

O seguro de responsabilidade civil do profissional liberal: desenvolvimento e atualidades

Professional liability insurance: development and updates

Fernanda Nunes Barbosa*

Resumo

O presente artigo aborda o tema do seguro de responsabilidade civil no Brasil, especificamente o seguro de responsabilidade civil do profissional liberal, partindo-se do pressuposto de que o que se busca é estabelecer um sistema que cubra efetivamente os danos das vítimas, sem que com isso sejam causadas novas injustiças. Considerando que vivemos hoje em um estado de solidariedade social, o qual se caracteriza por um estado de seguridade, tem-se que também os maus resultados médicos e demais infortúnios precisam ter seu sistema de reparação repensados. Transferir-se a reparação individual para uma forma coletiva de ressarcimento, com a colaboração de todos por intermédio de grupos sociais, pode se apresentar uma medida consentânea com o atual estado da nossa sociedade.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Seguro. Profissional liberal.

Abstract

This article addresses the issue of civil liability insurance in Brazil, specifically regarding liberal professionals, starting from the assumption that the aim is to establish a system that effectively covers the damages of the victims without causing new injustices. Whereas we now live in a state of social solidarity,

* Doutorado em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestrado em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora coordenadora da Faculdade de Direito da FAPA/Laureate International Universities. Advogada. Rio de Janeiro - RJ - Brasil. E-mail: fernandanbarbosa@hotmail.com.

characterized by the well-fare state, medical results and other misfortunes must have rethought their repair system. Changing from a system of individual compensation for damages to a collective form of compensation, with the collaboration of all, through social groups, can present a measure consistent with the current state of our society.

Keywords: *Civil liability. Insurance. Liberal professional.*

1 Introdução

Profissionais da saúde, advogados, contabilistas, engenheiros, jornalistas¹, docentes, publicitários, dentre outros especialistas, já vêm sendo, há algum tempo e em maior ou menor medida, demandados judicialmente por condutas geradoras de danos no exercício de sua profissão. Nas ações indenizatórias, são frequentes as discussões em torno do ônus da prova, da caracterização do vício ou do defeito na prestação do serviço profissional, da legitimidade e da solidariedade entre os supostos responsáveis, da natureza da responsabilidade imputada, da legislação aplicável aos diversos profissionais, dos danos indenizáveis e da forma de efetivação da reparação e da compensação reconhecidas em âmbito judicial.

Partindo-se, no entanto, da premissa de que a responsabilidade se encontra demonstrada na hipótese concreta, novos problemas surgem: como assegurar o ressarcimento ao prejudicado sem causar a ruína do responsável; de que forma compatibilizar os interesses legítimos dos

¹ Conforme publicação do site *Consultor Jurídico*, veículos de comunicação têm, cada vez mais, procurado seguradoras para se proteger com relação a possíveis gastos decorrentes da responsabilização civil de seus jornalistas e editores. Dados da matéria indicam que esse é um segmento crescente dentro do igualmente crescente mercado de seguros de responsabilidade civil profissionais. “Segundo dados da Superintendência de Seguros Privados (Susep), do Ministério da Fazenda, entre 2003 e 2012 o valor do prêmio anual desse mercado, que é o quanto as seguradoras arrecadaram, cresceu R\$ 100 milhões, um salto de quase 400%. Nos mesmos dez anos, o valor dos sinistros, que é quanto as seguradoras desembolsaram, subiu de R\$ 567 mil para R\$ 49 milhões” (CANÁRIO, 2013).

envolvidos, os quais têm seu comportamento atrelado a padrões típicos da *sociedade de risco*², com valores como a liberdade profissional, a livre iniciativa, a autonomia privada e a proteção do vulnerável, apenas para citar alguns. É nesse momento que o tema do seguro se conecta com a responsabilidade civil. Mais especificamente, uma determinada espécie de seguro: o *seguro de responsabilidade civil*. Ao redor do mundo, países de diferentes tradições têm dado soluções variadas para esse mesmo problema³.

No Brasil, o seguro de responsabilidade civil, hoje positivado como espécie do gênero seguro de dano, encontrou resistência por parte da doutrina e dos intérpretes do Código Civil de 1916, que repeliam a concepção de um “seguro de culpa”. Atualmente, o artigo 762 do vigente Código Civil é expresso ao proibir apenas o seguro *de dolo*, nos seguintes termos: “Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurador, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro”. A culpa grave, em tese, pode ser objeto de contratação, ficando a seguradora, no entanto, livre para afastá-la quando da predeterminação dos riscos assegurados (art. 757 do CC, parte final).

Mesmo totalmente incorporado às novas exigências da sociedade contemporânea, o seguro de responsabilidade civil⁴ profissional ainda é incipiente no Brasil, “talvez pelo fato dos montantes das indenizações

² Conforme aponta Anthony Giddens (1999, p.12), “*the origins of risk society can be traced to two fundamental transformations which are affecting our lives today. Each is connected to the increasing influence of science and technology, although not wholly determined by them. The first transformation can be called the end of the nature, and the second the end of tradition.*” Segundo o sociólogo, de um lado, paramos de nos preocupar com o que a natureza poderia fazer ao homem e passamos a nos preocupar com o que o homem tem feito para a natureza; de outro, passou-se a viver a vida não mais como fatalidade, processo chamado por Ulrich Beck de “individualização” (GIDDENS, 1999, p. 3). De um ponto de vista positivo, a sociedade de risco expandiu as possibilidades de escolha, não havendo, no entanto, risco que possa ser descrito sem referência a um valor. No autoconceito da sociedade de risco, conforme Ulrich Beck (1999, p. 5), “a sociedade torna-se reflexiva (no sentido mais estrito da palavra), o que significa dizer que ela se torna um tema e um problema para ela própria” (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 19).

³ Foi na França, todavia, que sua viabilidade jurídica foi primeiramente afirmada, em decisão de 1º de julho de 1845 (GOMES, 2000, p. 290-291).

⁴ O Código Civil de 2002 reservou dois artigos específicos ao tema, sendo eles os artigos 787 e 788.

impostas pelo Judiciário ainda não representarem uma ameaça à atividade profissional” (TEPEDINO, 2006, p. 120)⁵. Com efeito, a ideia da garantia do pagamento de perdas e danos devido pelo segurado *profissional liberal* a terceiros não se encontra consolidada no país, a despeito da larga compreensão de que “o futuro do seguro de responsabilidade civil é o próprio futuro do seguro, o futuro do direito como um todo e, de certo modo, o futuro das sociedades contemporâneas” (TZIRULNIK, 2015).

2 O direito do seguro como sucedâneo da responsabilidade civil

O potencial de expansão dos problemas jurídicos em torno da responsabilidade civil – o qual vem sendo reconhecido pela jurisprudência por meio de sua atuação criadora nas questões que envolvem o chamado *direito de danos* – tem sido destacado pela doutrina nacional e estrangeira, que, ao mesmo tempo em que o aplaudem, também o rejeitam⁶. Isso porque a disciplina da responsabilidade civil, na medida em que se conforma fundamentalmente a partir de escolhas que são muito mais político-filosóficas do que lógico-rationais, desloca-se para outras áreas, estendendo-se para um debate que extrapola o da própria *natureza das coisas* (BODIN DE MORAES, 2003, p. 21).

