Espaço Discente

REFLEXÕES SOBRE A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA À FORMAÇÃO DOS CONTRATOS DE SEGUROS[1]

Adriana Cristina Dullius Britto

1. Introdução. 2. Formação do contrato de seguros: uma abordagem sistemática: 2.1 Formação dos contratos em geral: 2.1.1 Fase negociatória; 2.1.2 Fase decisória; 2.2 Formação do contrato de seguros – Particularidades. 3. Boa-fé objetiva na formação dos contratos de seguro: 3.1 Boa-fé objetiva enquanto princípio norteador do direito contratual; 3.2 Boa-fé objetiva aplicada à formação dos contratos de seguro. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1. Introdução

Estamos passando por um momento de grandes transformações, econômicas, políticas e sociais, que, direta ou indiretamente, afetam as relações interpessoais;[2] tais transformações não poderiam, pois, ser ignoradas na análise dos fenômenos jurídicos, uma vez que, como bem colocado por Miguel Reale, há "em cada comportamento humano, a presença, embora indireta, do fenômeno jurídico: o Direito está pelo menos pressuposto em cada ação do homem que se relaciona com outro homem".[3]

O contrato, enquanto instituição social que "rege a voluntária circulação de riqueza, facilita coordenar relações interindividuais e permite distribuir riscos",[4] não pode ser

1. Trabalho apresentado na Faculdade de Direito da USP, na disciplina "Seguros no Direito Comercial Comparado: o Contrato de Seguros", Profs. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, Marcos Paulo de Almeida Salles e Rachel Sztajn.

2. Nesse sentido, José Eduardo Faria refere que "desde o advento da transnacionalização dos mercados de insumos, produção, capitais, finanças e consumo – que em pouco mais de uma década, transformou radicalmente as estruturas de dominação política e de apropriação de recursos, subverteu as noções de tempo e espaço, derrubou barreiras geográficas, reduziu as fronteiras burocráticas e jurídicas entre nações, revolucionou os sistemas de produção, modificou estruturalmente as relações trabalhistas, tornou os investimentos em ciência, tecnologia e informação em fatores privilegiados de produtividade e competitividade, criou formas de poder e influência novas e autônomas e, por fim, multiplicou de modo exponencial e em escala planetária os fluxos de ideias, conhecimentos, bens, serviços, valores culturais e problemas sociais – o pensamento jurídico parece encontrar-se numa situação análoga àquela em que achava o pensamento econômico no término dos tumultuados anos 1920; ou seja: frente ao desafio de encontrar alternativas para a exaustão paradigmática de seus principais modelos teóricos e analíticos, tal a intensidade do impacto gerado por todas essas transformações em seus esquemas conceituais, em seus pressupostos epistemológicos, em seus métodos e em seus procedimentos. (...) E quanto mais veloz e mais acentuada é essa globalização, dando origem a situações em que a ideia de um sistema econômico nacional autossustentável passa a ser vista como anacronismo, mais ela exerce um profundo impacto transformador nos sistemas políticos e normativos forjados em torno de determinados postulados (...) e determinados princípios (...)" José Eduardo Faria, *O Direito na Economia Globalizada*, 1ª ed., 4ª tir., pp. 13-15.

3. Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, 27ª ed., pp. 5-6.

4. Rachel Sztajn, "Direito e economia dos contratos. Os direitos fundamentais", in Haroldo Malheiros

dissociado desse contexto de constante mutação, pois as relações econômicas que são seu substrato[5] também são, efetivamente, as impulsionadoras das modificações observadas.

Dentre os contratos de maior relevância para o normal fluxo das relações econômicas,[6] insere-se o contrato de seguros, na qual "um contratante – o segurado, paga a outro – o segurador – um prêmio, para que lhe garanta, diante de determinados riscos,[7] um interesse legítimo, relativo a pessoa ou coisa".[8]

Em face disso, entende-se necessária uma abordagem mais aprofundada de seus aspectos teóricos, de onde se extrai a importância da realização presente estudo, que enfoca a incidência do princípio da boa-fé à atuação das partes durante a formação do contrato de seguros.

Para que se possa tratar do presente tema de uma forma mais contextualizada, realiza-se, em um primeiro momento, uma exposição sucinta dos elementos e da formação dos contratos em geral e, em cotejo, os elementos distintivos do contrato de seguros.

Em um segundo momento, passa-se à análise de aspectos do princípio da boa-fé objetiva enquanto princípio aplicável aos contratos; feito isso, aborda-se a incidência do princípio da boa-fé no contrato de seguros, sobretudo quanto à atuação das partes (segurador e segurado), no momento de sua formação. Finalmente, são apresentadas as conclusões decorrentes da análise realizada.

2. Formação do contrato de seguros: uma abordagem sistemática

Em linha com as considerações formuladas acima, colaciona-se conceituação formulada por Judith Martins-Costa, onde a mesma assevera ser o contrato "o resultado

Duclerc Verçosa, *Curso de Direito Comercial*, vol. 4, t. I, pp. 80-90.

5. Enzo Roppo, em sua clássica obra sobre os contratos, já destacava essa ideia ao descrever a relação entre os conceitos de operação econômica, contratos e direito contratual. Em suas palavras, "quer dizer: a *operação económica*, na sua materialidade, como substracto real necessário e imprescindível daquele conceito; o *contrato*, como formalização jurídica daquela, isto é, como conquista da ideia de que as operações económicas, podem e devem ser reguladas pelo direito, e como construção da categoria jurídica idónea para tal fim; o *direito dos contratos*, como conjunto – historicamente mutável – das regras e dos princípios de vez em quando escolhidos para conformar, duma certa maneira, aquele instituto jurídico, e, portanto, para dar um certo arranjo – funcionalizado a determinados fins e a determinados interesses – ao complexo das operações económicas efectivamente levadas a cabo. (...) Disse-se que o contrato é a veste jurídico-formal de operações económicas. Donde se conclui que onde não há operação económica, não pode haver também contrato" (Enzo Roppo, *O Contrato*, pp. 10-11).

6. Ernesto Tzirulnik demonstra tal importância quando apresenta o seguinte conceito de seguro: "o seguro consiste na atividade que, através do cálculo de prejuízos que futura e necessariamente afetarão um conjunto determinado de economias individuais, o conjunto de segurados – logicamente num determinado período de tempo e muitas vezes até mesmo num determinado espaço territorial – promove a formação de um fundo comum que servirá para indenizar aqueles segurados que vierem, especificamente, a sofrer os prejuízos antes precisamente quantificados e classificados" (Ernesto Tzirulnik, *Apontamentos sobre a Operação de Seguros*, disponível em *http://www.ibds.com.br/artigos/ApontamentosSobreaOperacaodeSeguros.pdf*, acesso 8.1.2012, p. 9). Salienta-se, ainda, a colocação de Luis Augusto Roux Azevedo, para quem "[o] seguro é importante do ponto de vista econômico na medida em que cria certeza sobre o ônus financeiro das perdas e porque espalha os efeitos das perdas ocorridas. Além disso, o seguro otimiza uma otimização do emprego do capital, ao diminuir as reservas necessárias para fazer frente a acontecimentos imprevistos. Há quem diga, inclusive, que o seguro viabiliza diversas atividades modernas, diante do volume de risco que enfrentam" (Luis Augusto Roux Azevedo, *A Comutatividade do Contrato de Seguro*, Dissertação de Mestrado em Direito Comercial, Faculdade de Direito da USP, p. 12).

7. Cabe a ressalva de que não há, efetivamente, transferência do risco, pois o bem que é objeto do seguro continua sujeito à ocorrência do evento indesejado. O que ocorre, na prática, é a transferência das consequências econômicas advindas da concretização do evento indesejado, mediante o pagamento de um prêmio. Neste sentido, Nelson Borges, *Os Contratos de Seguro e sua Função Social – A Revisão Securitária no Novo Código Civil*, disponível em *http://www.ibds.com.br/artigos/OsContratosdeSeguroesuaFuncaoSocial.pdf*, acesso 8.1.2012, p. 9.

