) Perante esta subversão contratual provocada pelo dolo, consolidou-se no direito comparado a libertação do segurador da obrigação de realizar a prestação a que estava

5 MARTINS, Maria Inês de Oliveira. Risco moral e contrato de seguro. In: NUNES, António José Avelãs; CUNHA, Luís Pedro; MARTINS, Maria Inês de Oliveira (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 645.

6 ARAÚJO, Fernando. A eficiência do “anti-seguro” e da “responsabilidade decrescente”: uma análise económica dos contratos. In: *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. v. I. p. 916.

7 RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores*: entre a exposição ao risco e a delimitação de cobertura. Coimbra: Almedina, 2010. p. 39.

8 Para o autor, tratar-se-ia de uma exclusão legal do risco baseada no “principio generale della morale e dell’ordine pubblico che preside alla validità dei contratti (...)”, riconoscere lecita l’assicurazione dell’evento doloso significherebbe dare vita libera ai sinistri dolosi fortemente immorali e perturbativi dell’ordine pubblico” (DONATI, Antigono. *Trattato del diritto delle assicurazioni private*. Milão: Giuffrè, 1952. v. 2. p. 137).

vinculado. Mais precisamente, em face da provocação dolosa do sinistro *não se constitui qualquer direito para o segurado* nem qualquer obrigação para o segurador, porquanto o que se produziu foi um sinistro que o segurador não assume nem o contrato garante.”⁹

No ordenamento jurídico brasileiro, o art. 762 do Código Civil prevê que “nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro”.

O *morale hazard*, por sua vez, consistiria na indiferença do segurado em relação à ocorrência do sinistro, levando à “potenciação do descuido ou levandade do sujeito que leve ao aumento da probabilidade ou dimensão do sinistro”¹⁰. A fim de ilustrar a diferença terminológica entre *moral hazard* e *morale hazard*, Francisco de Assis Braga cita os seguintes exemplos:

“O *moral hazard* diz respeito àquele segurado que contrata seguro de má-fé, já com o objetivo de fazer dinheiro – o risco, para ele, vai depender da sua própria vontade, deixando, pois, de ser algo aleatório.

O outro tipo de *hazard*, o *morale*, com ‘e’ no final, é aquela postura do segurado que, exatamente por ter feito o seguro, se torna indiferente em relação à sorte do bem que segurou. Se determinada pessoa não tem seguro, por exemplo, ela só deixa seu carro em estacionamentos, mantém o sistema de alarme do carro funcionando adequadamente, etc.; depois que a mesma pessoa contrata o seguro, esquece isso tudo, deixa o carro em qualquer lugar, se o sistema de alarme pára de funcionar, ela não corrige o defeito, e age assim exatamente porque tem seguro.”¹¹

É recorrente, ainda, a distinção entre as hipóteses de risco moral *ex ante* e *ex post*, conforme a ação desidiosa do segurado tenha ocorrido antes do sinistro, contribuindo para a sua ocorrência, ou posteriormente a ele, quando o segurado deixar de tomar as cautelas necessárias para mitigar as suas consequências danosas¹².

Constatado, empiricamente, o problema do risco moral, impõe-se ao operador do direito a criação de mecanismos de se obviá-lo. Passa-se a analisar, pois, se o ordenamento jurídico brasileiro possui remédios suficientes para desencorajar o comportamento desidioso do segurado, coibindo-se o risco moral.

9 RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *O seguro de responsabilidade civil dos administradores*: entre a exposição ao risco e a delimitação de cobertura. Coimbra: Almedina, 2010. p. 398-399.

10 MARTINS, Maria Inês de Oliveira. Risco moral e contrato de seguro. In: NUNES, António José Avelãs; CUNHA, Luís Pedro; MARTINS, Maria Inês de Oliveira (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 649.

11 BRAGA, Francisco de Assis. *Contrato de seguro*: a técnica, do risco ao sinistro. São Paulo: IBDS, 2003. p. 17.

12 MARTINS, Maria Inês de Oliveira. Risco moral e contrato de seguro. In: NUNES, António José Avelãs; CUNHA, Luís Pedro; MARTINS, Maria Inês de Oliveira (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 650.

2 Instrumentos Legais e Contratuais de Mitigação do Risco Moral

O ordenamento jurídico brasileiro possui um arcabouço de remédios destinados à prevenção do risco moral no âmbito do seguro, consoante se demonstrará a seguir. Sedimentou-se, doutrinariamente, o entendimento de que a cláusula geral da boa-fé objetiva impõe deveres anexos às partes¹³. Especificamente no âmbito do contrato de seguro, o art. 765 do Código Civil prevê que “o segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade”, ratificando a especial relevância da boa-fé nas relações securitárias, em sintonia com o que, nos países da *common law*, se tem chamado de *utmost good faith*¹⁴.

Nessa linha, Judith Martins-Costa enfatiza a relevância da boa-fé, em suas acepções subjetiva e objetiva, durante a celebração e a vigência do contrato de seguro:

“É nesse entrecruzar de normas jurídicas providas de diversas searas e na presença de estrutura agregadora de múltiplos interesses que atua a boa-fé no seguro, tradicionalmente classificado dentre os contratos *uberrimae fidei*. Porém, aqui – novamente – é preciso distinguir entre o signo linguístico ‘boa-fé’ e os seus significado e função, pois o papel tradicional da boa-fé no seguro apresenta-se modificado. Na *sociedade do risco*, são distintas as imputações do risco e é acrescido o papel operativo da boa-fé respeitavelmente a esse contrato.