No campo da responsabilidade civil, a justiça particular, ao estabelecer critérios de alocação de bens, tem reconhecido uma significativa predominância do critério da justiça distributiva sobre a justiça corretiva, desenhando um movimento oposto em relação ao que se percebia sob o amparo das codificações modernas. A justiça distributiva, com sua presença mais marcante no âmbito do direito público – assim no direito previdenciário e no tributário – ascende ao centro do privado

⁵ No entanto, passados nove anos dessa afirmação, verifica-se um crescimento importante no mercado, conforme aponta a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), vide nota ^{n.º 1}.

⁶ Em editorial da Revista Trimestral de Direito Civil, intitulado *O futuro da responsabilidade civil*, Gustavo Tepedino (2005, p. 03) alertava para o fato de que “tão grave quanto a ausência de reparação por um dano injusto mostra-se a imputação do dever de reparar sem a configuração de seus elementos essenciais, fazendo do agente uma nova vítima”.

– o direito obrigacional –, que, até então, encontrava na justiça corretiva (ou sinalagmática) a sua fundamentação. Essa presença, por outro lado, não deixa hoje de ser um critério de aproximação das esferas do público e do privado. É nessa ordem que o direito do seguro aparece como sucedâneo de uma responsabilidade civil reformulada e, por vezes, fora de controle.

Relativamente aos profissionais liberais, foco deste estudo, o marco dessa mudança de paradigma não foi o reconhecimento da teoria do risco como fator de imputação do dever de indenizar – como de regra foi para a responsabilidade civil geral – e a conseqüente objetivação de sua responsabilidade. Mais do que um reposicionamento da culpa, é da sua redefinição, em termos objetivos (abstrato-normativos), o papel de destaque⁷. A almejada – e constitucionalmente positivada – solidariedade social (art. 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988), com a coletivização dos encargos e atribuição de ônus aos mais favorecidos, sugere novos padrões nas técnicas de presunção. A partir disso, sobre a vítima não deverá recair o ônus de perquirir quem exatamente – e em que grau – lhe causou o dano, porque este aparece como um instrumento de atentado a toda a coletividade, e não apenas

⁷ No que tange à culpa médica, Penneau (1990) a diferencia do erro médico, dando como exemplo o dano causado pelo esquecimento de compressa durante uma cirurgia, o que constantemente se considera como culpa, sem qualquer avaliação sobre as dificuldades concretas da intervenção (complexidade do campo da operação, alta hemorragia, etc.). Nesse sentido, o autor critica a generalização levada a efeito pela jurisprudência e sua recusa em distinguir a culpa do erro médico, que, segundo ele, se diferenciam porquanto “*la faute, on l'a rappelé, suppose un défaut de diligence ou de prudence par rapport à la diligence ou à la prudence qui aurait été celle du bon professionnel choisi comme standard. L'erreur, c'est la défaillance de l'homme normal, et à ce titre de tout bon professionnel, rançon inéluctable de la faillibilité humaine, indépendamment de toute négligence ou imprudence. Tout bon professionnel est exposé à avoir une telle défaillance dans le contexte d'une diligence normale de sa prestation, et encore plus dans le contexte extrêmement complexe de la médecine moderne*” (PENNEAU, 1990, p. 531-532). Quanto a uma responsabilidade objetiva de profissionais da saúde, a V Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho de Justiça Federal, em seu enunciado 460, assim concluiu: “Art. 951: A responsabilidade subjetiva do profissional da área da saúde, nos termos do art. 951 do Código Civil e do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, não afasta a sua responsabilidade objetiva pelo fato da coisa da qual tem a guarda, em caso de uso de aparelhos ou instrumentos que, por eventual disfunção, venham a causar danos a pacientes, sem prejuízo do direito regressivo do profissional em relação ao fornecedor do aparelho e sem prejuízo da ação direta do paciente, na condição de consumidor, contra tal fornecedor”.

ao ofendido (SILVA, 1962)⁸. A ideia de justiça comutativa (corretiva) cede espaço à de justiça distributiva.

Assim, não só a teoria do risco, enquanto embasadora de uma responsabilização objetiva, passa a ter por reflexo um ampliado sistema de seguridade (aqui incluídos seguros obrigatórios e facultativos, privados e públicos), mas toda a responsabilidade civil. Com um regime de seguridade adequado, viabiliza-se a socialização da responsabilidade, sendo que a concepção que preside é a de que qualquer dano, embora apresente um caráter particular, interessa a todo o corpo social.

Ainda que se possa distinguir os seguros privados do sistema de seguridade social, a verdade é que “a instituição de seguros e a seguridade social nada mais são do que duas formas diferentes de utilizar a técnica do risco” (EWALD, 1986, p. 390). Do ponto de vista de uma história das práticas da responsabilidade, segue Ewald (1986, p. 390), a grande transformação data de um momento em que a reparação dos danos se encontra tomada pelos mecanismos de seguro, que são, por outro lado, sua forma. Relativamente às práticas da responsabilidade, há uma interdependência entre a seguridade social e os seguros privados. A prática do seguro, que teve início no século XIX, não parou de se desenvolver no séc. XX [e séc. XXI] e o mesmo legislador que há dois séculos proibiu qualquer seguro de responsabilidade, não para hoje de multiplicar as obrigações do segurador, testemunhando assim que, em nossa sociedade, “o seguro, e especialmente o seguro de responsabilidade, é muito mais do que um meio de se garantir individualmente contra uma perda futura: ele se tornou um verdadeiro *devoir social* suscetível de receber uma sanção legal” (EWALD, 1986, p. 390). Ser responsável, hoje, é se assegurar, e não apenas fazer prova da prudência e da diligência afirmadas. É ter a consciência de seus próprios limites e da falibilidade humana (EWALD, 1986, p. 391)⁹.

⁸ Entre outras passagens, ver p. 99 e p. 164.

⁹ Na França, conforme lei de 31 de dezembro de 1971, o seguro de responsabilidade civil para garantia de negligência e de *fautes* que advogados possam cometer no exercício de sua função é obrigatório. Disponível em: <www.avocatparis.org. Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971>. Acesso em 19 de outubro de 2015. Em Portugal, da mesma forma, dos advogados é exigido seguro de responsabilidade civil de modo obrigatório, como em diversas outras profissões liberais. Confira-se em: <www.isp.pt>. Acesso em: 19 out. 2015.

Necessário se faz mencionar que o seguro não é uma convenção sobre responsabilidade, mas sim uma convenção sobre reparação, isto é, sobre o aspecto econômico, e não sobre o aspecto legal do fato. Esse reconhecimento, todavia, não deveria servir de justificação para um julgamento mais complacente com a vítima do que se a responsabilização recaísse sobre alguém não acobertado por esse instrumento (PIMENTA, 2010, p. 22)¹⁰. A culpabilidade do profissional liberal assegurado pelo seguro de responsabilidade civil, bem como a extensão real do dano suportado pela vítima, devem restar evidenciadas, não podendo, a previsão do art. 6º, VI, do CDC, que trata do direito básico do consumidor à reparação integral dos danos “patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” servir de suporte para ampliações de responsabilização com o fim último de se alcançar uma reparação que anule as perdas da vítima. Não é esse o estrito sentido do princípio *richesse oblige*¹¹.