8. Alberto Pasqualotto, *Contratos Nominados III*, p. 27.

de uma atividade comunicativa voluntária e lícita entre sujeitos qualificados como suas 'partes', atividade, essa, expressada em um acordo, determinado ou determinável temporalmente, voltado, teleológica e vinculativamente, para a produção de efeitos jurídicos primordialmente entre as suas partes, e cuja função é a de fazer circular a riqueza entre patrimônios, transformando a situação jurídico-patrimonial dos envolvidos e gerando-lhes uma expectativa ao cumprimento garantida pelo Ordenamento, segundo os seus critérios técnicos e valorativos".[9-10]

Este conceito agrega elementos aos constantes do conceito clássico de contrato como acordo de vontades dirigido a determinado fim.[11] Todavia, esse conceito, de viés individualista, fulcrado no princípio da autonomia de vontade,[12] em que dois parceiros, em condição de igualdade, discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade, não pode mais ser admitido de forma absoluta.[13]

Isso porque as situações geradas pela dinâmica das relações humanas alteraram-se, verificando-se a ocorrência de casos em que não se pode falar em autonomia ampla e irrestrita das partes para a negociação dos termos do contrato, gerada, sobretudo, pela disseminação dos contratos de massa, em que comumente estão presentes as cláusulas gerais contratuais, também conhecidas como cláusulas gerais contratuais.[14]

Ademais, não se pode olvidar o ensinamento de Enzo Roppo quanto ao caráter dinâmico da formação dos contratos,[15] ao acentuar que "a formação do contrato consiste

9. Judith Martins-Costa, "Contratos. Conceito e evolução", in Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni (coords.), *Teoria Geral dos Contratos*, p. 60.

10. Neste mesmo artigo, a insigne professora, em relação ao acordo contratual, ressalta que se trata de uma atividade, isto é, um conjunto ordenado de ações coligadas por uma finalidade, comunicativa orientada finalisticamente (os sujeitos agem para se comunicar), destinada a por em contato juridicamente vinculante dois ou mais sujeitos que, uma vez formado o contrato, serão qualificados como suas partes, devendo se manifestar quanto a esse propósito. Refere, ademais, que o escopo dos contratos é a viabilização da circulação da riqueza, atual ou potencial, entre patrimônios, por ato voluntário e lícito, conduzindo à imediata transformação das situações subjetivas patrimoniais. In Judith Martins-Costa, ob. cit., pp. 41-48.

11. Pontes de Miranda, p. ex., apresenta o seguinte conceito: "O negócio jurídico bilateral, notadamente o contrato, resulta da entrada no mundo jurídico de vontade acorde dos figurantes, com a irradiação de efeitos próprios (Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado – Parte Especial*, 3ª ed., reimp., t. XXXVIII, pp. 6-7). Por sua vez, Fran Martins, quando escreve sobre contratos comerciais, acolhe a definição formulada por Darci Bessone de Oliveira, conceituando o contrato como "o acôrdo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial" (Fran Martins, *Contratos e Obrigações Comerciais*, 2ª ed., p. 82).

12. Em que pese não se tratar do objeto do presente estudo, não se pode deixar de tratar, ainda que sucintamente, da questão da autonomia da vontade. Por sua precisão, transcrevemos excerto da obra de Cláudia Lima Marques: "a doutrina da autonomia da vontade considera que a obrigação contratual tem por única fonte a vontade das partes. A vontade humana é assim o elemento nuclear, a fonte e a legitimação da relação jurídica contratual, e não a autoridade da lei. Sendo assim, é da vontade que se origina a força obrigatória dos contratos, cabendo à lei simplesmente colocar à disposição das partes instrumentos que assegurem o cumprimento das promessas e limitar-se a uma posição supletiva. A doutrina da autonomia da vontade terá também outras consequências jurídicas importantes, como a necessidade de o direito assegurar que a vontade criadora do contrato seja livre de vícios ou de defeitos, nascendo aí a teoria dos vícios do consentimento. Acima de tudo, o princípio da autonomia da vontade exige que exista, pelo menos abstratamente, a liberdade de contratar ou de se abster, de escolher o parceiro contratual, o conteúdo e a forma do contrato. É o famoso dogma da *liberdade contratual*" (Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O Novo Regime das Relações Contratuais*, 5ª ed., p. 60).

13. Cláudia Lima Marques, ob. cit., pp. 60-64.

14. Cláudia Lima Marques, ob. cit., pp. 64-65.

15. Wanderley Fernandes é ainda mais contundente ao afastar a ideia de que a formação do contrato ocorre de forma estanque, afirmando que "o contrato não poderia mais ser definido como um acordo de vontades, mas como um negócio que socialmente é interpretado como vinculante para as partes envolvidas. Vínculo que não nasce apenas do encontro abstrato de vontades, mas de comportamentos socialmente considerados como integrantes de uma relação contratual" (Wanderley Fernandes, "O processo de formação do contrato", in Wanderley Fernandes (coord.), *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*, p. 231).

num *processo*, isso é, numa sequência de actos e comportamentos humanos coordenados entre si, segundo um modelo não já 'natural' e 'necessário', mas sim pré-fixado de modo completamente convencional e arbitrário pelo direito (pelos vários direitos). Se essa determinada sequência de actos e comportamentos humanos corresponde ao esquema estabelecido pelo ordenamento jurídico (e de modo diverso pelos diversos ordenamentos jurídicos), então pode dizer-se que esse determinado contrato se formou, ou concluiu, ou 'ganhou existência'".[16]

Passa-se, agora, à analise de aspectos específicos atinentes à formação dos contratos em geral, para, em momento seguinte, tratar das especificidades relacionadas à formação dos contratos de seguro.

2.1 Formação dos contratos em geral

Iniciamos a presente análise com a lição de Judith Martins-Costa que, ao tratar das relações obrigacionais complexas e a formação progressiva do contrato, traça um panorama das situações que podem anteceder a conclusão do contrato, bem como de suas consequências práticas:

"Nem sempre uma relação obrigacional nasce de imediato. Ela pode ser formada progressivamente, num *iter* negocial e levará até a conclusão do contrato, e pode ser formada por graus, ou escalonadamente. Ambos os fenômenos merecem atenção por potencializarem a complexidade da relação e a incidência da boa-fé objetiva.

"Em face deste fenômeno, a praxe negocial, ainda antes da elaboração teórica, criou um sistema de contratação bastante ágil, que retoma, atualizando-os, os antigos conceitos de *minuta e punctação*. Daí a chamada 'formação progressiva' do contrato, expressão que (...) designa as hipóteses nas quais as partes alcançam acordo sobre alguns pontos do regulamento contratual, mas não sobre outros, referindo-se, pois, aos casos nos quais o regulamento contratual vem a formar-se progressivamente sobre singulares pontos, e '*a aceitação última não se encontra numa única proposta, mas reúne toda uma série de propostas e de aceitações parciais*'.

"A consequência desse modo de proceder está em que se verifica uma espécie de formação por graus *que di□cultará a clara delimitação do adimplemento*. Já a formação é desenvolvida com base em acordos relativos a determinados elementos de um 'todo', ainda não perfeitamente determinado em seus integrais termos, até alcançar, por fim, a completa definição do regulamento contratual, cujo *iter* formativo, portanto, pode resultar variadamente articulado em diversas fases, cada qual com valência e funções jurídicas, 'na unitária prospectiva dos efeitos negociais finais'. (...). Somente a visão da relação obrigacional como uma totalidade ou 'sistema de processos' concretamente considerados poderá auxiliar o intérprete."[17]

Para realização de análise do fenômeno da formação dos contratos em geral, será adotada a sistematização proposta por Daniela Moura Ferreira da Cunha, que constatou a possibilidade de divisão de período contratual em dois momentos: negociação e formação.[18]

16. Enzo Roppo, ob. cit., p. 85.

17. Judith Martins-Costa, *Comentários ao Novo Código Civil – Do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações*, vol. V, t. I, pp. 72-75.

18. A autora em comento explicitou, em nota de rodapé, que, de acordo com Fernando Pessoa Jorge, a distinção entre as negociações preliminares e a formação do contrato é que, enquanto naquelas as partes preparam o conteúdo do negócio, por meio da discussão de seus pontos de vista, na formação do contrato ocorre a exteriorização da vontade negocial, ensejadora da alteração da ordem jurídica em decorrência da constituição ou criação do contrato (Daniela Moura Ferreira Cunha, *Responsabilidade Pré-Contratual por Ruptura das Negociações*, p. 78).