(...)

No Código Civil de 1916, as referências à boa-fé no contrato de seguro, para além de reportadas nuclearmente à boa-fé subjetiva, tinham já previamente descritas as consequências da ação contrária à boa-fé, isso significando que essa figura não desempenhava, então, a função de cláusula geral. (...)

O panorama se modifica, porém na ‘era das sociedades securitárias’ (*sociétés assurantielles*), imperante a massificação social, a empresarialidade na gestão do seguro, a internacionalização das empresas dedicadas a este mister,

13 “A enumeração dos factos-fonte dos deveres de atuar de boa-fé resulta dos estudos efetuados: o envio de negociações preliminares, a existência de um contrato, ou da sua aparência, a conexão de terceiro com uma obrigação ou o desaparecimento de um negócio. Todos eles têm em comum a verificação de um relacionar entre duas ou mais pessoas, através duma dinâmica que pressupõe uma conjugação de esforços que transcende o estrito âmbito individual. O direito obriga, então, a que, nessas circunstâncias, as pessoas não se desviem dos propósitos que, em ponderação social, emergem da situação em que se achem alocadas: não devem assumir comportamentos que a contradigam – deveres de lealdade – nem calar ou falsear a atividade intelectual externa que informa a convivência humana – deveres de informação.” (CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 646)

14 “Insurance is one of a small number of contracts based upon the principle of utmost good faith – *uberrimae fidei*. Section 17 of the Marine Insurance Act 1906 states this principle and goes on to provide that if the utmost good faith be not observed by either party, the contract may be avoided by the other party. It thus appears indirectly to impose on the parties a duty to act in good faith in their mutual dealings. The principle governs all contracts of insurance and reinsurance, and it applies both before a contract is concluded (the pre-formation period) and during the performance of the contract (the post-formation period).” (LEGH-JONES, Nicholas; BIRDS, John; OWEN, David. *MacGillivray on insurance law*. 11. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2008. p. 435)

muitas vezes coligadas a instituições financeiras, bem como a existência de novas fontes de risco e uma nova concepção do próprio risco (distinta da noção de incerteza). Às modificações de ordem fática acrescem mudanças no panorama normativo agregando às tradicionais regras sobre o papel da boa-fé subjetiva (ou em seu contrário, a má-fé), a boa-fé objetiva como *standard* de conduta exigível a ambas as partes no contrato de seguro. Assim, agora, as previsões legais específicas ao contrato de seguro – mesclando referências à boa-fé subjetiva e à boa-fé objetiva – ajunta-se, ainda, a cláusula geral do art. 422 do Código Civil, fonte de deveres de correção, colaboração, informação e lealdade. A disciplina hoje vigorante, porque insuficiente, deve ser acrescida por outras disposições expressas ou deduzidas da boa-fé objetiva.”¹⁵

Além da cláusula geral da boa-fé, informadora do direito contratual e ratificada pelo disposto no art. 765 do Código Civil, o legislador também estabeleceu outras disposições relativas especificamente ao contrato de seguro, tendentes a mitigar o risco moral.

Em primeiro lugar, ao se exigir que o segurado tenha interesse legítimo na preservação do bem objeto da garantia (CC, art. 757, *caput*), como requisito imprescindível à validade do contrato, evita-se o desleixo de sua parte. É evidente, portanto, que a exigência do interesse do segurado tende a coadjuvar a prevenção do risco moral, tal como pondera Maria Inês de Oliveira Martins:

“(…) em face do seguro de pessoas ou de danos, o interesse seguro se perfila como o traço de distinção entre o seguro e a aposta. O que nos aponta no sentido do articular deste requisito com um ponto em que nos detivemos especialmente a propósito da análise econômica do contrato: estamos já em condições de compreender que, sem os erradicar em definitivo, a exigência deste requisito vem coadjuvar na prevenção de problemas de risco moral. Ou seja, para o que releva em sede jurídica, a exigência da verificação de um interesse seguro em relação à coisa, direito, patrimônio ou pessoa segura visa evitar um problema de desalinhamento de incentivos – o de os sujeitos, sendo livres de contratar o recebimento de determinadas somas no caso de ocorrência de evento causador de consequências negativas sobre direito,

15 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 342-344. A proeminência da boa-fé no âmbito do contrato de seguro também é destacada por Priscila Mathias de Moraes Fichtner. Segundo a autora, “os deveres advindos da boa-fé, bem como os limites por ela impostos, incidem com maior intensidade no contrato de seguro, seja pela base mutualista e solidarista, seja por estruturar as suas obrigações principais e acessórias, ditando-lhe a dinâmica devida da relação. (...) Pelos argumentos acima expostos, dúvidas não há que o seguro, amparado na solidariedade mutualista da sua conformação, estrutura-se funcionalmente no princípio da boa-fé. Essa relação intrínseca entre boa-fé e seguro é vislumbrada com uma intensidade tamanha, seja na sua constituição, execução e também no inadimplemento. Daí a inevitável conclusão de que a boa-fé advinda deste tipo contratual é qualificada” (FICHTNER, Priscila Mathias de Moraes. *A boa-fé qualificada nos contratos de seguro*. Tese de Doutorado em Direito Civil, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. p. 262-267).

patrimônio, coisa ou pessoa que não os interessasse, se sentirem tentados a ser negligentes ou mesmo a atentar contra aquelas.”¹⁶

Em segundo lugar, a obrigação imposta ao segurado de “comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto” (CC, art. 769, *caput*) também tem como efeito colateral a prevenção do risco moral, servindo como “mecanismo de desincentivo do segurado da adoção de condutas que possam conduzir a uma alteração das circunstâncias do risco, no sentido da sua potenciação”¹⁷.