De fato, pode ser difícil aceitar – no âmbito específico da responsabilidade dos profissionais da saúde, por exemplo – a perda de um ente querido, um mal resultado no tratamento de uma doença, um filho que nasce com determinada patologia, a seqüela decorrente de um acidente, as doenças etc. Por outro lado, há o paradoxo da eloquente evolução da medicina, a ponto de o Conselho Federal de Medicina no Brasil ter que normatizar a vedação à escolha do sexo dos bebês nas

¹⁰ A “justiça Robin Hood” é criticada por Maria Celina Bodin de Moraes (2010, prefácio) e Ivan César Ribeiro, sendo dele o estudo *Robin Hood versus King John: como os juízes locais decidem casos no Brasil?* Conclui o autor que há no país uma verdadeira *subversão paroquial da justiça*, presente em maior medida nos estados brasileiros de acentuada desigualdade social, o que ajuda a acentuar ainda mais essa desigualdade. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/ipeacaixa/premio2006/docs/trabpremiados/lpeaCaixa2006_Profissional_01Lugar_tema01.pdf>. Acesso em: 19 out. 2015.

¹¹ Conforme Albert A. Ehrenzweig, em texto de 1950, nem Josef Unger, meio século antes, nem ninguém depois dele “*has ever suggested that the wealthy should bear all accidental losses of the poor. What has been called the ‘principle of the smallest harm’ has never been carried that far. Nor do we, in the absence of ‘fault,’ wish to make a rich man, merely because of his wealth, pay for a poor man’s loss even if he has caused that loss. Any such liability for mere causation could, within our present system of tort liability, be based only on the paradoxical assumption that a person innocently causing injury is ‘less innocent’ than the injured*” (EHRENZWEIG, 1950).

clínicas de reprodução assistida¹². Só essa possibilidade já coloca os médicos em posição de “semideuses”; e se o são para tanto, como podem não ser para salvar uma vida, ou curar uma doença? Perguntas como essas são importantes para que se possa entender o comportamento que tem levado a um aumento significativo da litigiosidade e, como decorrência, a um crescimento da responsabilização de médicos, auxiliares da medicina e clínicas. Na perspectiva da vítima, esse dano deve ser socializado.

2.1 A função dúplice do seguro: da preservação das forças produtivas à garantia da solvabilidade

O art. 944, par. único, do Código Civil brasileiro – cuja redação em vigor (a despeito das críticas que a ele possam ser dirigidas) busca mitigar as consequências de um sistema fechado como o adotado pela legislação de 1916, – traz como efeito benéfico evitar a mera transmissão de desgraça da vítima ao autor da conduta *levemente* culposa. Constitui, assim, um primeiro instrumento de preservação das forças produtivas no âmbito da responsabilidade civil, porque estabelece a possibilidade de uma redução equitativa no montante indenizatório a ser pago pelo agente com base no exame de sua culpa.

O princípio da reparação integral dos danos, reafirmado no Código Civil de 2002 no *caput* do aludido art. 944, cede diante da ocorrência de uma excessiva desproporção entre o grau de culpa na conduta e o dano sofrido pela vítima, embora não se possa plenamente reconhecer que tal exceção tenha como fundamento a preservação das forças produtivas¹³. Ainda assim, em diversos casos esse efeito de sua aplicação pode ser

¹² Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1957/2010.

¹³ “No sistema imposto pelo Código, em que a pequena gravidade da culpa em relação à extensão do dano produzido serve à diminuição da indenização, mas não há menção à capacidade econômica do ofensor, temos que um milionário ao causar um dano grave com culpa leve pode se beneficiar da redução equitativa, mas o homem de poucas posses, que causa dano que é economicamente incapaz de reparar, não faria jus ao benefício se, por exemplo, tiver agido com culpa média.” Essa importante constatação é feita por Carlos Nelson Konder (2007, p. 23). Também sobre o art. 944 do CC, confira-se o estudo de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (2008).

constatado e aplaudido. Cabe aqui registrar que tal exceção, se não é capaz, insista-se, de especificamente garanti-la, alcança o resultado de concretamente tutelar um *mínimo existencial*¹⁴, tendo em vista que as condições socioeconômicas do causador do dano acabam por contribuir para a aplicação da norma de exceção visto que justificam constitucionalmente o afastamento da previsão da reparação integral dos danos sofridos por meio da ponderação de valores¹⁵.

No terreno do seguro de responsabilidade civil, consoante disposição do art. 757 do Código Civil de 2002, tem-se que o seguro é contrato de caráter bilateral e comutativo, “uma vez que a obrigação do segurador é de garantia¹⁶, e não de simples pagamento eventual de indenização” (BARBOZA; BODIN DE MORAES; TEPEDINO, 2006, p. 561). Essa garantia servirá, na hipótese de confirmação dos riscos pré-determinados, tanto para o segurado como para o beneficiário, uma vez que serão afastadas do segurado as suas consequências econômicas ao mesmo tempo em que terá o beneficiário, por seu turno, a certeza de ser credor de pelo menos um devedor solvente, qual seja, o segurador¹⁷. Se, por um lado, o seguro de responsabilidade civil funciona como mecanismo de preservação das forças produtivas,

¹⁴ A previsão de um *patrimônio mínimo* ao responsável civilmente é referida por Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 821-822), quando examinam o parágrafo único do art. 928 do Código Civil, sustentando os doutrinadores que esta previsão, enquanto garantia da dignidade da pessoa humana, deveria se dirigir a toda e qualquer indenização, e não apenas àquela que deve ser paga pelo incapaz.

¹⁵ Sobre a polêmica constitucionalidade do dispositivo em razão do art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal de 1988, ver Carlos Nelson Konder (2007, p. 27-33).

¹⁶ Assim se depreende, entre outros dispositivos, também da redação do art. 766, *caput*, do Código Civil: “Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido.” Melisa Cunha Pimenta (2010, p. 71) destaca um “claro exemplo de comutatividade” no art. 770 do CC, o qual determina que, havendo considerável redução do risco durante a vigência da apólice, o segurado poderá solicitar a revisão do prêmio como forma de manter o equilíbrio das prestações impostas às partes.

¹⁷ Conforme apurado na já referida matéria do site *Consultor Jurídico*, no que tange ao seguro para profissionais da comunicação, por enquanto só vale a pena financeiramente que grandes empresas vendam o serviço para grandes empresas, como é o caso de algumas das seguradas: jornais *Valor Econômico* e *O Globo* e algumas revistas da Editora Abril. Conforme a mesma matéria, “há quem diga que o blogueiro e apresentador Paulo Henrique Amorim está segurado por uma empresa com sede nos Estados Unidos por causa de seu blog *Conversa Afiada*” (CANÁRIO, 2013).

por outro, deve-se destacar que, de nenhuma forma, pode servir como fonte de enriquecimento ao segurado (princípio indenitário), razão pela qual “nos seguros de dano, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato”¹⁸. O art. 781 do Código Civil também dispõe que “a indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador”. Ainda,

O segurado que, na vigência do contrato, pretender obter novo seguro sobre o mesmo interesse, e contra o mesmo risco junto a outro segurador, deve previamente comunicar sua intenção por escrito ao primeiro, indicando a soma por que pretende segurar-se, a fim de se comprovar a obediência ao disposto no art. 778¹⁹.