2.1.1 Fase negociatória

Daniela Moura Ferreira Cunha, embasada em ensinamento de Carlos Alberto da Mota Pinto, refere que a fase negociatória vai do início das negociações até a formulação da proposta de contrato.[19]

Neste momento, observa-se a ocorrência das denominadas tratativas, ou seja, o momento em que ocorrem discussões sobre os termos do futuro contrato, sem que, todavia, haja vinculação efetiva entre as partes envolvidas na discussão, situação que é muito comum nos contratos estruturalmente mais complexos.[20] Comum nesta fase, também, é a redação de correspondências e de minutas de contrato, que, apesar de não vincularem as partes, demonstram o *iter* que percorreram as negociações, podendo ser usadas como elementos para verificação do respeito aos princípios legalmente estabelecidos, em especial ao da boa-fé objetiva.

É, ainda, neste momento que pode ocorrer o convite a contratar, comumente formulado nos contratos de seguro, definido como "a mensagem que, evidenciando disponibilidade para iniciar um diálogo dirigido à formação de um ou mais contratos, não deva, nas circunstâncias concretas, ser considerada como proposta contratual".[21]

Considera-se que houve convite a contratar no caso de existência de menção expressa de que a mensagem veiculada não se trata de proposta ou se os elementos constantes da mensagem não forem suficientemente precisos ou completos para que se caracterize uma proposta.[22-23]

No ensinamento de Enzo Roppo, verifica-se a ocorrência do convite a contratar quando não constem de determinada declaração todos os elementos essenciais do contrato visado, nos termos do art. 1,336 c. 1 do Código Civil Italiano. Neste caso, a parte que lançou a ideia de elaborar o contrato teria, ao final, a palavra final em sua conclusão, uma vez que "para provocar a conclusão do contrato, não bastaria, assim, a aceitação da outra parte, mas essa última, estimulada pelo convite, deveria, por seu turno, formular a proposta verdadeira e própria, proposta esta que, aquela que havia convidado, teria a faculdade de recusar ou aceitar, reservando-se, assim, o poder de decisão definitiva acerca da formação do vínculo contratual".[24]

Na fase negocial ocorre, igualmente, a redação das cláusulas contratuais gerais, também conhecidas como condições gerais do negócio, que tem grande importância nos contratos de seguro, bem como nos demais contratos massificados.

Trata-se de técnica de pré-elaboração de futuros contratos, na qual é previamente redigida, unilateralmente, uma lista de cláusulas contratuais a serem inseridas em futuros contratos a serem celebrados;[25] os

19. Daniela Moura Ferreira Cunha, ob. cit., pp. 78-79.

20. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos – O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato*, pp. 231-232.

21. Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos I – Conceito. Fontes. Formação*, 4ª ed., p. 119.

22. Carlos Ferreira de Almeida, ob. cit., p. 119.

23. Daniela Moura Ferreira Cunha destaca que o ordenamento português tende a correlacionar a publicidade comercial ao convite a contratar, referindo, em nota de rodapé, o seguinte ensinamento de Carlos Alberto da Mota Pinto: "Quando se dirige uma proposta a pessoas indeterminadas, deve entender-se que em princípio existe apenas um convite a contratar (assim, p. ex., se alguém anuncia num jornal que vende certas mercadorias a tanto por quilograma ou envia lista de preços). Não há ainda oferta de contratar; o vendedor quer reservar para si a decisão final. Diversa será, porém, a conclusão, se a pessoa que fez a proposta indicou claramente, ou isso resulta das circunstâncias, que considera o contrato perfeito mediante uma declaração de concordância de outrem". Salienta a autora, ainda, que houve uma alteração no posicionamento legal e doutrinário brasileiro, quanto às relações de consumo, decorrente do advento do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que, em seu art. 35, dispõe que a oferta publicitária, quando suficientemente precisa, gera efeitos obrigacionais para aquele que dela se utiliza (Daniela Moura Ferreira Cunha, ob. cit., pp. 92-95).

24. Enzo Roppo, ob. cit., p. 81.

25. No mesmo sentido, os conceitos formulados por Diogo L. Machado de Melo (*Cláusulas Contratuais*

contratos em que, com a concordância (tácita ou expressa) da contraparte, é inserida tal lista são denominados contratos submetidos a condições gerais.[26]

As características das cláusulas gerais contratuais usualmente destacadas pela doutrina são a predisposição unilateral, a generalidade (possibilidade de incorporação em uma pluralidade de contratos) e a rigidez (com a obrigatoriedade de aceitação em bloco e consequente imodificabilidade no momento da formação do contrato).[27]

Contudo, tal técnica de pré-elaboração de cláusulas contratuais não é imune a críticas. Como salienta Almeno de Sá: "No domínio da contratação baseada em condições negociais gerais, ocorre tipicamente uma perturbação do equilíbrio negociatório, já que as cláusulas aparecem como unilateralmente predispostas para uma série de contratos, acabando por integrar-se no contrato singular sem que a contraparte do utilizador tenha qualquer possibilidade de influir nos respectivos termos. Vai aqui implícita uma certa 'posição de poder' do utilizador, *resultante do próprio modo de formação do contrato*, que lhe permite perseverar num regulamento negocial próprio, independentemente da interiorizada concordância do seu parceiro negocial (...). A existência de um 'peso de negociação' aproximadamente equivalente torna-se necessária para que cada uma das partes possa fazer valer os seus legítimos interesses no quadro do regulamento contratual. Se este dado não se verifica, como tipicamente sucede na contratação estandardizada, e, em vez disso, um dos contraentes tiver a possibilidade, por força de sua particular posição, no quadro de conclusão do contrato, de 'ditar', de forma desrazoável, os termos do acordo, e de fazer valer unilateralmente os seus interesses, sem ter em conta, na medida adequada, os legítimos interesses do seu parceiro negocial, o que daí resulta não pode, sem mais, ser aceite pela ordem jurídica, devendo antes ficar potencialmente sujeito à uma sindicação judicial".[28]

Contudo, não há, na legislação brasileira, regra específica visando à regulação da incorporação das cláusulas contratuais gerais aos contratos singulares, como ocorre, por exemplo, no direito português.[29]

2.1.2 Fase decisória

Por sua vez, a fase decisória é aquela em que as partes emitem suas declarações de vontade[30] (oferta e aceitação)[31] e, havendo o consenso, cria-se o vínculo contratual;[32] em

Gerais, p. 50), José A. Engrácia Antunes (*Direito dos Contratos Comerciais*, pp. 188-189) e Almeno de Sá (*Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2ª ed., p. 212).

26. Cláudia Lima Marques, ob. cit., p. 79.

27. Para maior aprofundamento, v. Almeno de Sá (ob. cit., pp. 213-217), Diogo L. Machado de Melo (ob. cit., pp. 53-67) e Cláudia Lima Marques (ob. cit., pp. 79-80).

28. Almeno de Sá, ob. cit., pp. 208-209.

29. Jose A. Engrácia Antunes refere que a legislação portuguesa estabelece "uma disciplina especial que fez depender a inserção das cláusulas contratuais gerais nos contratos singulares de um dever de comunicação ao aderente dessas cláusulas (art. 5º da LCCG), de um dever de informação sobre o alcance dessas (art. 6º da LCCG) e da inexistência de cláusulas contratuais particulares prevalentes (art. 7º da LCCG): a inobservância destes deveres é sancionada com a sua expurgação do contrato de adesão celebrado (art. 8º da LCCG)" (José A. Engrácia Antunes, ob. cit., p. 192).

30. Importa ressaltar que ambas são consideradas declarações receptícias, ou seja, capazes da geração de efeitos jurídicos no plano contratual, desde que sejam levadas ao conhecimento de seu destinatário, como destaca Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (*Curso de Direito Comercial*, vol. 4, t. I, p. 393).

