



Dinir Salvador Rios da Rocha



Lincoln da Matta Fernandes



Olivia Carolina Florence Franco
Searle

(Uma análise sobre os custos com regulação de sinistro e sua recuperação e a boa fé nos contratos de resseguros).

Dentro de nossa experiência com o mercado de resseguros, em particular com o mercado de Londres, estamos nos deparando com uma crescente fonte de controvérsia nas recuperações realizadas no âmbito dos resseguros facultativos. Tratam-se das recuperações das despesas de regulação de sinistros.

Nosso objetivo com o presente texto é discutir essas despesas, sobretudo quando envolvem o mercado londrino, à luz do direito brasileiro, com um enfoque especial na doutrina que versa sobre o princípio da mais estrita boa fé.

Preliminarmente, cabe pontuar que, do ponto de vista conceitual, existem dois tipos de despesas com a regulação de sinistros, quais sejam, os “Unallocated Loss Adjustment Expenses” (“ULAE”) e os “Allocated Loss Adjustment Expenses” (“ALAE”).

Os primeiros se referem a gastos de praxe com as regulações de sinistro de uma maneira geral e que fazem parte das despesas de dia-a-dia da seguradora/resseguradora para conduzir essa atividade, como, por exemplo, o salário dos empregados responsáveis pela atividade de regulação de sinistro. Há até estudos quanto a melhor maneira de mensurar as despesas ULAE^[1].

Já as ALAE consistem em gastos incorridos pelas seguradoras com a contratação de consultores externos (reguladores, técnicos, peritos, etc.) no curso do processo de exame de um sinistro específico, se tratando, portanto, de custos de regulação incorridos para conclusão de um caso.

Neste sentido, as ALAE têm se revelado como um ponto de discussão entre cedentes brasileiras e resseguradores / retrocessionárias no mercado de Londres, acentuando-se tais divergências sobretudo nos contratos de resseguro facultativos, que, mesmo com disposição que justificariam uma recuperação tranquila da cedente brasileira com o ressegurador estrangeiro, dentre as quais a cláusula de “claims cooperation”, “follow the settlement”, “full reinsurance clause”, tem se mostrado objeto de controvérsias, em razão de “slips” omissos ou mesmo obscuros com relação a referidas despesas.

Dessa forma, na ausência de disposições claras sobre a alocação dos custos com a regulação de sinistros temos de nos recordar das raízes que permeiam o ordenamento jurídico pátrio, bem como o direito (res)securitário brasileiro.

Nesta esteira, o princípio da boa-fé, ou uberrima fides, revela-se como uma forma de sanar eventuais contendas entre as cedentes e resseguradoras com relação as ALAE.

Isso ocorre, pois, a boa-fé consiste em um dever inerente a todos os contratos, caracterizando-se como a obrigação recíproca das partes de manifestarem sua vontade de forma honesta e proba, livre de qualquer tipo de dolo.

Em compasso com o exposto, Carlos Roberto Gonçalves conceituou a boa-fé como uma obrigação comportamental que deve reger a relação entre as partes:

#“O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza.”^[2] (grifo nosso)

Ainda, referido dever de conduta foi destacado pelo legislador pátrio ao elaborar a redação dos artigos 113^[3] e 422^[4] do Código Civil, sendo que no primeiro deles, destaca-se que, nas regras de interpretação dos negócios jurídicos, a boa-fé é elencada como forma alternativa de interpretação. Já no artigo 422 do CC, o legislador expôs que a boa-fé deverá ser observada, ao lado dos princípios de probidade, como norma que norteia a formação e a execução dos negócios jurídicos.

Por sua vez, quando analisada no âmbito dos contratos de resseguro, a boa-fé ganha maior relevância, destacando-se como um dos elementos norteadores da relação entre a cedente e o ressegurador/retrocessionário.

Parte majoritária da doutrina entende que a uberrima fides constitui um dos elementos sem o qual o contrato de resseguro não pode existir, motivo pelo qual a doutrina classifica tal contrato como de estrita boa-fé.

Tal entendimento está em compasso com o exposto por Sergio Ruy Barroso de Mello na obra “Contrato de Resseguro”:

#“A boa-fé absoluta pode ser considerada como requisito sine qua non do contrato de resseguro. Sem ela não é possível o bom êxito do resseguro em geral.”^[5]

Além disso, a exigência da utilização do princípio da boa-fé no âmbito dos contratos de resseguro é verificada em todos os momentos da relação entre a cedente e a resseguradora, desde sua formação até sua execução, englobando inclusive, as relações pré e pós-contratual.

Desta feita, não obstante inexistir qualquer relação formal entre a cedente e a resseguradora, o dever de probidade e honestidade deve nortear as tratativas iniciais para a contratação do resseguro, visto que “(...) é pacífico que as partes, mesmo que envidando somente tratativas, devem comportar-se segundo a uberrima fides, visto como impostergável regra social do grupo uma regra de uso do mercado ressegurador (...)”^[6].