Nesse particular, o regramento civil do seguro coaduna-se com a regra do *caput* do art. 944 do Código Civil, segundo o qual “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Na prática, as seguradoras disciplinam expressamente em seus instrumentos contratuais a referida vedação, como se verifica no seguinte exemplo (cláusula 21, item 9, do contrato de uma seguradora de alcance nacional): “O valor total da indenização não poderá ultrapassar, em hipótese nenhuma, o valor real dos prejuízos verificados”.

Hoje, o seguro de responsabilidade civil, especialmente em razão das críticas feitas à teoria do reembolso e suas indesejáveis consequências sociais, tanto para a vítima do dano como, muitas vezes, para o seu causador, pode ser reconhecido como de *dúplice função*: evitar que a pessoa responsável torne-se ela própria outra vítima²⁰

¹⁸ Art. 778 do CC/02.

¹⁹ Assim, art. 782 do CC/02.

²⁰ Uma das críticas que se faz à afirmação de que o seguro de responsabilidade civil se trataria de estipulação em favor de terceiro (prevista nos arts. 436 a 438 do Código Civil) reside justamente na constatação de que ele é feito também - e fundamentalmente - pelo segurado para garantia de seu próprio patrimônio, e não para garantia de outrem, ou seja, da vítima do dano.

e, efetivamente, garantir que o terceiro, que sofreu a ofensa, seja indenizado (PIMENTA, 2010, p. 108).

2.2 A expansão do seguro como afirmação de um direito de danos: pressupostos e funções da responsabilidade civil contemporânea

Alguns autores afirmam que “o seguro é o oposto da prevenção”, e que “a ampla *socialização dos riscos* pode tirar o incentivo da tomada de precaução diante dos riscos e da prevenção de perigos”²¹. Ainda segundo Teresa Ancona Lopez (2010, p. 55), “a socialização dos riscos não acaba com os riscos, ao contrário, pode tornar os responsáveis por eles menos cuidadosos”. Mais do que a afirmação de um direito de danos, no entanto, a expansão do seguro, não só no Brasil, mas ao redor do mundo hoje, sustenta a consolidação do *direito da solidariedade*, que busca, por meio de uma reparação coletiva, a liquidação de um dano individual²².

²¹ Nesse sentido, entre outros, Teresa Ancona Lopez (2010, p. 55). Segundo Ancona Lopez (2010, p. 26), é a diferença entre risco comprovado (perigo) e risco hipotético ou potencial que vai fundamentar as diferenças entre prevenção e precaução. Patrícia Ribeiro Serra Vieira (2004, p. 127) também destaca essa tentativa de conter a difusão da socialização dos riscos em razão da possibilidade de aumento do número de acidentes pela redução da prudência quando da contratação de seguro pelo agente. As autoras, no entanto, chegam a conclusões opostas sobre o caminho a seguir após essa constatação. Assim como Serra Vieira (2004), também Washington Luiz Bezerra da Silva (2011, p. 97) reconhece que, ao contrário do que se possa supor, o seguro não gera um enfraquecimento da preservação de danos, uma vez que são os próprios seguradores que recomendam uma série de melhorias para os segurados, com influência direta no valor do prêmio a ser pago e na aceitação do risco. Como exemplo, afirma que “basta notar a influência dos seguros na atividade industrial, com diversas implementações de medidas preventivas na atividade de fabricação de produtos, em que melhoram-se os próprios, suas informações e etc. E isso começa a se notar no meio ambiente (seguros de responsabilidade civil ambiental) e nas atividades corporativas (seguros D&O).”

²² De acordo com números do último *Informe anual – Balanço social*, de 13 de abril de 2014, publicado pelo mercado segurador brasileiro, o setor arrecadou um total de R\$ 252,26 bilhões em prêmios, contribuições e títulos de capitalização em 2012. O valor representou um crescimento de 17,49% em relação ao ano de 2011. O segmento de Seguros Gerais, no qual se inclui, dentre outros, o ramo Responsabilidades (Responsabilidade Civil de Administradores e Diretores-D&O, Responsabilidade Civil Geral e Responsabilidade Civil Profissional) gerou receita no valor de cerca de R\$ 47,9 bilhões. Embora o grupo Responsabilidades não seja o de maior representatividade em termos de volume de negócios, o seu crescimento foi de 16,05% em relação ao ano de 2011. Disponível em: <<http://www.cnseg.org.br/cnseg/memoria/informe-anual-balanco-social/informe-anual-5.html>>. Acesso em: 13 abr. 2014.

Dito isso, verifica-se, na atualidade, uma crise da responsabilidade civil individual – mesmo nos casos de responsabilização com verificação de culpa, como no caso dos profissionais liberais, considerando, especialmente, a já referida “redefinição” do conceito de culpa e a erosão dos demais filtros da responsabilidade civil²³. Nesse sentido, indaga-se: a tendência à contratação de um seguro poderia insuflar uma política profissional de gerenciamento de riscos segundo o cálculo *risco versus lucro*, extraído da responsabilidade civil funções de prevenção, precaução e punição?²⁴

Assim, no exemplo corriqueiro das cirurgias plásticas, poderíamos chegar ao ponto de dizer que um médico e seus auxiliares estariam mais motivados a realizar procedimentos de alto ganho econômico, melhor resultado estético e relativo risco para a paciente, visto que amparados por seguro de responsabilidade civil, bem como pelo fato de o crescimento das demandas nessa área ser evidente, mesmo em face de profissionais que não arriscariam a integridade física de um paciente em prol de maiores lucros, mais beleza, ou pelo júbilo de produzir uma inovação? Estariam engenheiros ficando menos capazes de realizar projetos seguros em razão do amparo de um seguro de responsabilidade civil? E administradores tornando-se mais audaciosos, e conseqüentemente menos cautelosos, em razão dos seguros D&O?²⁵

Ancona Lopez (2010, p. 43) afirma que “a opinião pública e a mídia são o termômetro da suportabilidade do risco”. Se pensarmos em termos de medicina estética, por exemplo, podemos elevar a suportabilidade do risco a padrões cada dia maiores. No entanto, estariam, de fato,

²³ Anderson Schreiber (2009, *passim*) trata dessa erosão em termos de *flexibilização do nexa causal* e de uma *universal ampliação da ressarcibilidade*.

²⁴ Não entraremos aqui em debates mais aprofundados sobre a legitimidade dessas funções no terreno da responsabilidade civil, uma vez que muitos seriam os pontos a abordar e a doutrina a referir, o que não se adequa aos propósitos do presente estudo.