31. Daniela Moura Ferreira Cunha, ob. cit., pp. 85-86.

32. Nesse mesmo sentido, leciona Fran Martins que "Sendo o contrato um acôrdo de vontades, para que exista, necessário é que, antes, as duas ou mais vontades que desejam formar o acôrdo sejam manifestadas. (...) Naturalmente, não podem essas duas vontades manifestar-se e ser recíprocamente aceitas ao mesmo tempo. Uma das partes expressará sua vontade em primeiro lugar, cabendo à outra manifestar-se imediatamente após ou com certo espaço de tempo de intervalo. Dêsse fato resultam as chamadas *fases de formação* dos contratos.

outras palavras, verificando-se o consenso entre as partes, ocorre a formação do contrato.[33]

Inicialmente, insta referir que a proposta, regulada pelos arts. 427 a 429 do Código Civil é definida por Rubens Hideo Arai como "o ato pelo qual se dá início à fase de formação do contrato. É através dela que uma das partes vai provocar a manifestação de vontade da outra"; em face da proposta, o proponente passa "a ser responsável pela validade e seriedade da mesma, vinculando-o ao negócio proposto caso seja aceito pelo destinatário".[34]

Carlos Ferreira de Almeida elencou as seguintes características da proposta: a) completude, devendo conter o conjunto mínimo de elementos indispensáveis para a formação do contrato; b) precisão, de tal modo que não reste dúvida sobre os elementos do contrato celebrado; c) firmeza, no sentido de que a mesma seja reveladora de uma vontade séria e definitiva de contratar; e d) adequação formal, ou seja, que haja adoção da forma suficiente à formação do contrato a que se dirige.[35]

Por sua vez, a aceitação, regrada pelos arts. 430 a 434 do Código Civil, é a declaração de vontade correspondente a uma adesão integral à proposta, nos termos em que esta foi formulada.[36]

Ao analisar o tema, Carlos Ferreira de Almeida assevera que "a reacção positiva a uma determinada proposta de contrato chama-se aceitação. A aceitação é uma resposta afirmativa, conforme (concordante, congruente) com os termos da proposta a que se refere",[37] salientando, ainda, que a aceitação deve ser formalmente adequada, ou seja, deve respeitar o grau de formalidade exigido em lei.[38]

2.2 Formação do contrato de seguros – Particularidades

Em face das peculiaridades do contrato de seguro, decorrentes de suas características próprias, principalmente relacionadas à mutualidade[39] e à necessidade das atividades do segurador[40] serem exercidas de maneira

Consistem essas fases na iniciativa tomada por uma das partes, tendo êsse fato o nome de *proposta* ou *oferta*, e na manifestação da vontade da outra parte sôbre o mesmo objeto, denominada essa de *aceitação*. Naturalmente, a segunda parte pode recusar a proposta e, nesse caso, o contrato não se fará. Já que o contrato é um *acôrdo de vontades*, para sua existência necessárias se toram uma *proposta* ou *oferta* e uma *aceitação* (Fran Martins, ob. cit., pp. 93-94). Igualmente, Enzo Roppo afirma que "o contrato forma-se precisamente quando esta *proposta* e essa *aceitação* se encontram, dando lugar àquilo que se chama o *consenso* contratual" (Enzo Roppo, ob. cit., p. 73). Também se manifesta neste sentido Diogo L. Moreira de Melo (ob. cit., p. 187).

33. José A. Engrácia Antunes, ao tratar do modelo clássico de formação de contratos, igualmente enfatiza a importância do consenso na formação dos contratos, ao asseverar que "todo e qualquer contrato é o produto do *consenso* ou acordo de vontades (...) consubstanciado no casamento entre uma declaração negocial emitida pelo proponente – designada *proposta* (...) – e uma subsequente declaração negocial de conformidade que manifesta uma total concordância do destinatário – denominada *aceitação* (...)" (José A. Engrácia Antunes, ob. cit., p. 130).

34. Rubens Hideo Arai, "Formação dos contratos", in Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni (coords.), *Teoria Geral dos Contratos*, pp. 435-436.

35. Carlos Ferreira de Almeida, ob. cit., pp. 115-119.

36. Diogo L. Machado de Melo, ob. cit., p. 185.

37. Carlos Ferreira de Almeida, ob. cit., p. 121.

38. Carlos Ferreira de Almeida, ob. cit., p. 122.

39. Em razão de a estabilidade da operação ser diretamente relacionada à massa de segurados que compõe a mútua, o que reflete na mais efetiva garantia dos segurados em face das consequências econômicas que poderiam advir do evento lesivo, Ernesto Tzirulnik afirma que "[é] a soma dos vários prêmios pagos pelos diversos contratantes ao segurador que lhe possibilita indenizar aqueles, entre todos, que forem 'sinistrados'. O segurador, portanto, organiza a arrecadação dos prêmios de diversos segurados, garantindo-os contra a ocorrência do risco atuarialmente determinado, a que todos igualmente estão sujeitos, e entre os quais, como já ressaltado, certamente haverá os que de fato sofrerão a ocorrência do acidente. A estes, então, corresponderá a indenização, a ser efetuada pelo segurador que, com base nos valores arrecadados, proverá a satisfação do interesse prejudicado. É esse o fundamento econômico das operações de seguro e o princípio de toda a sua técnica" (Ernesto Tzirulnik, ob. cit., p. 10).

40. Conceitua-se segurador como "aquela parte no contrato que se vincula a cobrir um determinado

profissional,[41] observa-se a necessidade de padronização em suas contratações (advinda da própria exigência de uniformização dos riscos que serão garantidos pela mútua, formada por grupo de segurados com necessidade de garantia uniforme).

Essa uniformidade advirá do emprego, pelo segurador, de cláusulas gerais contratuais previamente redigidas, submetidas a controle da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), nos termos do disposto no art. 35 do Decreto-lei 73/1966, denominadas, na prática securitária, de condições gerais e especiais.[42-43]

A exigência de prévia autorização das Condições Gerais e Especiais por ente estatal fiscalizador não é exclusividade do ordenamento jurídico brasileiro. Apenas a título de ilustração, refere-se que, conforme Ernesto Tzirulnik, Rubem S. Stiglitz relata a presença de idêntica determinação na legislação argentina.[44]

É importante destacar, ainda, que desde o primeiro contato entre as partes (seja por meio de publicidade, seja por intermédio do corretor de seguros), o segurador ressalva expressamente que o contrato somente será firmado mediante o acolhimento integral das condições gerais e especiais do negócio.[45]

Quanto à veiculação de publicidade, prática comum adotada pelas seguradoras para a captação de novos clientes, entende-se como acertado o posicionamento de Rubens Hideo Arai ao defender que "[a] lguns negócios, por sua natureza, afastam a possibilidade de existência de uma proposta definitiva e até mesmo completa por parte do solicitante. É o caso do contrato de seguro onde a seguradora distribui prospectos de seus produtos, sendo considerado apenas um convite a contratar".[46]

risco económico, obrigando-se a efectuar a prestação devida em caso de sinistro" (José A. Engrácia Antunes, ob. cit., p. 690).

41. Luiz Augusto Roux Azevedo comenta que "o exame da base técnica do contrato de seguro, e em especial as possibilidades e as consequências que derivam da aplicação da lei dos grandes números, mostra claramente que a operação de seguro requer a organização empresarial para a atividade securitária, em contrapartida à exploração individual do contrato, de maneira atécnica. A eventual celebração de um contrato de seguro com indivíduo ou empresa que não está organizada e autorizada a funcionar como segurador implica, aí sim, na transferência do risco que incide sobre o interesse segurado para o risco de solvência do segurador, posto que o contrato se transforma em uma verdadeira aposta" (Luiz Augusto Roux Azevedo, ob. cit., p. 68). Por sua vez, José Augusto Delgado refere que as empresas seguradoras devem assumir a forma de sociedade anônima ou de cooperativa (para as atividades de seguros rurais e de saúde), traçando um panorama da legislação brasileira aplicável à sua constituição e funcionamento (José Augusto Delgado, *Comentários ao Novo Código Civil – Das Várias Espécies de Contrato. Do Seguro*, pp. 77-98). Finalmente, Ernesto Tzirulnik e Flávio Queiroz Bezerra Cavalcanti afirmam que "la capacità *imprenditoriale*, questo attributo dell'attività economica organizzata sotto forma di impresa, dell'essenza del contratto di assicurazione, influirà in maniera decisiva su tutte le fasi, a partire de quella precontrattuale, e non sarà lecito accantonarla neanche per un solo istante. Tale preoccupazione deve essere ancor maggiore per il fatto che l'assicurazione è l'unico contratto obbligatoriamente imprenditoriale disciplinato dal Codice" (Ernesto Tzirulnik e Flávio Queiroz Bezerra Cavalcanti, "Gli elementi essenciali del contratto di assicurazione nella disciplina introdotta dal nuovo Codice Civile brasiliano", in *Diritto ed Economia dell'Assicurazione* 3-4/803-823, disponível em *http://www.ibds.com.br/artigos/GliElementi.pdf*, acesso 8.1.2012, p. 822).