Em terceiro lugar, impõe-se ao segurado que tome providências tendentes a evitar a ocorrência do sinistro ou minorar-lhe os efeitos, sob pena de perda do direito à indenização (CC, art. 771, *caput*). Sobre esta obrigação do segurado, Maria Inês de Oliveira Martins pondera o seguinte:

“A exclusão da cobertura de sinistros intencionais é complementada pelo expediente da imposição, por via legal ou contratual, da adoção de *medidas de afastamento ou mitigação do dano*, associado ao *direito à compensação das despesas aí incorridas*. A articulação dos dois regimes serve, assim, a prevenção do risco moral num arco temporal mais completo, que cobre tanto o período prévio ao sinistro (liberação do segurador do dever de prestar em caso de provocação dolosa do sinistro), como o que se inicia com o seu surgimento (deveres de afastamento e mitigação do dano).”¹⁸

A obrigação imposta ao segurado de prevenir e mitigar os efeitos do sinistro tem sido referendada pela jurisprudência do STJ. A Corte tem reconhecido que “o segurado não apenas deve informar à seguradora o sinistro ocorrido logo que o saiba, mas deve também tomar medidas razoáveis e imediatas que lhe estejam à disposição para atenuar as consequências danosas do evento, sob pena de perder o direito à indenização securitária”¹⁹.

Em outro caso, o STJ entendeu que determinada empresa não fazia jus à indenização securitária decorrente de acidente automobilístico causado por um de seus funcionários, que não possuía habilitação para dirigir. No

16 MARTINS, Maria Inês de Oliveira. *O seguro de vida enquanto tipo contratual legal*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010. p. 286.287. Em outra oportunidade, a autora reiterou que “traços que pertencem à própria fisionomia do contrato de seguro mantêm, em termos económicos, uma relação estreita com a prevenção do risco moral. Daqui se extrai, em termos gerais, o fundamento económico da exigência, que aparta o seguro da aposta, de que o segurado tenha um interesse na conservação da coisa ou pessoa segura” (MARTINS, Maria Inês de Oliveira. Risco moral e contrato de seguro. In: NUNES, António José Avelãs; CUNHA, Luís Pedro; MARTINS, Maria Inês de Oliveira [Org.]. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 656).

17 MARTINS, Maria Inês de Oliveira. Risco moral e contrato de seguro. In: NUNES, António José Avelãs; CUNHA, Luís Pedro; MARTINS, Maria Inês de Oliveira (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 661.

18 MARTINS, Maria Inês de Oliveira. Risco moral e contrato de seguro. In: NUNES, António José Avelãs; CUNHA, Luís Pedro; MARTINS, Maria Inês de Oliveira (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 660.

19 STJ, REsp 1.546.178/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 13.09.2016, 3ª Turma.

entendimento daquela Corte, a empresa segurada deixara de evitar que o funcionário inabilitado se apossasse do bem e utilizasse o veículo, agravando deliberadamente o risco segurado²⁰.

Assim, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, a ausência de dolo do segurado antes e durante a execução do contrato, conquanto imprescindível, não é suficiente à garantia contratada. Impõe-se ao segurado que, no curso de sua relação com o bem segurado, atue de forma diligente, tomando providências razoavelmente necessárias para evitar que o sinistro ocorra ou que seus eventuais efeitos sejam contidos e, se possível, minorados.

Mitiga-se, dessa forma, o risco moral, exigindo-se que o segurado atue efetivamente no sentido de conservar o bem objeto da garantia. Não basta não desejar a ocorrência do sinistro; é necessário que o segurado não lhe seja indiferente. De acordo com precedente do STJ, “o segurado deve se portar como se não houvesse seguro em relação ao interesse segurado (princípio do absenteísmo), isto é, deve abster-se de tudo que possa incrementar, de forma desarrazoada, o risco contratual”²¹.

Não se pode esquecer, contudo, a função precípua do seguro, consistente em estimular a ousadia empresarial e o desenvolvimento econômico e social²². Como adverte Ernesto Tzirulnik: “o seguro tem função estimulante para os negócios por deixar o segurado ‘aliviado do peso dos riscos’. Noutros termos, o seguro serve ao *princípio da audácia*”²³.

