

I- INTRODUÇÃO

No contexto brasileiro, por via de regra a garantia de lucros cessantes é acessória as garantias básicas. Portanto, atreladas a ocorrência de um sinistro coberto. O marco inicial da cobertura foi em 1963 através de uma portaria do Depto. Nac. de Seg. Privados, que à época pressupunha a existência de um dano material como gatilho para a concessão da cobertura. Em 2017 a Circular 560 da Susep revogou todas as regulamentações anteriores e estabeleceu um novo marco regulatório. Atualmente não há necessidade de haver um dano material para servir como gatilho desta cobertura, mas o fato é que muitas apólices permaneceram com a estipulação antiga.

II – GARANTIA DE “LUCROS CESSANTES” NO CONTEXTO NORTE AMERICANO – BUSINESS INTERRUPTION

- A discussão deste tema já é considerada a questão mais impactante da história do mercado segurador;

- 16.03.20 – foi dada entrada na primeira ação disputando esta questão. Ação proposta por um restaurante contra o Lloyds no Estado da Louisiana. Até a presente data existem 167 novas ações nos EUA, dentre elas uma proposta por uma seguradora - Travelers Insurance, visando a declaração judicial de não cobertura;

- Os números também já sinalizam que o valor dos prêmios no ramo “property” estão subindo, seja pela instabilidade em relação a estas demandas judiciais, seja pela possibilidade da edição leis protetivas aos segurados. Atualmente encontramos projetos legislativos em Massachusetts, New Jersey, Ohio e Nova Iorque.

O projeto de lei de NY (10.226) encontra-se em tramitação e em breve irá para a Assembleia para votação. Pontos relevantes: cobertura retroativa por perda de receita em razão do Covid (mas com forte possibilidade de ser considerada inconstitucional); prevê pagto. mesmo que a apólice tenha expirado; se a apólice expirar durante a pandemia, segurado tem direito a renovação com mesmo valor de prêmio; estabelece a criação de um fundo por todas as seguradoras para cobrir estes pagamentos.

Fonte:

https://nyassembly.gov/leg/?default_fld=&leg_video=&bn=A10226&term=2019&Summary=Y&Text=Y

DAS AÇÕES JUDICIAIS

1 – A discussão mais relevante no contexto atual dos EUA, resumidamente, está no conceito de “Danos Materiais” nas apólices ALL RISKS e Property. A segunda discussão está na cobertura deste evento na garantia adicional denominada “Civil Authority”. Mas em todos os cenários, a definição do que seria “dano material” é o ponto central.

2 – Essa não é uma discussão nova para o mercado segurador americano. Em 1968 a Suprema Corte do Colorado, ao analisar uma demanda envolvendo uma igreja, acabou por alargar o conceito de danos material. Naquele caso o terreno onde estava situada a igreja foi contaminado por gasolina e o prédio da igreja foi interditado. A Corte, embora reconhecesse que a perda por si só do uso do prédio não poderia ser considerada um dano material, também acabou por reconhecer que essa “perda do uso”/ ou da funcionalidade do prédio deveria ser avaliada dentro de todo o contexto e não isoladamente. Assim, concluiu que quando uma propriedade perde sua “habitabilidade” ou “funcionalidade” e se torna perigosa/ou imprópria para ocupação, seria o equivalente a um dano material. Esse é o chamado “teste de funcionalidade”.

Precedentes mais citados como persuasivos: *Gregory Packaging, Inc. v. Travelers Property Casualty Co. of America*, Civ. No. 2:12-CV-04418 (WHW) (CLW), 2014 U.S. Dist. Lexis 165232 (D.N.J. Nov. 25, 2014).