A boa-fé é tão relevante no contexto de um contrato de resseguro/retorcessão, que referido tema é inclusive abordado nas diretrizes elaboradas pela academia de Zurich, chamadas de Princípios de Direito Contratual de Resseguros (“Principles of Reinsurance Contract Law” – “PRICL”)^[7]. Nesse sentido, dentre os princípios trazidos pelo documento, há uma disposição específica sobre a mais estrita boa-fé nos contratos de resseguro^[8].

Nota-se que em referido documento, a estrita boa-fé não foi limitada e um lapso temporal, sugerindo, portanto, que ela deve permear a relação ressecuritária a todo tempo.

Outrossim, embora não relacionado ao contexto das recuperações de resseguro, achamos por bem esclarecer que no âmbito da formação do contrato, observa-se que a boa-fé possui um duplo significado.

O primeiro pode ser enquadrado como o dever das partes de absterem-se de efetuar declarações falsas ou incorretas quando da negociação de um contrato de resseguro. O segundo significado, por sua vez, pode ser caracterizado como o dever das partes de revelarem informações ou circunstâncias que possam inferir no risco objeto do contato de resseguro.

Nesse sentido, Walter Polido, ao versar sobre os contratos de resseguro, destacou a necessidade

das partes de prestarem informações verídicas e atinentes ao contrato de resseguro:

#“Essa obrigação de prestar informação completa e adequada colmata a relação cedente-ressegurador, consentânea ao aspecto de lealdade absoluta que deve existir entre as partes contratantes. Pode-se ainda afirmar que o dever de informar advém igualmente do princípio da moralidade - diante de duas partes que se relacionam com a intenção de obter lucro no negócio objeto da avença.”^[9]

Entretanto, em que pese possuir duplo significado, cabe mencionar que a boa-fé, princípio norteador da relação entre a cedente e o ressegurador, pode manifestar-se de diferentes formas, adequando-se as peculiaridades de cada contrato de resseguro.

Ainda no que concerne à temática da boa-fé, deve-se destacar que, quando examinada no âmbito do contrato de resseguro, deverá ser exigida das partes contratantes a observância da boa-fé objetiva.

Isso ocorre, pois enquanto a boa-fé subjetiva é tida como um elemento inerente à personalidade do homem que age com probidade, a boa-fé objetiva, por seu turno, é o conjunto de regras e práticas que são impostas ao homem por parte de uma entidade alheia à sua esfera de personalidade, no caso do resseguro, pelo Código Civil e pelo regulador do setor, a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP.

Além disso, a exigência da observância da boa fé-objetiva no contexto dos contratos celebrados entre a cedente e a resseguradora/retrocessionária tem por finalidade a imposição de barreiras à atuação das partes, fixando entre elas uma norma de conduta a ser seguida. Além disso, “a boa-fé objetiva tem a função de otimizar o equilíbrio contratual, e dessa forma impede que haja prevalência da parte mais forte, na medida que tutela o contratante débil”^[10].

Assim, o princípio da boa-fé busca deixar as partes em uma situação de isonomia, evitando a elaboração de cláusulas que sejam extremamente onerosas para uma das partes e que gere proveitos excessivos à outra e, acarretando em um desequilíbrio contratual.

Outrossim, a mais estrita boa-fé também existe no conceito do direito inglês, chamado de “ultimate good faith”. Sua análise também se apresenta de maneira dualística, pois pode ser interpretada no momento pré-contratual e pós-contratual.

A “ultimate good faith” tem-se aplicado estritamente nas relações pré-contratuais, quando da formação do contrato de seguro/resseguro, sendo exigido das partes deveres de honestidade, informação e de prestar os esclarecimentos necessários para a mensuração e aceitação do risco (“duties of disclosure and not to make misrepresentations”)^[11].

A sua aplicabilidade após o início de vigência do contrato de resseguro, no entanto, não é geralmente aceita no “common law” com o mesmo sentido, sendo que qualquer referência à boa-fé deve ser considerada apenas como uma obrigação dentro do contrato. A não observância da boa-fé e sua performance não são tratados no âmbito dos deveres inerentes ao “ultimate good faith”, mas sim uma obrigação contratual, passível de consequências relacionadas a sua inadimplência^[12].

Feito esse contraponto, nota-se que o entendimento sobre a mais estrita boa-fé tem interpretações diferentes no âmbito do direito dos seguros brasileiro e inglês.

Dessa maneira, se formos trazer o conceito da boa-fé pós-contratual do direito inglês para as ALAE, no mercado de Londres tem-se interpretado que referidas despesas somente serão arcadas pelo ressegurador, dentro de sua proporcionalidade no risco, se devidamente contempladas como uma obrigação no contrato.