Além da disciplina legal, a autonomia negocial também comporta a criação de outros mecanismos de gestão do risco segurado, a exemplo da estipulação de medidas positivas e promocionais²⁴, que encorajem o segurado a atuar de

20 “CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE SEGURO. CULPA *IN VIGILANDO*. APOSSAMENTO DO BEM POR EMPREGADO INABILITADO. AGRAVAMENTO DO RISCO PELO SEGURADO. DEVER DE INDENIZAR. AUSÊNCIA. (...) 2. Cinge-se a controvérsia em definir se a culpa *in vigilando* da empresa, ao não evitar que empregado inabilitado para dirigir se aposses do bem segurado, afasta a cobertura securitária. 3. À vista dos princípios da eticidade, da boa-fé e da proteção da confiança, o agravamento do risco decorrente da culpa *in vigilando* da empresa, ao não evitar que empregado não habilitado se apossasse do veículo, tem como consequência a exclusão da cobertura, haja vista que o apossamento proveio de culpa grave do segurado. 4. Recurso especial não provido.” (STJ, REsp 1.412.816/SC, Relª Minª Nancy Andrighi, j. 15.05.2014, 3ª Turma)

21 STJ, REsp 1.485.717/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 22.11.2016, 3ª Turma.

22 Os Tribunais têm reconhecido caso a caso a função social do contrato de seguro, de acordo com os interesses econômicos e sociais relevantes perseguidos em cada modalidade de apólice. O STJ já reconheceu, por exemplo: “O seguro habitacional tem conformação diferenciada, uma vez que integra a política nacional de habitação, destinada a facilitar a aquisição da casa própria, especialmente pelas classes de menor renda da população. Trata-se, pois, de contrato obrigatório que visa à proteção da família, em caso de morte ou invalidez do segurado, e à salvaguarda do imóvel que garante o respectivo financiamento, resguardando, assim, os recursos públicos direcionados à manutenção do sistema” (STJ, REsp 1.622.608/RS, Relª Minª Nancy Andrighi, j. 11.12.2018, 3ª Turma).

23 TZIRULNIK, Ernesto. *Reflexões sobre o agravamento do risco nos seguros de danos*. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 28.

24 A relevância das sanções positivas no ordenamento jurídico é destacada por Bobbio: “(...) o papel do direito na sociedade é comumente considerado do ponto de vista da sua função predominante, que sempre foi aquela, mais passiva que ativa, de proteger determinados interesses mediante a repressão dos atos desviantes. Contudo, a partir do momento em que, devido às exigências do Estado assistencial contemporâneo, o direito não mais se limita a tutelar atos conformes às próprias normas, mas tende a estimular atos inovadores – e, portanto, a sua função não é

forma mais diligente, tal como a concessão de desconto no prêmio em caso de adoção de sistemas de prevenção de risco, por exemplo²⁵. A estipulação de franquias, limitando a parcela do risco a ser suportada pela seguradora, também tem sido apontada como forma de mitigação do risco moral. Há, por outro lado, estipulações de natureza repressiva, cujo descumprimento pelo segurado pode levar à perda da garantia securitária, a serem examinadas a seguir.

3 Cláusula de Gerenciamento de Riscos: Validade e Limites à Autonomia Privada

Nos contratos de seguro, a autonomia privada pode, no exercício de sua função criativa, instituir deveres de controle de risco por parte dos segurados (como, por exemplo, a instalação de extintores em seguro contra incêndio ou a conservação em cofre de joias objeto de seguro contra furto ou roubo).

Sendo possível precisar, *ex ante*, providências que razoavelmente possibilitem minimizar o risco segurado, evitando a ocorrência do sinistro, parece legítima, em princípio, a estipulação de cláusulas que imponham tais deveres ao segurado²⁶. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a legitimidade de determinada cláusula de gerenciamento de risco que impunha ao segurado providências como a instalação de rastreadores:

“2. Em contratos de seguro, quando há a inserção de mecanismos capazes de evitar a ocorrência do sinistro – como a instalação de rastreadores –, o montante a ser pago a título de prêmio deverá sofrer redução proporcional. Parte-se da premissa de que, onde há o maior risco de sinistro, o prêmio será maior; se o perigo de ocorrência do sinistro for menor, o prêmio deverá ser adequado à situação fática subjacente.

3. O instrumento contratual também poderia ser celebrado sem a limitação de gerenciamento de risco referente ao sistema de rastreamento, mas se

mais apenas protetora, mas também promocional –, surge, paralelamente ao emprego quase exclusivo das sanções negativas, as quais constituem a técnica específica da repressão, um emprego, não importa se ainda limitado, de sanções positivas, que dão vida a uma técnica de estímulo e propulsão a atos considerados socialmente úteis, em lugar da repressão de atos considerados socialmente nocivos” (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 23-24).

25 MARTINS, Maria Inês de Oliveira. Risco moral e contrato de seguro. In: NUNES, Antônio José Avelãs; CUNHA, Luís Pedro; MARTINS, Maria Inês de Oliveira (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 659.

26 Segundo determinado precedente: “(...) a denominação de cláusula de gerenciamento de riscos se refere à necessidade de instalação, pelo segurado, de sistema de rastreamento ou que o veículo transportador estivesse protegido por acompanhamento ostensivo terrestre (escolta). O gerenciamento de riscos corresponde ao diagnóstico das situações de perigo, à promoção de ações que tenham por finalidade a redução ou a eliminação do sinistro e, por conseguinte, a transferência daquelas que não podem ser elididas ou atenuadas. Consiste no conjunto de medidas que visam conhecer, diminuir, eliminar ou transferir os riscos, de forma a limitar a probabilidade do sinistro. (...) Constatada a inobservância das medidas de gerenciamento de risco pactuadas com o consequente agravamento voluntário do risco, descabida a pretensão do segurado. Uma vez demonstrado o descumprimento das obrigações pelo autor segurado, que não adotou as medidas previstas no contrato, indevida a indenização pleiteada (...)” (TJ RJ, Apelação 00134261120188190207, Rel. Des. Adolpho Corrêa de Andrade Mello Júnior, j. 16.08.2022, 9ª Câmara Cível).

a segurada aceitou a imposição, inclusive com a contratação de empresa responsável pelo monitoramento do veículo por tecnologia via satélite, foi porque preferiu convencionar o seguro com um valor de prêmio menor.