Wakefern v. Liberty Mut. Fire Ins. Co., 2009 N.J. LEXIS 851 (N.J., July 16, 2009)

3 - Tese de Defesa das Seguradoras:

- a) a maioria dos clausulados exclui danos causados por vírus;
 - b) os clausulados determinam como gatilho da garantia a ocorrência de um dano físico direto e tangível à propriedade;
 - c) Tanto não há dano físico nos casos de COVID que muitos restaurantes, por exemplo, estão trabalhando no regime de take out/delivery;
 - d) Mesmo lugares onde há existência do vírus é notória como hospitais, as atividades não foram suspensas e não há indício de danos materiais ou até ausência de funcionalidade da propriedade;
 - e) a existência do vírus requer apropriadas precauções, mas não causa dano material a propriedade. Não há destruição, tão pouco faz com que a estrutura fique inabitável. Defesa foca-se no significado literal de “Danos Materiais”;
 - f) Há também discussão sobre o período de pagamento. Na maioria dos casos as apólices contemplam pagamento até que a propriedade seja reparada. No caso do COVID, parece que esse marco final seria indefinido, o que fortalece a tese de que a interpretação da cobertura da forma como sugerida pelos segurados é totalmente dissociada do contrato em si.
 - g) Nos casos de bares e restaurantes que estão operando parcialmente, o dano apresentado seria unicamente uma perda financeira. Perda financeira não se enquadra como dano material.
- 4) Como boa parte das demandas buscam serem catalogadas como “class action”, ou seja, para abranger não somente o autor da demanda, mas um grupo, associações como a American International Group Inc. (AIG), the American Property Casualty Insurance Association, the National Association of Mutual Insurance Companies, dentre outras ligadas ao setor já ingressaram nestas demandas como “amicus curies”.
- 5) Já foi proferida a primeira sentença no estado de NY, reconhecendo a **inexistência** de cobertura.

Fonte: https://www.businessinsurance.com/article/20200519/NEWS06/912334634/Publisher-appeals-COVID-19-ruling-denying-coverage-coronavirus?utm_campaign=BI20200519DailyBriefing&utm_medium=email&utm_source=ActiveCampaign&utm_campaign=BI20200519DailyBriefing&utm_medium=email&utm_source=ActiveCampaign

III – GARANTIA DE “LUCROS CESSANTES” NO CONTEXTO BRASILEIRO – BUSINESS INTERRUPTION

- Muito importante a avaliação do clausulado. Foram analisados alguns clausulados nacionais que são muito claros quanto ao gatilho para esta apólice, mas tb. encontramos outros que podem gerar discussão sobre a questão.

- Apesar de termos conhecimento sobre a existência de sinistros avisados nesta garantia, não tivemos acesso a nenhum posicionamento das seguradoras, tão pouco da existência de ações judiciais propostas.

IV– GARANTIA DE “LUCROS CESSANTES” NO CONTEXTO EUROPEU – BUSINESS INTERRUPTION

- 1) Espanha: Poder Judiciário encontra-se paralisado e o Órgão Regulador local também não se manifestou sobre esta questão até a presente oportunidade.
- 2) Inglaterra: O Órgão Regulador local ingressou com uma ação no Judiciário visando a declaração judicial sobre a interpretação da cláusula no âmbito das apólices de pequenas e médias empresas. Aguardam resultado para Julho de 2020.

Fontes: <https://www.natlawreview.com/article/update-fca-s-court-action-business-interruption-insurance-cover>

https://www.businessinsurance.com/article/20200515/NEWS06/912334588/Test-case-over-British-business-interruption-insurance-legally-binding-coronavir?utm_campaign=BI20200515BreakingNewsAlert&utm_medium=email&utm_source=ActiveCampaign&utm_campaign=BI20200515BreakingNewsAlert&utm_medium=email&utm_source=ActiveCampaign

- 3) Suíça e Baviera - seguradora Helvetia ajustou pagamento de 50% das perdas por "business Interruption", ainda que seja risco excluído. Há notícias de um acordo entre a Baviera e o Ministério da Economia da Alemanha, onde propõe-se que 70% dos prejuízos sejam pagos pelo governo, e 15% de 30% pelas seguradoras. Seria um socorro social, já que aguardar 2 anos por uma decisão judicial seria ineficiente.

Fonte:

<https://www.commercialriskonline.com/helvetia-to-pay-50-of-restaurant-bi-losses-despite-exclusions/>

- 4) Portugal – muito similar ao contexto brasileiro.
- 5) México – vide breve artigo Pablo Medina

Fonte: <https://www.linkedin.com/in/pmedinamagalanes/detail/recent-activity/>

Marcio Alexandre Malfatti e Daniela Benes Hirschfeld
18.05.2020