²⁵ Os chamados *Director's and Officers' Liability Insurance* têm sua origem no universo jurídico americano. “Numa sociedade intensamente litigiosa, cultora da atitude *'file first and think later'*, imbuída do *'deep pocket thinking'*, não será de estranhar que os administradores e altos funcionários da sociedade - especialmente de sociedades abertas cotadas (*public held corporations*) - sejam escolhidos como alvos privilegiados da litigação” (RAMOS, 2010, p. 241).

os profissionais da área vinculados à opinião pública? Essa não nos parece, verdadeiramente, a melhor conclusão se considerarmos a função primordial da responsabilidade civil numa perspectiva solidarista.

Com efeito, o que se pretende com essa afirmação não é, como poderia parecer à primeira vista, considerar todo profissional espécie de “segurador universal” de sua atividade, imputando-lhe sempre os resultados negativos de sua intervenção. O que se afirma aqui é, em última análise, a importância do papel do profissional enquanto limitador da sua própria atuação, conduzindo-a segundo padrões éticos, seguros e saudáveis dentro da sua especialidade, evitando abusos latentes no senso comum da sociedade no que toca a comportamentos perigosos.

A função reparadora da responsabilidade civil – primordial e indiscutível – porquanto necessária, passa a ser exercida nos dias de hoje não mais apenas pelo causador da ofensa, mas por meio de seguros privados, facultativos e obrigatórios, com a possibilidade de ação direta das vítimas, e por fundos de garantia. Adota-se, com isso, o sentido de garantia em lugar de uma estrutura meramente indenizatória.

Nessa linha, regras inseridas no direito civil acabam por alterar regras do direito processual, possibilitando, nesse particular, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, a ação direta da vítima contra a seguradora²⁶. Refere Humberto Theodoro Jr. que, a despeito da ausência de menção legal expressa nos casos de seguro facultativo de responsabilidade civil,

a solução não pode ser diferente [da hipótese de seguro obrigatório, art. 788, *caput*] uma vez que, por definição da lei, a obrigação da seguradora, em qualquer seguro

²⁶ Antes do NCPC, Humberto Theodoro Jr. (2008, esp. p. 13) assim se manifestava, partindo da norma heterotópica do art. 456 do CC/02 por sua interferência no regime do art. 73 do Código de Processo Civil. Com a aprovação do novo CPC, todavia, que entrará em vigo em março de 2016, essa questão estará legislativamente superada, uma vez que o novo diploma processual civil proíbe a denunciação da lide per saltum, revogando o art. 456 do CC/02 (art. 1.072, II, do CPC). Recentemente, ainda, o STJ editou a Súmula nº 529, cujo conteúdo dispõe: “No seguro de responsabilidade civil facultativo, não cabe o ajuizamento de ação pelo terceiro prejudicado direta e exclusivamente em face da seguradora do apontado causador do dano.”

da espécie (obrigatório ou facultativo) é a de garantir 'o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro' (THEODORO JR., 2008, p. 18)²⁷.

Não sendo mais necessária a observância dessa ordem na tentativa de reparação da vítima, "outras vias processuais devem ser procuradas para melhor instrumentalizar a pretensão de fazer atuar a garantia emergente do seguro de responsabilidade civil" (THEODORO JR., 2011, p. 301)²⁸. Se mais não fosse, porque, como bem recorda Theodoro Jr. em outro estudo, a evolução do direito material com o CDC assim apregoa (THEODORO JR., 2011, p. 302)²⁹, o estreitamento do vínculo entre seguradora e beneficiário e a função social do contrato de seguro devem ser, portanto, destacadas.

Dessa forma, quando consideradas as funções do instituto da responsabilidade civil e a função social do contrato de seguro, percebe-se que o plano instrumental deve com elas se compatibilizar, como acabou

²⁷ Melisa Cunha Pimenta (2010, p. 146) discorda, entendendo ser o caso de ação direta "impura" ou "imprópria", ou "lato sensu", uma vez que entende ser possível o ajuizamento de ação direta contra o segurador desde que o segurado também esteja presente no polo passivo. Também discordando da ampliação sugerida por Theodoro Jr. aos seguros facultativos, Washington Luiz Bezerra da Silva (2011, p. 89).

²⁸ Na jurisprudência, confira-se: "Civil e Processo Civil. Recurso especial. Indenização securitária. Ação proposta diretamente em face da seguradora sem que o segurado fosse incluído no polo passivo. Legitimidade. [...]" (BRASIL. STJ, 3ª T., REsp 1245618/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 22.11.2011). Ainda: Processual Civil. Seguradora. Intervenção em processo de conhecimento. Assistência litisconsorcial. Legitimidade à execução. Desde que possível o ajuizamento da ação de indenização pelo terceiro prejudicado diretamente contra a seguradora, a intervenção voluntária desta na demanda proposta contra o segurado caracteriza assistência litisconsorcial. Logo, tem legitimidade passiva para figurar no pólo passivo da execução do título executivo judicial, sendo responsável pelo seu adimplemento nos limites pactuados na apólice. Recurso não conhecido" (BRASIL. STJ, 3ª T., REsp 679352/PR, Rel. Min. Castro Filho, j. em 04.08.2005).

²⁹ O CDC reza o seguinte em seu art. 101: "Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor; II - o réu que houver contratado seguro de responsabilidade poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil. Nesta hipótese, a sentença que julgar procedente o pedido condenará o réu nos termos do art. 80 do Código de Processo Civil. Se o réu houver sido declarado falido, o síndico será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denunciação da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este."

ocorrendo com o contrato de seguro de responsabilidade civil. Assim, depois da Constituição Federal, do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, “generalizou-se a feição de *garantia social* do seguro em questão” (THEODORO JR., 2011, p. 302, grifo nosso) devendo, a moderna visão da instrumentalidade e da efetividade do acesso à Justiça e à tutela jurisdicional, afastar excessos de tecnicismo em prol da realização do direito material (THEODORO JR., 2011, p. 302).

2.3 Indenização sem responsabilidade: uma possibilidade para o Brasil?

O conceito de responsabilidade como dever sucessivo ou secundário, que nasce em decorrência da violação de outro dever (primário) e que encontra sua máxima expressão na obrigação de indenizar os danos então causados à vítima, não impediu que em alguns países passassem a reconhecer o direito à indenização mesmo que ausente a apuração de qualquer responsabilidade.

Assim, países como Alemanha, Itália e França estabeleceram seguros estatais, sendo as indenizações bancadas por meio de “fundos de garantia”, substituindo-se a responsabilidade civil pelo Seguro Social dos Fundos Públicos, numa forma de indenização sem responsabilidade (LOPEZ, 2010, p. 49). Nos anos 1970, o caso da Nova Zelândia ganhou destaque, quando o país instituiu, por intermédio do *Accident Compensation Act (1972)*³⁰, uma generalizada socialização do risco, que, atualmente, dá cobertura a despesas de acidentes com danos ou mesmo morte de forma bastante ampla, sendo o financiamento decorrente da contribuição de trabalhadores (RAMOS, 2010, p. 31). Conjugando-se a circunstância de que o *risco zero* é, em verdade, uma utopia, “pois sempre haverá um risco *residual*, que ainda é risco, que

³⁰ Confira-se em: <<http://www.acc.co.nz/about-acc/legal/legislation>> a legislação que, em 2001, substituiu o ACC de 1972, mantendo a mesma ideia central quanto à generalização do risco. Acesso em: 05 abr. 2014.

deve ser suportado pela coletividade ou pelos indivíduos” (LOPEZ, 2010, p. 31), ao fato de que o princípio solidarista está presente em grande parte das constituições contemporâneas, a exemplo da brasileira, a ideia de um sistema indenizatório geral, independente do apontamento de responsabilidades, pelo menos em termos teóricos, pareceria bastante satisfatória.