42. Doutrinariamente, classifica-se essas cláusula gerais contratuais em condições gerais, que são as cláusulas comuns a todos os contratos de um mesmo ramo de seguros, e condições especiais, que dizem respeito a especificações (modalidades) compreendidas nos ramos, bem como a questões específicas atinentes a uma determinada mútua. Sobre o tema, Ernesto Tzirulnik e Paulo Luiz de Toledo Piza, *Notas sobre a Natureza Jurídica e Efeitos da Apólice de Seguro no Direito Brasileiro Atual*, disponível em *http://www.ibds.com.br/artigos/NotasSobreaNaturezaJuridicaeEfeitosdaApolicedeSeguronoDireitoBrasileiroAtual.pdf*, acesso 8.1.2012, p. 16.

43. É indiferente que as condições gerais e especiais que compõem o contrato de seguro constem deste formulário ou de outro documento individualizado, havendo, em face disso, a praxe de as mesmas serem disponibilizadas junto à apólice de seguros ou de ser indicado na apólice o local onde as mesmas estão à disposição do segurado.

44. Ernesto Tzirulnik, ob. cit., p. 20.

45. Portanto, muito pouca margem de escolha resta ao futuro proponente; na prática, a escolha fica limitada à realização da contratação do seguro e à escolha da companhia seguradora que será sua contraparte.

46. Rubens Hideo Arai, ob. cit., p. 437.

Outra técnica utilizada para a obtenção de uniformidade, indispensável à formação da mútua, é a elaboração, pelo segurador, de formulário padronizado[47] que gerará a proposta, onde são feitos questionamentos no intuito de mensurar o grau de risco a que está sujeito o proponente e que influirão diretamente em suas decisões de negócio inclusive, em decorrência da evolução das formas de disponibilização e tratamento de informações, ocorre, na prática, o encaminhamento, aos corretores de seguro, de programas de informática que permitem o preenchimento de tal formulário em meio eletrônico e o realizam, automaticamente, o cálculo do prêmio a ser pago pelo proponente se perfectibilizado o contrato.[48]

Contudo, em que pese a redação, pelo segurador, dos termos em que deverá ser apresentada a proposta, entende-se que a oferta de contrato é formulada pelo segurado. Na precisa lição de Vera Helena de Mello Franco, "Em síntese, contém uma solicitação do segurado para contratar e o fato de ser redigida pela seguradora não afasta esse entendimento, de modo a que possa ser considerada como oferta, por parte da seguradora, a pessoa incerta. O preenchimento das questões impressas, pelo segurado, por outro lado, não quer significar aceitação (...). O segurado, mediante a proposta, formula oferta de contrato. A proposta é oferta e não aceitação e o fato de ser impressa não influi na sua natureza. A manifestação de vontade do segurado protrai-se ao momento da elaboração das cláusulas, as quais tornam-se conteúdo de manifestação de vontade do ofertante".[49]

Finalmente, cabe ao segurador, com fundamento em sua autonomia negocial, decidir acerca da formação do contrato de seguro ao receber a proposta, aceitando-a, de forma expressa ou tácita, ou recusando-a.[50] Com a formação do contrato, deve ser emitida pelo segurador, no prazo de 15 dias, a apólice do seguro.

3. Boa-fé objetiva na formação dos contratos de seguro

3.1 Boa-fé objetiva enquanto princípio norteador do direito contratual

Ressaltando a grande importância da boa-fé objetiva,[51] Ruy Rosado de Aguiar Júnior traça um panorama da aplicação de tal princípio ao afirmar que: "A boa-fé objetiva expressa princípio geral que preside a todo o ordenamento jurídico, privado e público, e muito especialmente o livro do direito das obrigações. No âmbito do contrato, abrange a sua formação, execução e extinção, além de se estender às fases pré e pós-contratual, uma vez que as partes devem guardar a boa-fé assim nas tratativas (culpa *in contrahendo*), como depois de findo o pacto (culpa *post pactum □nitum*). Ocupa posição de destaque e mesmo de supremacia em matéria contratual e permite ao juiz referir-se aos valores sociais".[52]

47. José A. Engrácia Antunes, ob. cit., p. 697; Ernesto Tzirulnik e Paulo Luiz de Toledo Piza, *Comercialização de Seguros: Contratação Direta e Intermediação*, disponível em *http://www.ibds.com.br/artigos/ComercializacaodeSegurosContratacaoDiretaeIntermediacao.pdf*, acesso 8.1.2012.

48. Sobre o procedimento adotado pelas companhias seguradoras antes do advento dos meios eletrônicos, relata Vera Helena de Mello Franco: "A proposta de seguro, em regra, na prática, revela-se sob a forma de um formulário impresso (embora admitido possa valer sob outra forma, *v.g.*, carta, telegrama, etc.) apresentado pela seguradora. Nela deverão constar todos os dados que irão figurar na apólice e dentre eles, principalmente, qual o objeto ou interesse segurado, a natureza dos riscos garantidos, o prazo de duração do contrato, a soma segurada e o valor do prêmio que será pago" (Vera Helena de Mello Franco, "A formação do contrato de seguro no direito brasileiro: a proposta e a apólice de seguro (confronto com o direito comparado)", in *RDM* 31/53).

49. Vera Helena de Mello Franco, ob. cit., p. 53.

50. José A. Engrácia Antunes, ob. cit., pp. 698-699.

51. O princípio da boa-fé objetiva é previsto expressamente nos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil de 2002.

52. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Comentários ao Novo Código Civil – Da Extinção dos Contratos*, vol. VI, t. II, p. 62.

Por sua vez, ao construir seu conceito de boa-fé objetiva,[53] Judith Martins-Costa ressalta o fato de se está a tratar de uma norma de conduta fundada em valores moralmente relevantes,[54] asseverando que "[A]o conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as ideias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como *regra de conduta* fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, *na consideração para com os interesses do 'alter', visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado*. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro polo da relação obrigacional".[55]

A mesma autora, em linha com doutrinadores portugueses como Antonio Meneses Cordeiro[56] e Mario Julio de Almeida Costa,[57] refere que a boa-fé, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, pode ter funções distintas,[58] assim elencadas: a) cânone hermenêutico-integrativo do contrato;[59] b) norma de criação de deveres subjetivos;[60] c)

53. Apesar de não ser assunto que compõe diretamente o foco da presente pesquisa, cumpre referir, em linhas gerais, que há distinção entre os conceitos de boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva, denotando esta última expressão "a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que excusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância excusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) de ignorância (as hipóteses de casamento putativo, da aquisição de propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente). Pode denotar, ainda, secundariamente, a ideia de vinculação ao pactuado, no campo específico do direito contratual, nada mais aí significando do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado, de modo a se poder afirmar, em síntese, que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição 'egoística' à literalidade do pactuado" (Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, 1ª ed., 2ª tir., pp. 411-412).

54. A guisa de ilustração, refira-se que Cláudia Lima Marques também ressalta a ligação entre boa-fé e valores moralmente relevantes, asseverando que "[b]oa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes" (Cláudia Lima Marques, ob. cit., p. 216). Da mesma forma, refere Miguel Reale que "[a] boa-fé objetiva apresenta-se como uma *exigência de lealdade*, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, leal e proba" (Miguel Reale, *História do Novo Código Civil*, pp. 248-249).

55. Judith Martins-Costa, ob. cit., p. 412.

56. António Meneses Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 1ª ed., 4ª reimp., 2011.

57. Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12ª ed.