4. Nesse contexto, a cláusula de gerenciamento de riscos, em si, é legal e compatível com os contratos de seguro.”²⁷

Ao enfrentar a aplicabilidade de cláusulas contratuais dessa natureza, os Tribunais, em diversas ocasiões, decidem a controvérsia com base no regime legal de agravamento do risco. Nesse sentido, há julgados que ora entendem que o descumprimento do dever estipulado na cláusula de gerenciamento de riscos teria como consectário lógico o afastamento do direito à garantia securitária²⁸, ora refutam tal conclusão²⁹, quer tenha havido ou não efetivo agravamento do risco segurado. Não obstante seja usual o emprego do regime legal de imposição de condutas de controle de risco para disciplinar a aplicação de cláusulas contratuais dessa natureza, as fontes de um e de outro são distintas³⁰.

Questiona-se, ainda, sobre os eventuais limites à estipulação de cláusulas de gerenciamento de risco, impondo aos segurados condutas de controle do risco segurado. Assim como todo e qualquer ato de autonomia privada, a estipulação de condutas de controle de risco, exigíveis do segurado, não escapa

27 STJ, REsp 1.314.318/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.06.2016, 4ª Turma. No mesmo sentido: “1. Constatada a inobservância das medidas de gerenciamento de risco pactuadas com o consequente agravamento voluntário do risco, não há falar em isenção de responsabilidade da segurada. Precedentes. 2. Caso concreto em que a Corte local, a partir da análise do acervo fático-probatório constante dos autos, bem como da interpretação da apólice de seguro, consignou não só que o contrato em questão previa, expressamente, a necessidade de comboio entre os veículos, mas também que o veículo transportador da carga furtada não estava equipado com sistema de rastreamento por satélite, sendo certo, ademais, que conforme expressa previsão contratual, para caracterização do comboio entre dois veículos, como no caso, o caminhão equipado com o sistema de rastreamento por satélite deveria seguir sempre à frente daquele desguarnecido do rastreador, o que não teria ocorrido na espécie” (STJ, AgInt no REsp 1.407.737/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16.08.2018, 4ª Turma).

28 “(...) a denominação de cláusula de gerenciamento de riscos se refere à necessidade de instalação, pelo segurado, de sistema de rastreamento ou que o veículo transportador estivesse protegido por acompanhamento ostensivo terrestre (escorta). O gerenciamento de riscos corresponde ao diagnóstico das situações de perigo, à promoção de ações que tenham por finalidade a redução ou a eliminação do sinistro e, por conseguinte, a transferência daquelas que não podem ser elididas ou atenuadas. Consiste no conjunto de medidas que visam conhecer, diminuir, eliminar ou transferir os riscos, de forma a limitar a probabilidade do sinistro. (...) Constatada a inobservância das medidas de gerenciamento de risco pactuadas com o consequente agravamento voluntário do risco, descabida a pretensão do segurado. Uma vez demonstrado o descumprimento das obrigações pelo autor segurado, que não adotou as medidas previstas no contrato, indevida a indenização pleiteada (...)” (TJRJ, Apelação 00134261120188190207, Rel. Des. Adolpho Corrêa de Andrade Mello Júnior, j. 16.08.2022, 9ª Câmara Cível).

29 “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. TRANSPORTE DE MERCADORIAS. ROUBO DE CARGA. SENTENÇA IMPROCEDENTE. Pretendida reversão do julgado. Impossibilidade. Descumprimento da cláusula de gerenciamento de risco pela autora/apelante. Cláusula contratual que prevê a perda do direito à indenização. Inteligência do CC, art. 768. Agravamento do risco que alcançou toda a carga” (TJSP, Apelação n. 1042721-77.2019.8.26.0100, Rel. Des. Eduardo Abdalla, j. em 28/08/2020).

30 Segundo Maria Inês de Oliveira Martins, “(...) estes regimes legais que recortam certos deveres de controle do risco não se confundem com a criação, por contrato, de deveres que tenham idêntico sentido. A amplitude dos deveres de conduta legais – por exemplo, *não adotar condutas deliberadas de agravamento do risco, sob pena de perda de cobertura* – não coincide com a estreiteza das condutas que podem ser impostas pelo contrato – por exemplo, *não conduzir veículos motorizados para cuja condução não se está habilitado, sob pena de perda de cobertura*” (MARTINS, Maria Inês de Oliveira. *A imposição contratual de condutas de controle do risco: a experiência europeia em diálogo com o ordenamento brasileiro*, vigente e prospectivo. São Paulo: Roncarati, 2019. p. 66-67).

tampouco ao controle valorativo do intérprete. Embora os regimes protetivos inerentes às relações de consumo e aos contratos de adesão, quando aplicáveis, possam desempenhar um importante papel no controle do conteúdo de tais cláusulas³¹, a controvérsia não se limita a eles.