Contrariamente, no direito brasileiro, tendo em vista que a uberrima fides é um dever presente não

apenas na formação do contrato, mas ao longo de sua vigência também, na eventualidade dele não prever de maneira expressa considerações acerca das ALAE, a participação ou não da resseguradora no pagamento de tais custos deverá ser analisada à luz de referido princípio, conjuntamente com as demais disposições do contrato, isto é, se possuir cláusula de “claims cooperation”, “follow the fortune”, “follow the settlement” e “full reinsurance clause”.

Assim, no contexto da análise de um contrato de resseguro regido por lei brasileira, se no curso da regulação do sinistro abarcado dentro do contrato de resseguro e conseqüentemente na incorrência de custos referentes à regulação do sinistro, houve transparência para com o ressegurador, bem como adoção de critérios de razoabilidade, proporcionalidade e tecnicidade, em compasso com a função do princípio da boa-fé como forma de equilibrar a relação entre as partes, in casu entre cedente e resseguradora, a participação da resseguradora no pagamento das ALAE deverá ocorrer.

No entanto, para evitar quaisquer conflitos, do ponto de vista prático, a melhor alternativa ainda é a cedente certificar-se que no “slip” de resseguro há disposição expressa acerca das ALAE.

Vale pontuar que há tendência no mercado no sentido da defesa da nomeação específica dos reguladores no “slip”, na eventualidade de um sinistro, a fim de facilitar a recuperação do resseguro.

Contudo, como o mundo não é estático e a situação de um regulador nomeado pode mudar da emissão do “slip” até a ocorrência de um sinistro, acreditamos que esse não seja o melhor caminho a seguir, mas sim, ter disposição específica de que as ALAES serão compartilhadas entre as partes, guardadas a sua porção no risco.

[1] RIETSORF, Niels e JESSEN, Anders. Provisions for Loss Adjustment Expenses. <<https://www.scribd.com/document/364722148/Provisions-for-Loss-Adjustment-Expenses>>

[2] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais. 10. ed - São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54.

[3] Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

[4] Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

[5] MELLO, Sergio Ruy Barroso. Contrato de Resseguro. 1. ed. Rio de Janeiro. Funenseg, 2011, p. 72.

[6] PIZA, Paulo Luiz de Toledo. Contrato de resseguro: tipologia, formação e direito internacional. 1. ed. São Paulo: Manuais Técnicos de Seguros: IBDS, 2002, p. 322.

[7] <<https://www.unidroit.org/work-in-progress/525-reinsurance-contracts/2124-study-I-formulation-of-principles-of-reinsurance-contracts>> <<https://www.editoraroncarati.com.br/v2/Artigos-e-Noticias/Artigos-e-Noticias/As-caracteristicas-vantagens-e-aplicacoes-dos-Principios-Aplicaveis-ao-Contrato-de-Resseguro.html>>

[8] A minuta disponibilizada em reuniões do grupo de resseguro da AIDA traz no artigo 2.1.2 dos PRICL o dever da estrita boa fé: “Duty of Utmost Good Faith. The parties to a reinsurance contract owe one another a duty of utmost good faith. “Utmost Good Faith” means honesty and transparency and fairly taking into account the interests of the other party.” (Tradução livre: “Dever da Estrita Boa-Fé. As partes de um contrato de resseguro têm o dever uma com a outra da mais estrita boa-fé. A “Estrita Boa-Fé” significa honestidade e transparência e levar em conta de maneira justa o interesse da outra parte.”)

[9] POLIDO. Walter Antônio. Resseguro - cláusulas contratuais e particularidades sobre a responsabilidade civil. 1. ed. Rio de Janeiro: 2008. p. 22.

[10] POLIDO, Walter A. Contrato de Seguro: novos paradigmas. 1. ed. São Paulo: Editora Roncarati, 2010, p. 102

[11] LU, Yao. Utmost Good Faith in Reinsurance Contracts: Difficulties and Problems of its Operation in an Evolution Time. Thesis submitted by Yao Lu to University of Exeter in August 2015, p. 90.

[12] Nesse contexto, Yao Lu esclarece “There is no generally continuity duty of disclosure or duty to not make misrepresentation after conclusion of contract in law. (...) such duty of utmost good faith is pre-contractual per se distinguishing from lack of good faith during the performance of the contract. (...) The post-contractual duty of utmost good faith has nothing to do in such situation. Situations where the insurers have no further underwriting decisions to make after conclusion are more complicated and controversial. It should be notices that doctrine of utmost good faith should be distinguished from lack of good faith in performance of contracts. Where (...) should be constued as ordinary contractual terms replecting parties’ intentions rather than doctrine of utmost good-faith in law pre-existing before the contract. (...) post-contractual duty of utmost good faith is of little practical importance and should be elimination [sic] at all, leaving contractual law and common law rules governing performance of contract.”. Ibid, p. 90.

(20.05.2019)