Na França, lei de março de 2002 determinou a reparação de vítimas de acidentes médicos, isto é, pessoas que tivessem sofrido danos independentemente de qualquer culpa ou erro médicos, por meio de fundos públicos. Tida por revolucionária, a Lei Kouchner n.º 2002, de 4 de março de 2002³¹, veio a dar solução à “álea terapêutica”, tendo como fundamento a solidariedade nacional, dentro da lógica de que nenhum paciente viesse a ficar sem indenização (LOPEZ, 2010, p. 208).

Todavia, em países com alto índice de corrupção e desvios de dinheiro público e com já excessiva carga tributária, a criação de um fundo de garantia desse porte é questionável, considerando o risco de que o dinheiro das indenizações não chegue às vítimas. Além disso, a socialização levada a tal extremo poderia gerar um esvaziamento da responsabilidade civil em sentido estrito e de sua função dissuasória, que, a despeito de não ser a primordial razão do instituto, não pode ser de todo ignorada. Uma solução interessante pode ser a adoção de uma gama maior de seguros obrigatórios no país, tendência que já se mostrava atual nos escritos de Wilson Melo da Silva (1962, p. 171), a exemplo do que ocorre em Portugal, onde há dezenas deles³².

Abordando o tema específico da violência urbana no Brasil e os danos que dela decorrem, André Rodrigues Corrêa (2009, *passim*) examina, a partir dos atos de violência traduzidos nos assaltos a coletivos, o princípio de solidariedade e a diretriz da socialidade. Ao

³¹ Para mais detalhes, veja-se: <http://www.aavac.asso.fr/loi_kouchner/loi_4_mars_2002.php>. Acesso em: 19 out. 2015.

³² Confira-se em: <www.isp.pt>. Acesso em: 19 out. 2015.

final, defende em sua tese a necessidade da criação de um seguro obrigatório a ser pago por todos aqueles que, de algum modo, lucram com a violência urbana no país, como a indústria do armamento e as empresas de segurança privada.

Conforme François Ewald (1986, p. 354), há atualmente a noção de um deslocamento da fonte e do fundamento da responsabilidade do indivíduo para a sociedade. A noção de responsabilidade “troca de matriz: não é mais a qualidade de um sujeito; é, antes disso, a consequência de um fato social”. A sociedade não mais é concebida como agregação de indivíduos que se ligam em função de interesses pessoais, mas como totalidade, uns dependentes de outros, que a conceberam seguindo o “*principe de solidarité*” (EWALD, 1986, p. 354) (ou de “*mutualité*”), gerando como efeito uma modificação no que tange à incidência da casualidade e do destino em função da equidade. O seguro torna-se então uma “*technologie juridique*” (EWALD, 1986, p. 356).

Na mesma linha da tese de Corrêa (2009), o propósito de que seguros obrigatórios sejam estabelecidos para todas as profissões mostra-se uma saída viável e harmonizada com os valores da equidade, segundo a máxima de que *do lucro nasce o encargo*, e da socialidade, antes examinadas.

3 O sinistro na atividade do profissional liberal

O sinistro caracteriza-se, em termos gerais e conforme a melhor doutrina, pela ocorrência do fato capaz de gerar a dívida de responsabilidade civil. É a realização do acontecimento previsto no contrato, independentemente de suas consequências³³. Considerando

³³ Pedro Alvim (1999, p. 393-394), ao tempo em que recorda a origem da palavra sinistro (do latim sinister), que significa adverso, inimigo, contrário, nocivo, funesto e infeliz, lembra que, com a expansão da atividade seguradora, essa passou a contar com uma noção mais ampla. Sua melhor compreensão hoje seria a de entendê-lo como a realização de um evento previamente incerto. Assim, “Sinistro é apenas a realização do acontecimento previsto no contrato, independentemente de suas consequências. Enquanto não ocorre, o risco é um evento incerto, seja quanto à sua realização, seja quanto ao tempo de sua ocorrência. Quando deixa de ser uma incerteza para transformar-se numa realidade fática muda de nome; passa a denominar-se sinistro”.

que nos seguros de responsabilidade civil há atualmente, ao lado da modalidade *à base de ocorrência*, a modalidade *à base de reclamação*, outras definições podem ser encontradas nos contratos, conforme se verifica no seguinte exemplo de uma grande seguradora do mercado: “*Sinistro*: A concretização do risco previsto e coberto pela presente Apólice, consistente na reclamação ou série de reclamações decorrentes de um mesmo evento”. E em outra seguradora, tem-se: “*Sinistro*: É a apresentação de uma Reclamação coberta pela Apólice que cause um Prejuízo Segurável ao Segurado”.

Constata-se que nessas transcrições é feita menção à *reclamação* decorrente do evento, o que afasta a ideia segundo a qual o sinistro se caracterizaria sempre pela ocorrência do fato potencialmente gerador da reclamação. Os contratos, a despeito de tal definição, comumente dispõem também acerca da obrigação do segurado de *notificar* qualquer *expectativa de reclamação*. Esse conceito de sinistro constitui a chamada cláusula *claims made*, mais comum em contratos de seguro de responsabilidade civil de produtos no exterior (em razão de certa perda de controle pelo fabricante sobre seus produtos mundo afora), “nada obstante possa ela, em tese, habitar apólices outras de Responsabilidade Civil, de seguro de Responsabilidade Profissional, por exemplo, no campo da medicina” (SANTOS, 2008, p. 535)³⁴.

Por essa cláusula, que tem origem no direito anglo-saxão e que teve a primeira apólice emitida na modalidade em Nova Iorque, em 1985, o seguro de responsabilidade civil não se dá à base da ocorrência, mas sim leva em conta a reclamação, podendo o fato, inclusive, ter ocorrido antes do início da vigência do contrato (SANTOS, 2008, p. 536).

Dai a indagação formulada por Ricardo Bechara Santos (2008, p. 536-537): “a cláusula *claim made* atenta contra o Código Civil brasileiro?” Com razão, o autor reconhece a sua validade e, portanto, a sua não contrariedade ao Código Civil em vigor, “salvo se as partes já

³⁴ Maria Elisabete Gomes Ramos (2010, p. 62), por sua vez, registra que o seguro de responsabilidade civil dos administradores é, normalmente, um seguro *claims made*.

tivessem conhecimento do fato danoso antes de celebrarem o contrato de seguro”. Sua adequação parece evidente, em especial no que tange ao seguro de responsabilidade civil de profissionais da saúde, na medida em que “a *claims made* [seguro à base de reclamação] fora idealizada para as hipóteses em que o segurado ignore a ‘incubação de um sinistro’ e daí se veja privado da cobertura tradicional à base de ocorrência” (SANTOS, 2008, p. 537)³⁵.