Na doutrina portuguesa, em obra específica sobre o tema, Maria Inês de Oliveira Martins refuta “a conclusão no sentido de que a questão da configuração de deveres de controlo do risco esteja totalmente entregue à iniciativa privada, sem merecer qualquer cerceamento por parte do Direito objectivo, dando expressão a ideias de proporcionalidade”³².

O princípio da proporcionalidade, como se sabe, pode ser decantado em três subprincípios: por *adequação*, entende-se a aptidão do meio empregado para se alcançar a finalidade pretendida; por *necessidade*, entende-se a impossibilidade de se empregar outro meio igualmente idôneo, mas menos gravoso para com os interesses que eventualmente sejam atingidos pela medida; por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito* envolve um juízo típico de ponderação, no sentido de que os benefícios alcançados sejam superiores aos custos de sua efetivação³³.

Com base nessas premissas, no âmbito das cláusulas de gerenciamento de riscos, objeto deste estudo, tem-se que a conduta imposta ao segurado deve ser adequada à mitigação do risco garantido e, com isso, condizente com a função para a qual uma estipulação dessa natureza fora concebida. Não há dúvidas, por exemplo, de que a obrigação de instalar extintores de incêndio é hábil a minimizar o risco de incêndio.

31 Segundo Maria Inês de Oliveira Martins, “deve considerar-se contrária à distribuição de riscos tida por equilibrada, e como tal, violadora dos arts. 424 e 422 do CC, e, quando se trate de uma relação de consumo, do art. 51, IV e § 1º, do CDC, uma previsão contratual que dê ao segurador o direito a recusar a prestação em caso de incumprimento de um dever de controlo do risco, independentemente de tal incumprimento lhe ter causado qualquer dano” (MARTINS, Maria Inês de Oliveira. *A imposição contratual de condutas de controle do risco: a experiência europeia em diálogo com o ordenamento brasileiro*, vigente e prospectivo. São Paulo: Roncarati, 2019, p. 113).

Na jurisprudência, veja-se, por exemplo, o seguinte o julgado: “INDENIZATÓRIA. ROUBO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE SEGURO, RASTREAMENTO E MONITORAMENTO CAR SYSTEM. NEGATIVA DE PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO, EM RAZÃO DA INÉRCIA DO AUTOR EM REALIZAR OS TESTES MENSAIS NO DISPOSITIVO RASTREADOR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA COM A DECLARAÇÃO DA ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA QUE IMPÕE OS TESTES MENSAIS. CONDENAÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA E DANO MORAL DE R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS). MANUTENÇÃO. 1. Ação em que busca o autor o cumprimento de cláusula contratual de indenização securitária pela não localização de seu veículo pela ré, objeto de roubo, além do pagamento de indenização por dano moral. 2. Indenização securitária negada na via administrativa por conta do alegado descumprimento de cláusula contratual pelo autor, pela qual ele teria que realizar testes mensais no dispositivo instalado em seu automóvel. 3. Nulidade de tal cláusula reconhecida na R. Sentença, com a condenação da ré ao pagamento do valor estipulado no contrato (...)” (TJRJ, Apelação 0187417-59.2021.8.19.0001, Rel. Des. Gilberto Clóvis Farias Matos, j. 22.06.2023, 22ª Câmara Cível).

32 MARTINS, Maria Inês de Oliveira. *A imposição contratual de condutas de controle do risco: a experiência europeia em diálogo com o ordenamento brasileiro*, vigente e prospectivo. São Paulo: Roncarati, 2019, p. 79.

33 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 168.

Por outro lado, o requisito da necessidade deve ser interpretado com parcimônia, à luz das circunstâncias do caso concreto, já que, no exercício da liberdade contratual, os particulares não podem ser compelidos a causarem o menor ônus possível à parte contrária³⁴. O mesmo cuidado se impõe em relação à análise de custo-benefício imposta pela proporcionalidade, já que a estipulação de condutas de controle de risco compõe a complexa equação econômica inerente ao contrato de seguro, repercutindo, inclusive, na própria precificação do prêmio, consoante já reconheceu o STJ³⁵.

De todo modo, a imposição de condutas de controle de risco aos segurados não poderá desvirtuar a própria *causa* do contrato de seguro, consistente na garantia de interesse legítimo contra riscos predeterminados, nos termos do art. 757 do Código Civil³⁶. Consoante afirma Fábio Konder Comparato, “o interesse segurável, como objeto material do contrato de seguro, não é, pois, uma coisa, mas uma relação, como o indica a própria etimologia (*interesse*); mais precisamente, ele é a *relação existente entre o segurado e a coisa ou pessoa sujeita ao risco*”³⁷.

Nesse cenário, a garantia de interesse legítimo deve nortear a interpretação de todo o clausulado, notadamente das cláusulas limitativas de direito, cujo descumprimento poderá ensejar a perda da garantia. Consoante lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, “a regra do art. 757 do Código Civil (...) somente será atendida se o clausulado dos contratos (...) oferecer efetiva proteção contra os riscos a que se expõe ordinariamente aquela atividade”³⁸. A interpretação das cláusulas de controle de risco, portanto, deve levar necessariamente em conta a função precípua do contrato de seguro, consistente na proteção do interesse concretamente perseguido pelo segurado com a garantia.