58. Abordando este ponto sob o prisma da legislação brasileira, v., ainda, Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber ("A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil", in Gustavo Tepedino (coord.), *Obrigações – Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*, pp. 35-37), Fernando Noronha (*Direito das Obrigações*, 2ª ed., vol. 1, pp. 79-86), Ruy Rosado de Aguiar Júnior (ob. cit., pp. 87-89), Clóvis do Couto e Silva (*A Obrigação como Processo*, pp. 91-98), Teresa Negreiros (*Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé*, pp. 224-261) e Cláudia Lima Marques (ob. cit., 5ª ed., p. 216).

59. Nas palavras da autora, embasada em ensinamento de Giovanni Maria Uda, "para que possa ocorrer uma coerente produção dos efeitos do contrato, tornam-se exigíveis às partes, em certas ocasiões, comportamentos que não resultam nem de expressa e cogente disposição legal nem das cláusulas pactuadas. A boa-fé atua, como cânone hermenêutico, integrativo frente à necessidade de qualificar esses comportamentos, não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da *fattispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente proposto" (Judith Martins-Costa, ob. cit., p. 429).

60. Teresa Negreiros, quando trata do assunto, refere que "[o]s deveres jurídicos decorrentes da boa-fé costumam ser referidos sob a rubrica generalista de deveres secundários, laterais, anexos, acessórios ou instrumentais, como tais qualificados os deveres, imputados tanto ao devedor como ao credor, cuja fonte não é a manifestação volitiva" (Teresa Negreiros, ob. cit., p. 236). Por sua vez, Judith Martins-Costa assevera que "[c]omo se pode bem perceber, têm os deveres instrumentais ou laterais o escopo de garantir a plena consecução da relação obrigacional, especialmente a contratual, mas não exclusivamente, uma vez incidirem, como adiante será melhor explicitado, também na fase pré-contratual. Não estão orientados para o interesse no cumprimento do

norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.[61]

Mesmo no Direito Empresarial, admite-se a aplicação do princípio da boa-fé aos contratos, desde que consideradas as suas especificidades.

Nesta seara, a boa-fé pode ser entendida, na acepção de Paula Forgioni, como a adoção de "comportamento jurídica e normalmente esperado dos '*comerciantes cordatos*', dos agentes econômicos ativos e probos em determinado mercado (ou 'em certo ambiente institucional'), sempre de acordo com o direito".[62] Tem, portanto, relação com a "retidão de comportamento no mercado, conforme os modelos ali esperados (*inclusive o respeito às normas, próprio do homem ativo e probo*)".[63] Ressalta, contudo, que não se está a esperar comportamento altruísta,[64] bem como que não é admissível a excessiva proteção a uma das partes, sob pena de desestabilização do sistema.[65]

Ainda segundo a autora acima referida, tal aplicação é benéfica para o trato mercantil, gerando, em razão de sua atuação na garantia dos contratos como consequências a diminuição dos custos de transação, a facilitação dos negócios e a estimulação do fluxo de relações econômicas.

Finalmente, traçando um paralelo com as funções da boa-fé objetiva apontadas por Judith Martins-Costa, anteriormente referidas, Paula Forgioni leciona que, no direito comercial, a boa-fé desempenha as seguintes funções: (a) *pauta de comportamento* para os agentes econômicos, apoiando a execução das cláusulas contratuais. A boa-fé impõe limites ao exercício dos direitos (art. 187 do Código Civil); (b) *pauta de interpretação*, colocando-se como ponto cardeal de orientação da atividade dos operadores do direito; a exegese do texto contratual jamais poderá ser contrária à boa-fé (art. 113 do Código Civil); e (c) *pauta de integração dos negócios mercantis*, pois se presta como instrumento à resolução do problema da incompletude contratual.[66]

Outro aspecto a se considerar é a possibilidade de aplicação dos preceitos relacionados à boa-fé no período pré-contratual, durante a execução do contrato e na fase pós-contratual, depois de ocorrido o adimplemento da obrigação principal, o que tem relação direta com o objeto do presente estudo, como se passa a demonstrar.

3.2 Boa-fé objetiva aplicada à formação dos contratos de seguro

Uma primeira observação que não se pode deixar de fazer é que se está a tratar, neste artigo, da aplicação do princípio da boa-fé na formação dos contratos de seguro como um todo; não há de se tratar, nesta seara, dos contratos de seguro que se enquadrem às disposições do Código de Defesa do Consumidor.[67]

dever principal de prestação, caracterizando-se 'por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e da proteção à pessoa ou aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes'. Trata-se, pois, de *deveres de adoção de determinados comportamentos*, impostos pela boa-fé, tendo em vista o fim do contrato em razão da relação de objetiva confiança que o contrato fundamenta, comportamentos estes, porém, variáveis seguindo as circunstâncias concretas da situação" (Judith Martins-Costa, ob. cit., pp. 448-449).

61. Neste caso, ocorre a vedação a comportamentos disfuncionais, como, por exemplo, a conduta contraditória enquadrável nas máximas "*venire contra factum proprium*" e "*tu quoque*", o adimplemento substancial e os casos de *supressio/surrectio* (Judith Martins-Costa, *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, pp. 214-218).

62. Paula A. Forgioni, *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, p. 99.

63. Paula A. Forgioni, ob. cit., p. 101.

64. Paula A. Forgioni, ob. cit., p. 101.

65. Paula A. Forgioni, ob. cit., p. 103.

66. Paula A. Forgioni, ob. cit., p. 109.

67. Alguns contratos de seguro, quando firmados por consumidores (art. 2º do CDC), podem ser classificados como de relação de consumo, em face do enquadramento do segurador ao conceito de fornecedor de serviços (art. 3º, § 2º, do CDC). Nestes casos, além das regras gerais de que se trata no presente estudo, são aplicáveis as normas protetivas da legislação consumeirista. V. Cláudia Lima Marques, ob. cit., pp. 470-503.

Dito isso, refere-se que, como foi demonstrado anteriormente, o contrato de seguros, em face de suas particularidades, deve ser interpretado sob um prisma distinto dos contratos comutativos tradicionais. Justamente por isso, leciona Judith Martins-Costa,[68] que "Maior é a intensidade dos deveres decorrentes da boa-fé, quando os interesses em jogo não são contrapostos, mas quando se verifica uma atividade em proveito alheio (...). Também assim ocorre – conquanto em outra escala – nos contratos cuja racionalidade e funcionalidade econômico-social não são compreensíveis em termos atomístico, nem de contatos interindividuais, mas, tão somente, perspectivando-se a convergência de *interesses de uma inteira comunidade*. Assim, por exemplo, os contratos de seguro ou os que visam assegurar a previdência privada ou os de consórcio para aquisição de bens. Nesses casos, a boa-fé, como emanação do dever de consideração aos interesses *comuns*, poderá assegurar a prevalência desses interesses aos interesses individuais dos consorciados, funcionando, então, articuladamente, ao princípio da função social dos contratos".[69]

Deve-se considerar, portanto, que a aplicação do princípio da boa-fé deve ser feita com cuidado, por se estar diante de um contrato que envolve a captação de poupança popular para a formação de uma mútua apta a assumir o pagamento de indenização quando da ocorrência do sinistro,[70] sob pena de possibilidade de lesão ao interesse da coletividade ao se defender o interesse do segurado individualmente considerado.

Tendo-se isso em consideração, passa-se ao estudo da responsabilidade pré-negocial advinda do desrespeito à boa-fé na formação do contrato de seguro.