Destaca-se apenas que parece ser a melhor solução aquela que reconhece a legitimidade da cláusula sempre em caráter complementar, isto é, que não se reconheça a possibilidade de os contratos de seguro de responsabilidade civil limitarem temporalmente a cobertura apenas às *reclamações* realizadas durante a vigência do contrato, e não ao *evento ou sinistro* ocorrido durante a vigência. A *claims made* já chegou a ser considerada abusiva, no passado, pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça³⁶.

Um projeto de lei atualmente em trâmite no Congresso Nacional, que visa estabelecer regras gerais em contratos de seguro privado no Brasil nas suas diversas modalidades, excepcionados os seguros e planos de saúde – para os quais as regras seriam aplicáveis apenas subsidiariamente – e que se justifica pela necessidade de que “regras atuais, claras e abertas” sejam editadas de modo a que o sistema segurador possa atingir sua “função econômica e social”³⁷, tampouco

³⁵ Confira-se a Circular SUSEP n.º 336, de 22 de janeiro de 2007, a qual dispõe sobre a operacionalização das apólices de seguro de responsabilidade civil à base de reclamações (*claims made basis*), que, nos termos de seu art. 2º do Anexo I, afirma poderem ser seguradas tanto pessoas jurídicas como pessoas físicas, isto é, os profissionais liberais inclusive.

³⁶ O item 11 da Portaria 03/2001 da SDE-MJ dispunha caracterizar cláusula abusiva a “não cobertura, nos contratos de responsabilidade civil, de fatos ocorridos durante a sua vigência, mas só reclamados após.” A Portaria 24/2004 da SDE-MJ revogou o referido item.

³⁷ Assim no requerimento de apensação do PL 8.034/2010 ao PL 3.555/2004, do deputado Moreira Mendes, em dezembro de 2010. Disponível em: www.ibds.com.br. Acesso em: 19 out. 2015. Registre-se que a relevância de sistematização da legislação envolvendo essa importante espécie contratual das transações contemporâneas não passou despercebida por outros países, como é o caso de Portugal, que, em 2008, estabeleceu um novo regime para os contratos de seguro. Alguns autores lusos chegam a afirmar a necessidade de um Código dos Seguros, como António Menezes Cordeiro e Pedro Romano Martinez. Assim refere Paula Ribeiro Alves (2009, p. 19). Portugal, no entanto, à diferença do Brasil, ainda discute um Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor, desde o ano de 2006.

define sinistro. Refere, no entanto, a importância do seu “conhecimento” ou da sua “iminência”, bem como as obrigações do segurado a partir daí³⁸.

A constatação do momento da ocorrência do sinistro mostra-se importante para o que dispõem, especialmente, os artigos 771 e 778 do Código Civil, relativamente ao *duty to mitigate the loss*³⁹. Em termos de responsabilidade civil do profissional liberal e seu asseguramento, o dever de mitigar os prejuízos, por vezes especificados nos contratos como hipótese de “perda de direitos”, vem assim redigido: “Sob pena de perder o direito à indenização, o Segurado comunicará o sinistro à Seguradora tão logo tome conhecimento do mesmo e *adotará as providências imediatas para minorar suas conseqüências*”⁴⁰. Os efeitos desse dever, no entanto, podem levar a um afastamento total da responsabilidade do segurador no caso concreto, numa questionável afronta aos princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual, tendo em vista o grave ônus imposto ao contratante pela perda de sua posição jurídica privilegiada. Mais do que isso, pode-se inclusive ponderar acerca de eventual locupletamento da seguradora contratada diante do segurado que, após muitos anos de fiel pagamento do prêmio, perde por completo o direito à contraprestação contratada. Com efeito, se, por um lado, a concepção cooperativa de contrato impõe ao segurado o dever

³⁸ Assim, no art. 72 do PL.

³⁹ Sobre a possibilidade de o direito privado nacional recepcionar o conceito do *duty to mitigate the loss* de forma mais ampla em matéria contratual advoga Véra Fradera (2004), buscando suas origens nos sistemas jurídicos alemão e suíço, sendo que também a jurisprudência francesa o aplicaria - a despeito da ausência de previsão no sistema normativo - forte no princípio da boa-fé e na noção de abuso de direito. No direito alemão, o referido dever corresponde a uma *obligenheit*, que, surgida no próprio âmbito do direito dos seguros, tem o sentido de um dever de menor intensidade. Conforme leciona o professor alemão Christoph Fabian, o sistema prevê, na hipótese, não um direito à indenização, senão que uma sanção de natureza mais leve, como a perda de uma posição jurídica favorável. Christoph Fabian, *Dever de Informar no Direito Civil* (apud FRADERA, 2004, p. 114). O entendimento da autora pode ser corroborado pelo Enunciado n. 169 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, em 2004, que sobre o art. 422 do Código Civil assim refere: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

⁴⁰ Sem grifos no original.

de mitigar os próprios prejuízos⁴¹, por outro, infunde ao segurador uma interpretação consentânea e harmônica dos interesses em jogo, com base no paradigma da justiça contratual.

Fundamental lembrar aqui que o sinistro na atividade do profissional liberal passará pela caracterização, primordialmente, de um ato danoso decorrente de erro ou culpa do segurado, sendo a sua distinção nem sempre clara na prática. Abrange tanto a falta técnica como a informativa, que pode ser por ausência de informação causadora de dano e atribuível ao profissional, ou por inobservância de um dever de sigilo. Importante em todas as profissões liberais, porquanto decorrente de um dever fundado na boa-fé e na confiança, o sigilo pode causar violações à personalidade e mesmo ao patrimônio da vítima, seja sob a forma de lucros cessantes, seja sob a forma de danos emergentes, ou mesmo perda de chance.

3.1 Caracterização do sinistro e previsão de cobertura

Conforme se verificou do exame de alguns contratos de seguro de profissional liberal hoje no mercado, em especial para médicos, dentistas, auxiliares da medicina e advogados, a partir da caracterização do sinistro passa-se à verificação da existência efetiva de cobertura para o fato e qual a sua extensão, destacando-se essa cobertura em três frentes. Em todas elas, o pagamento ou o reembolso pela seguradora terá lugar após o trânsito em julgado da sentença judicial, o estabelecimento em sentença arbitral da qual não caiba mais recurso, ou com o acordo autorizado de modo expreso pela seguradora.

⁴¹ A pergunta que se coloca diante desse dever do credor é a de quem arcará com as aludidas despesas. O Código Civil previu expressamente, nos artigos 771, par. único, e 779 correrem à conta do segurador as referidas verbas. Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 587) ressaltam que o vigente Código Civil, “ao contrário da lei anterior, não ressalva a possibilidade de a apólice excluir essas despesas da cobertura contratada. Sem embargo de opiniões contrárias (VENOSA, 2006, p. 375), o segurador não mais está autorizado a suprimir esta categoria de prejuízos, exonerando-se de arcar com as despesas correspondentes”.