De um lado, sabe-se que, nos contratos paritários em geral, a alocação de riscos efetuada pelas partes deve ser respeitada, via de regra (CC, art. 421-A,

34 Reconhecendo tal premissa no âmbito da responsabilidade civil, por exemplo: “Afigura-se, por exemplo, frequentemente difícil determinar o meio menos gravoso de realização de um certo interesse, já que os meios são comparáveis sob muitos aspectos e o gravame que deles deriva para outros interesses muitas vezes só pode ser verificado *a posteriori*, em casos concretos. Além disso, (...) ninguém é obrigado, nas relações privadas, a empregar o meio que, dentre todos os meios possíveis e imagináveis, seja o menos gravoso” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2012. p. 173).

35 STJ, REsp 1.314.318/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.06.2016, 4ª Turma.

36 Na doutrina argentina, Rubén S. Stiglitz entende que o objeto do contrato de seguro consiste no intercâmbio do pagamento do prêmio pago ao segurador pela garantia prestada ao segurado, ao passo que a causa do contrato residiria em um “interés económico lícito que un siniestro no ocurra (...)” (STIGLITZ, Rubén S. *Derecho de seguros*. 4. ed. Buenos Aires: La Ley, 2004. tomo I. p. 329).

37 COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito*: estudo jurídico. São Paulo: RT, 1968. p. 26. Sobre o tema, v. WILLCOX, Victor. Interesse legítimo nas relações securitárias. In: GOLDBERG, Ilan; JUNQUEIRA, Thiago (coord.). *Temas atuais de direito dos seguros*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. tomo II. p. 240 e ss.

38 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. Teoria do interesse, *engineering* e o dano físico no seguro de danos. In: *Anais do I Congresso Internacional de Direito do Seguro do Conselho da Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça*: VI Fórum de Direito do Seguro “José Sollerio Filho”. Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. 1. ed. São Paulo, Roncarati, 2015. p. 202.

II), sendo a delimitação dos riscos cobertos igualmente inerente ao contrato de seguro (CC, art. 760). Não obstante, tal circunstância não infirma a necessidade de o intérprete proceder a um controle valorativo das cláusulas de gerenciamento de risco, levando em conta o aspecto funcional do contrato de seguro, consistente na garantia de interesse legítimo.

Afinal, a imposição de condutas de controle de risco ao segurado, sob pena de perda da garantia, não poderia conduzir a um *esvaziamento da garantia*, tornando-a completamente inócua³⁹. Confira-se, nesse sentido, a lição paradigmática de Rubén S. Stiglitz:

“La finalidad y economía del contrato se revalorizan como directiva genérica de interpretación y, como tal, aplicable en el marco del contrato de seguro cuando, al intentar alcanzar el sentido de una cláusula, se repara en que *de su aplicación resultaría una grave desnaturalización de la materia (objeto) del contrato y del motivo que determinó a las partes contratar.*”⁴⁰

No ordenamento brasileiro, é possível depreender a regra da vedação ao esvaziamento do art. 13 do Decreto-Lei nº 73/66, o qual dispõe que “as apólices não poderão conter cláusula que permita rescisão unilateral dos contratos de seguro ou por qualquer modo *subtraia sua eficácia* e validade além das situações previstas em Lei”.

A regra da proibição do esvaziamento tem sido reconhecida na jurisprudência brasileira em alguns precedentes versando sobre cláusulas de gerenciamento de riscos. Em determinado caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que, no âmbito de certa apólice de seguro de transporte rodoviário, as exigências estabelecidas na cláusula de gerenciamento de riscos onerariam sobremaneira o segurado, esvaziando a própria função do contrato de seguro:

“CONTRATO SEGURO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO. ROUBO DE MERCADORIA DURANTE O TRANSPORTE. NEGATIVA DE INDENIZAÇÃO. CLÁUSULA DE GERENCIAMENTO DE RISCO. ABUSIVIDADE. EXIGÊNCIAS QUE GERAM ESVAZIAMENTO DO CONTRATO SECURITÁRIO. AFRONTA À FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO (...).”⁴¹

39 OCTAVIANI, Alessandro. Seguros de grandes riscos e desenvolvimento nacional: a ordem econômica constitucional como vetor de integração normativa. In: *Direito do seguro*: II Congresso Internacional de Direito do Seguro (CJF-STJ) e VIII Fórum José Sollerio Filho (IBDS). Org.: Ernesto Tzirulnik, Paulo de Tarso Sanseverino, João Nuno Calvão da Silva, Inaê Siqueira de Oliveira. 1. ed. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 919 e ss.

40 STIGLITZ, Rubén S. *Derecho de seguros*, t. II. 6. ed. Buenos Aires: La Ley, 2016, p. 291. Tradução livre: “A finalidade e a economia do contrato são revalorizadas como diretriz geral de interpretação e, como tal, aplicáveis no contexto do contrato de seguro quando, ao tentar alcançar o significado de uma cláusula, se percebe que sua aplicação resultaria em uma grave descaracterização da matéria (objeto) do contrato e do motivo que levou as partes a contratar”.