Mario Júlio de Almeida Costa, ao tratar do tema, refere que "Através da responsabilidade pré-contratual tutela-se diretamente a confiança fundada de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações segundo a boa fé; e, por conseguinte, as expectativas legítimas que a mesma lhe crie, não só quanto à validade e eficácia do negócio, mas também quanto a sua futura celebração. Convirá salientar, todavia, que o alicerce teleológico dessa disciplina ultrapassa a mera consideração dos interesses particulares em causa. Avulta, com especial evidência, a preocupação da defesa dos valores sociais da segurança e da facilidade do comércio jurídico. Não é inédito aduzirem-se postulados da análise econômica do direito".[71]

Sobre o mesmo tema, Judith Martins-Costa elenca os deveres instrumentais que entende serem violados para que se possa caracterizar a responsabilidade pré-contratual,

68. Para desenvolver este raciocínio, Judith Martins-Costa parte de ensinamento de Clóvis do Couto e Silva constante da obra *A Obrigação como Processo*. Para este autor, os deveres derivados da boa-fé se ordenam em graus de intensidade, dependendo da categoria a que se ligam; refere, em face disso, que: "[n]os negócios bilaterais, o interesse, conferido a cada participante da relação jurídica (*mea res agitur*) encontra sua fronteira nos interesses do outro figurante, dignos de serem protegidos. O princípio da boa-fé opera, aqui, significativamente, como mandamento de consideração. Quando o vínculo se dirige a uma atividade em proveito de terceiro (gestão de negócios, negócios fiduciários), o dever de levar em conta o interesse da outra parte (*tua res agitur*) é conteúdo do dever do gestor ou do fiduciário. Nas relações Jurídicas em que a cooperação se manifesta em sua plenitude (*nostra res agitur*), como nas de sociedade, em parte nas de trabalho e, principalmente, na comunidade familiar, cuida-se de algo mais do que a mera consideração, pois existe dever de aplicação à tarefa suprapessoal, e exige-se disposição ao trabalho conjunto e sacrifícios relacionados com o fim comum" (Clóvis do Couto e Silva, ob. cit., pp. 91-98).

69. Judith Martins-Costa, "Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro", in Antonio Junqueira de Azevedo, Heleno Taveira Torres e Paolo Carbone (coords.), *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros Temas – Homenagem a Tullio Ascarelli*, pp. 402-403.

70. Como já foi comentado, "a finalidade do seguro é justamente pulverizar, fragmentar o risco, diluindo suas consequências econômicas no seio de um agrupamento (mutualidade), formado pelos titulares de interesses submetidos aos mesmos riscos" (Vera Helena de Mello Franco, *Contratos – Direito Civil e Empresarial*, p. 270).

71. Mário Júlio de Almeida Costa, ob. cit., pp. 302-303.

aduzindo que "Na responsabilidade pré-negocial, os deveres que se violam, portanto, não são os deveres (obrigações) principais, que só se concretizam com o contrato formado, mas os deveres instrumentais, que em algumas hipóteses se concretizam previamente à formação do vínculo negocial, deveres de cooperação, de não contradição, de lealdade, de sigilo, de correção de informação e esclarecimento – em suma, deveres que decorrem da boa-fé objetiva, como mandamento de atenção à legítima confiança despertada no futuro contratante e de tutela aos seus interesses".[72]

Dentre os deveres acima listados pela insigne doutrinadora, enfatiza-se o dever de informação, que, segundo Daniela Moura Ferreira Cunha, relaciona-se ao desnível de informação entre as partes contratantes,[73] oriundo da especial competência técnica de uma das partes ou de suas circunstâncias pessoais.[74]

Não há como desconsiderar o fato de que a previsão, no art. 765 do Código Civil de 2002, do contrato de seguro como contrato de máxima boa-fé (*uberrimae □dae*), advém do reconhecimento acerca da assimetria informacional existente entre as partes. Isso porque se verifica, conforme maciçamente apregoado pela doutrina,[75] que o segurado dispõe dos conhecimentos específicos acerca de sua situação, o que o coloca em vantagem, neste aspecto, em relação ao segurador. Em outras palavras, o segurado conhece as especificidades do caso concreto que podem influir, decisivamente, na ponderação do risco a que ele está exposto, razão pela qual deve prestar informações verdadeiras ao segurador no momento do preenchimento dos formulários por este elaborados.

Contudo, mesmo concordando integramente com a colocação acima, não se pode concordar com quem defenda que tal dever é exclusivo do segurado. Isso porque se entende que o segurador também dispõe de informações que possuem o condão de influir na decisão do segurado de realizar, ou não, a proposta, razão pela qual o art. 765 do Código Civil também lhe impõe o dever de agir de boa-fé.

Como primeiro aspecto a ser levantado quanto à atuação do segurador, observa-se que Vera Helena de Mello Franco, em 1978, salienta o caráter diferenciado da formação do contrato de seguro, como se demonstra do seguinte excerto:

"Sob este aspecto, Garrigues observa que o conteúdo da apólice não é livre em dois sentidos: em primeiro lugar, porque devem ser mencionados os elementos exigidos pela Lei; em segundo lugar, porque as condições gerais, que integram as apólices, estão submetidas ao controle administrativo do Estado. Tal fato tem decorrências jurídicas importantes.

"Tem-se em vista aqui que, pelo fato do contrato de seguro ser um contrato tipo (padronizado), com conteúdo predeterminado (de adesão[76]), no qual o segurado

72. Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, 1ª ed., 2ª tir., p. 487.

73. Ruy Rosado de Aguiar Júnior também defende este posicionamento, ao asseverar que "[d]urante as tratativas preliminares, o princípio da boa-fé é fonte de deveres de esclarecimento, situação que surge seguidamente quando uma das partes dispõe de superioridade de informações ou de conhecimentos técnicos, que devem ser repassados amplamente e de forma compreensiva à contraparte, para que esta possa decidir com suficiente conhecimento de causa. A falta de esclarecimentos que não tenha gravidade para deslocar a questão para o âmbito da invalidade, por vício de vontade, pode ensejar a aplicação do princípio da boa-fé, seja para a resolução da relação depois constituída, seja para a exclusão de cláusulas ou o reconhecimento de deveres" (Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ob. cit., p. 94).

74. Daniela Moura Ferreira Cunha, ob. cit., p. 139.

75. Neste sentido, v.: Pedro Alvim, *O Seguro e o Novo Código Civil*, pp. 43-45; Luiz Augusto Roux Azevedo, ob. cit., pp. 84-91; José Augusto Delgado, ob. cit., pp. 203-212; Alberto Pasqualotto, ob. cit., pp. 109-111; e Ernesto Tzirulnik, ob. cit., pp. 45-53.

76. Os contratos de adesão, de grande relevância nas relações humanas, em especial naquelas envolvendo

adere às condições preestabelecidas, são aplicadas aos contratos, além das regras de interpretação, comuns aos diversos contratos, particularmente, a norma de interpretação a favor do aderente (segurado, no caso) e a da prevalência das cláusulas manuscritas sobre as impressas, na hipótese de dúvidas, ambiguidades ou contradições."[77]

Além disso, o segurador, em decorrência do conhecimento técnico diferenciado decorrente de sua prática profissional, tem ciência de quais informações são relevantes para a adequada análise do risco envolvido na contratação. Assim, a ele cabe inserir, nos questionamentos constantes do formulário a ser respondido pelo segurado, as perguntas que considera pertinentes para a prática de suas atividades profissionais.

Defende-se, ainda, a necessidade de esclarecimento ao segurado do conteúdo das condições gerais e especiais do negócio, uma vez que são cláusulas dispostas unilateralmente pelo segurador, muitas vezes com redação de maior complexidade. Deve o segurador, ainda, redigir o contrato de forma clara, para que o segurado possa compreender os compromissos assumidos por ambas as partes,[78] bem como se certificar de que este leu e compreendeu as cláusulas ajustadas.[79]

No mesmo sentido, ao tratar da relação entre a boa-fé objetiva e a inclusão de cláusulas gerais contratuais em contratos civis (ou seja, onde não há incidência do Código de Defesa do Consumidor), Diogo L. Machado de Melo refere que "Apesar de o Código Civil de 2002 não fazer previsão do procedimento de formação dos contratos de adesão, muito menos de alguma espécie específica de controle de inclusão das *cláusulas contratuais gerais*, nem por isso os futuros aderentes das relações civis (ou não de consumo) estarão desprotegidos.

"Nunca é demais lembrar que há também no Código Civil o dever de transparência, oriundo do dever geral da boa-fé (CC, art. 422), que pautará o predisponente na elaboração e oferecimento das *cláusulas contratuais gerais*. Aqui, a boa-fé espraia seus efeitos de conduta do utilizador das cláusulas.