41 TJSP, Apelação 0000610-14.2010.8.26.0035, Rel. Des. Dimas Carneiro, j. 19.01.2012, 37ª Câmara de Direito Privado.

Em outro precedente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao enfrentar a controvérsia, entendeu, por maioria, que a imposição contratual de escolta ou rastreamento do veículo em seguro de responsabilidade civil do transportador seria legítima, não implicando em esvaziamento de cobertura contratada:

“AÇÃO DE COBRANÇA. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR POR DESAPARECIMENTO DE CARGA. SINISTRO. ROUBO. EXIGÊNCIA CONTRATUAL DE ESCOLTA OU RASTREAMENTO POR SATÉLITE. (...)

(...)

3. A alegação de que a exigência (por parte do segurador) do emprego de escolta armada ou implantação de sistema de rastreamento veicular às custas do segurado implica em significativa redução do risco e, ontologicamente, no *esvaziamento do seguro*, não procede, visto que tais medidas se mostram lícitas, uma vez que decorrem do exercício da livre autonomia das partes, redundando, de outra senda, na diminuição do valor do prêmio, de modo a beneficiar o segurado.”⁴²

O julgamento, contudo, não foi unânime, tendo o Desembargador Estevão Lucchesi proferido voto divergente, no sentido de que a cláusula de controle de risco, na hipótese, subtrairia a própria finalidade da contratação:

“O art. 13 do Decreto-Lei nº 73/66, reflete essa mesma preocupação ao impedir que as apólices contenham cláusulas cujo efeito prático seja a subtração da eficácia do negócio jurídico. Ora, exigir níveis não razoáveis de segurança daquele que busca justamente este benefício na contratação é um absoluto contra-senso, é não viabilizar a segurança mútua, subtraindo a finalidade e a eficácia visadas pelo contratante.

(...)

(...) não procede com lealdade e, portanto, com boa-fé objetiva, a seguradora que redige unilateralmente o contrato de seguro, fazendo nele constar, como causa de exclusão da cobertura, exigência de cautela sobremaneira elevada por parte do segurado, de modo a tolher a possibilidade de ocorrência do sinistro e, por conseguinte, o próprio sentido de se contratar o seguro.”⁴³

Por fim, outros parâmetros funcionais podem auxiliar o intérprete a examinar, no caso concreto, a legitimidade das cláusulas de controle de risco, bem como o seu alcance. A valoração da possibilidade de exoneração do segurador em face do descumprimento de providência de controle de risco

42 TJMG, Apelação 10079140263975001, Rel^a Des^a Cláudia Maia, j. 13.07.2017, 14^a Câmara Cível.

43 TJMG, Apelação 10079140263975001, Rel^a Des^a Cláudia Maia, j. 13.07.2017, 14^a Câmara Cível.

pelo segurado deverá também observar os parâmetros da *culpa*, em sentido amplo, e da *causalidade*⁴⁴.

Retomando-se a hipótese do seguro contra incêndio, deve o intérprete averiguar, por exemplo, se houve negligência do segurado na instalação e na manutenção dos extintores de incêndio, bem como se tal fato foi determinante para o sinistro. Caso se apure que o mau funcionamento dos extintores não era imputável ao segurado ou que tal fato foi inócuo para fins de causação do sinistro, não parece haver fundamento hábil a exonerar o segurador do dever de indenizar com base no descumprimento da cláusula de gerenciamento de riscos.

4 Considerações Finais

A proximidade entre o segurado e o risco faz com que a disciplina do contrato de seguro contenha diversas exigências de conduta por parte daquele, com vistas a mitigar o chamado risco moral. Tais exigências podem advir da própria lei ou também da própria autonomia privada, na estipulação de cláusulas de gerenciamento de risco. Tais cláusulas, como todo e qualquer ato de autonomia privada, não estão imunes a um controle valorativo por parte do intérprete. Procurou-se, ao longo do trabalho, delinear os limites à estipulação de condutas de controle de risco, bem como ao seu alcance.

Com vistas a uma distribuição justa e equilibrada dos riscos entre segurado e segurador, propõem-se os seguintes parâmetros para aferição da validade das aludidas cláusulas, bem como de sua incidência: a) a conduta imposta ao segurado deve ser idônea a evitar a implementação do risco objeto da garantia; b) não pode a cláusula de gerenciamento de riscos esvaziar a utilidade do contrato de seguro, consistente na garantia de interesse legítimo contra riscos predeterminados; c) sem que haja descumprimento culposos, imputável ao segurado, da cláusula de gerenciamento de riscos, não pode o segurador exonerar-se; d) a exoneração do segurador depende da existência de nexos causal entre o descumprimento da cláusula de gerenciamento de riscos e o sinistro.

TITLE: Insurance, moral hazard and risk management clauses.

ABSTRACT: The paper intends to examine the legal and contractual instruments for mitigating moral hazard in the insurance contract. Among the latter, the work will analyze the so-called risk management clauses, by which the insured is required to comply with certain conducts for risk control purposes. Based on case law, the work will outline the limits to the stipulation of conducts of this nature.

KEYWORDS: Insurance. Risk. Management.

Recebido em: 25.08.2023

Aprovado em: 15.09.2023

44 MARTINS, Maria Inês de Oliveira. *A imposição contratual de condutas de controle do risco: a experiência europeia em diálogo com o ordenamento brasileiro, vigente e prospectivo*. São Paulo: Roncarati, 2019. p. 138.