"(...) Por isso, entendemos que mesmo nas relações civis há o direito do aderente a uma cognoscibilidade prévia, não podendo esse ser alvo de surpresa, ainda que sejam características das *cláusulas contratuais gerais* a unilateralidade, a predisposição, a generalidade, a abstração e a rigidez."[80]

Finalmente, em que pese haja a intervenção do corretor de seguros quando a proposta é encaminhada à seguradora, não se pode olvidar que, na prática, é corriqueira a situação em que as corretoras são diretamente vinculadas às seguradoras, situação denominada por Ernesto Tzirulnik como captura da corretora;[81] evidentemente que,

fornecimento massificado de bens e/ou serviços (sejam ou não enquadráveis como relações de consumo), são aqueles não precedidos de negociação entre as partes, em que o consenso se manifesta na forma de simples adesão a conteúdo preestabelecido pela parte predisponente (Teresa Negreiros, *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*, pp. 359-377). Sobre o tema, destaca-se, ainda, os ensinamentos de Cláudia Lima Marques (ob. cit., pp. 71-78).

78. Humberto Theodoro Júnior, *O Contrato de Seguro e a Regulação do Sinistro*, disponível em *http://www.ibds.com.br/artigos/OContratodeSeguroeaRegulacaodoSinistro.pdf*, acesso 8.1.2012, p. 4.

79. Vera Helena de Mello Franco, *Contratos – Direito Civil e Empresarial*, p. 279.

80. Diogo L. Machado de Melo, ob. cit., pp. 204-205.

81. Nas palavras do autor, "[p]ara não dizer mais, registre-se que os seguradores, praticamente todos, para poderem oferecer preços competitivos ou mesmo com o intuito de obter melhores resultados, passaram a fazer uso de corretoras fictícias, comumente denominadas *cativas*, ao invés das contratações explícitas diretas. Aqui uma grave infração a lei. A relação das *cativas* com os seguradores burla o princípio da autonomia dos corretores fixado no art. 125 do D.L. 73/1966, que proíbe mantenham esses profissionais, seus prepostos, assim como os sócios ou diretores de sociedades corretoras, relação de emprego ou de direção com sociedade corretora. Embora tecnicamente não se trate de vínculo laboral, porque a lei veda essa possibilidade, a relação do corretor cativo, assim como da pessoa jurídica desse tipo, produz igual subordinação e dependência" (Ernesto

em uma situação como essa, o segurador não pode usar a falta de esclarecimento das cláusulas gerais ao segurado, decorrente da própria ligação entre ele e o corretor, em seu próprio favor.

4. Conclusão

Tendo em vista a argumentação apresentada, entende-se que os ditames decorrentes da aplicação do princípio da boa-fé devem ser respeitados durante o período que antecede a celebração do contrato de seguro por ambas as partes, proponente (segurado) e aceitante (segurador), comportando-se as mesmas com lealdade e correção na busca de seus interesses no contrato.

Devem as partes, ainda, em face da assimetria informacional gerada pelo conhecimento de aspectos específicos referentes à contratação, oriunda, inclusive, de suas particulares características, fornecer as informações necessárias para que ambas as partes tenham efetiva ciência dos direitos e deveres do contrato que pretendem firmar, evitando o excessivo benefício da parte em detrimento.

5. Bibliografia

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao Novo Código Civil – Da Extinção dos Contratos*. vol. VI, t. II. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I – Conceito. Fontes. Formação*. 4ª ed. Coimbra, Almedina, 2008.

ALVIM, Pedro. *O Seguro e o Novo Código Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos Contratos Comerciais*. Coimbra, Almedina, 2009.

ARAI, Rubens Hideo. "Formação dos contratos", in LOTUFO, Renan, e NANNI, Giovanni Ettore (coords.). *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo, Atlas, 2011.

Tzirulnik e Paulo Luiz de Toledo Piza, *Comercialização de Seguros: Contratação Direta e Intermediação*, disponível em *http://www.ibds.com.br/artigos/ComercializacaodeSegurosContratacaoDiretaeIntermediacao.pdf*, acesso 8.1.2012, p. 6).

AZEVEDO, Luiz Augusto Roux. *A Comutatividade do Contrato de Seguro*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial), Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2010.

BORGES, Nelson. *Os Contratos de Seguro e sua Função Social – A Revisão Securitária no Novo Código Civil*. Disponível em *http://www.ibds.com.br/artigos/OsContratosdeSeguroesuaFuncaoSocial.pdf*, acesso 8.1.2012.

CORDEIRO, António Meneses. *Da Boa Fé no Direito Civil*. 1ª ed. 4ª reimp. Coimbra, Almedina, 2011.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12ª ed. Coimbra, Almedina, 2009.

CUNHA, Daniela Moura Ferreira. *Responsabilidade Pré-Contratual por Ruptura das Negociações*. Coimbra, Almedina, 2006.

DELGADO, José Augusto. *Comentários ao Novo Código Civil – Das Várias Espécies de Contrato. Do Seguro*. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. 1ª ed., 4ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2004.

FERNANDES, Wanderley. "O processo de formação do contrato", in FERNANDES, Wanderley (coord.). *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. São Paulo, Saraiva, 2007.

FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo, Ed. RT, 2009.

FRAN MARTINS. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1969.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O Novo Regime das Relações Contratuais*. 5ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo, Ed. RT, 2000.

_____. *Comentários ao Novo Código Civil – Do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações*. vol. V, t. I. Rio de Janeiro, Forense, 2005.

_____. "Contratos. Conceito e evolução", in LOTUFO, Renan, e NANNI, Giovanni Ettore (coords.). *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo, Atlas, 2011.

_____. "Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro", in AZEVEDO, Antonio Junqueira de, TORRES, Heleno Taveira, e CARBONE, Paolo (coords.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros Temas – Homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo, Quartier Latin, 2008.

MELLO FRANCO, Vera Helena de. *Contratos – Direito Civil e Empresarial*. São Paulo, Ed. RT, 2009.

_____. "A formação do contrato de seguro no direito brasileiro: a proposta e a apólice de seguro (confronto com o direito comparado)", in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 31/53-64.

MELO, Diogo L. Machado de. *Cláusulas Contratuais Gerais*. São Paulo, Saraiva, 2008.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

_____. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. vol. 1, 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

PASQUALOTTO, Alberto. *Contratos Nominados III*. São Paulo, Ed. RT, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial*. 3ª ed., reimp., t. XXXVIII. Rio de Janeiro, Borsói, 1972.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

_____. *História do Novo Código Civil*. São Paulo, Ed. RT, 2005.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra, Almedina, 2009.

SÁ, Almeno de. *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*. 2ª ed. Coimbra, Almedina, 2005.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2006.

SZTAJN, Rachel. "Direito e economia dos contratos. Os direitos fundamentais", in VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. vol. 4, t. I. São Paulo, Malheiros Editores, 2011, pp. 80-90.

TEPEDINO, Gustavo, e SCHREIBER, Anderson. "A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil", in TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações – Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, pp. 29-44.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato de Seguro e a Regulação do Sinistro*. Disponível em *http://www.ibds.com.br/artigos/OContratodeSeguroeaRegulacaodoSinistro.pdf*, acesso 8.1.2012.

TZIRULNIK, Ernesto. *Apontamentos sobre a Operação de Seguros*. Disponível em *http://www.ibds.com.br/artigos/ApontamentosSobreaOperacaodeSeguros.pdf*, acesso em 8.1.2012.

_____, e CAVALCANTI, Flávio Queiroz Bezerra. "Gli elementi essenciali del contratto di assicurazione nella disciplina introdotta dal nuovo Codice Civile brasiliano", in *Diritto ed Economia dell'Assicurazione* 3-4/803-823. Disponível em *http://www.ibds.com.br/artigos/GliElementi.pdf*, acesso 8.1.2012.

_____, e PIZA, Paulo Luiz de Toledo. *Comercialização de Seguros: Contratação Direta e Intermediação*. Disponível em *http://www.ibds.com.br/artigos/ComercializacaodeSegurosContratacaoDiretaeIntermediacao.pdf*, acesso em 8.1.2012.

_____. *Notas sobre a Natureza Jurídica e Efeitos da Apólice de Seguro no Direito Brasileiro Atual*. Disponível em *http://www.ibds.com.br/artigos/NotasSobreaNaturezaJuridicaeEfeitosdaApolicedeSeguronoDireitoBrasileiroAtual.pdf*, acesso 8.1.2012.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos – O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato*. São Paulo, Quartier Latin, 2010.

_____. *Curso de Direito Comercial*. vol. 4, t. I. São Paulo, Malheiros Editores, 2011.