A primeira relaciona-se ao ato propriamente dito do profissional, vinculado à sua área de atuação e que variará, portanto, conforme se trate de um profissional da saúde, da advocacia, da engenharia, da psicologia ou qualquer outra área coberta por seguro. Uma segunda possibilidade de cobertura diz respeito a acidentes relacionados ao imóvel onde o profissional executa sua atividade, tais como clínicas e consultórios, alcançando também os equipamentos utilizados para diagnóstico e tratamento⁴².

Uma última frente de cobertura garante o segurado não no que tange às suas obrigações frente à vítima (beneficiário do seguro), mas sim quanto ao dano paralelo que lhe é causado em razão de sua própria prática culposa. Trata-se, consoante acima mencionado, da cobertura referente a custos de *gerenciamento de crise*, também tidos por *despesas de publicidade*.

Algumas operadoras preveem uma extensão de cobertura para Gerenciamento de Crises, na qual incluem despesas de publicidade, como a prevista na cláusula 4.11 de outra atuante no mercado:

A Seguradora, mediante prévia autorização por escrito, pagará custos de publicidade necessários para resguardar a reputação do Segurado, quando houver prejuízo à imagem, à honra ou reputação do Segurado causado pela veiculação de alguma notícia, reportagem ou vazamento de informações sigilosas, desde que os fatos ou acontecimentos estejam relacionados a Atos Danosos cometidos pelo Segurado.

Nos contratos de seguro de responsabilidade civil encontra-se – como de resto nos demais seguros – a previsão de que, havendo

⁴² Vide nota nº 7 supra, relativamente ao Enunciado nº 460 da V Jornada do CJP/STJ.

agravamento do risco, a cobertura fica afastada ou restringida⁴³. Em relação aos profissionais liberais, a questão será identificar em quais hipóteses o uso de novas técnicas em situações especialmente complexas pode caracterizar “agravamento de risco”.

Em alguns contratos, colhe-se a seguinte exclusão de cobertura: “reclamações decorrentes da prestação de serviços e/ou tratamentos que não são reconhecidos pela ciência médica ou não permitidos de acordo com os padrões profissionais aceitos para a prática da especialidade segurada. A título de exceção, disciplina-se que a referida exclusão não será aplicada àqueles tratamentos de caráter científico-experimental, quando a condição do paciente justifique a utilização de tais tratamentos como último recurso, e o paciente ou seus representantes tenham dado o seu consentimento por escrito”. Em outra apólice, dedicada a advogados, tem-se a exceção de cobertura nos seguintes termos: “reclamações decorrentes de danos causados por utilização de técnicas

⁴³ Em contrato de seguro de danos já se decidiu: “apelação cível. Seguros. Seguro de veículo. Incêndio. Negativa de cobertura da seguradora. Alegação de sobrecarga elétrica em decorrência de instalação de som. Indenização devida. O objetivo principal do seguro é a cobertura do risco contratado, ou seja, o evento futuro e incerto que poderá gerar o dever de indenizar por parte do segurador, devendo prevalecer o elemento essencial do contrato sob a visão do princípio da boa-fé, nos termos do artigo 422 e 423 do Código Civil. Em se tratando de contrato de seguro, a seguradora só poderá se exonerar de sua obrigação se ficar comprovado o dolo ou a má-fé do segurado ou agravamento do risco, o que no caso dos autos não restou configurado. Outrossim, não há previsão de exclusão de cobertura para a hipótese de incêndio decorrente de instalação de aparelho de som não original. Dever da seguradora em indenizar o autor. Apelo provido.” (RIO GRANDE DO SUL. TJRS. 5ª CC, AC 70035022680. Rel. Des. Gelson Rolim Stocker, j. em 15.12.2010). Da mesma forma, importante também se mostra o seguinte julgado: “Direito civil. Agravamento do risco como excludente do dever de indenizar em contrato de seguro. Caso a sociedade empresária segurada, de forma negligente, deixe de evitar que empregado não habilitado dirija o veículo objeto do seguro, ocorrerá a exclusão do dever de indenizar se demonstrado que a falta de habilitação importou em incremento do risco. Isso porque, à vista dos princípios da eticidade, da boa-fé e da proteção da confiança, o agravamento do risco decorrente da culpa *in vigilando* da sociedade empresária segurada, ao não evitar que empregado não habilitado se apossasse do veículo, tem como consequência a exclusão da cobertura (art. 768 do CC), haja vista que o apossamento proveio de culpa grave do segurado. O agravamento intencional do risco, por ser excludente do dever de indenizar do segurador, deve ser interpretado restritivamente, notadamente em face da presunção de que as partes comportam-se de boa-fé nos negócios jurídicos por elas celebrados. Por essa razão, entende-se que o agravamento do risco exige prova concreta de que o segurado contribuiu para sua consumação. Assim, é imprescindível a demonstração de que a falta de habilitação, de fato, importou em incremento do risco. [...]” (BRASIL. STJ, 3.ª T., REsp 1.412.816-SC. Rel. Min. Nancy Andriighi, j. em 15.05.2014).

de serviços que estejam em fase de experiência ou que não tenham sido testados de acordo com as normas específicas em vigor”.

Para além da hipótese de exclusão de cobertura por “agravamento de risco”, vejamos quais são as principais causas de exclusão presentes em contratos securitários.

3.2 Principais causas de exclusão da cobertura

As causas de exclusão de cobertura encontram-se expressas na apólice de cada seguradora. Nos termos do já referido art. 757 do Código Civil, os riscos segurados são aqueles previamente determinados pelo segurador. É somente por meio dessa predeterminação que o mutualismo é viabilizado, mantendo-se intacto e protegido o equilíbrio do contrato e de todo o sistema. Nesse sentido, nada há de violador a disposições do Código de Defesa do Consumidor (em seus artigos 25 e 51) ou aos artigos 423 e 424 do Código Civil, relativos aos contratos de adesão, o rol de exclusões de cobertura nos contratos de seguro, a não ser nas hipóteses em que tais limitações possam desvirtuar a natureza específica do negócio⁴⁴.

⁴⁴ Nesse sentido, confira-se, em tema de seguro saúde: “Direito civil. Contrato de seguro em grupo de assistência médico-hospitalar, individual e familiar. Transplante de órgãos. Rejeição do primeiro órgão. Novo transplante. Cláusula excludente. Invalidez. [...]”. (BRASIL. STJ. 3.ª T., REsp 1053810/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 17.12.2009). Também versando sobre contrato de seguro saúde: “Direito Civil e Consumidor. Seguro saúde. Contratação anterior à vigência do CDC e à lei 9.656/98. Existência de trato sucessivo. Incidência do CDC, mas não da lei 9.656/98. Boa-fé objetiva. Prótese necessária à cirurgia de angioplastia. Ilegalidade da exclusão de “stents” da cobertura securitária. Dano moral configurado. Dever de reparar os danos materiais. [...]” (BRASIL. STJ. 3.ª T., REsp 735.168/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 11.03.2008). E: “Apelação Cível. Seguro. Plano de saúde. Pedido de cobertura de implante de prótese no quadril. Contrato firmado na vigência da lei 9.656/98. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Cobertura securitária devida. [...]”. (RIO GRANDE DO SUL. TJRS, 5.ª CC, AC 70046558938, Rel. Des. Romeu Marques Ribeiro Filho, j. em 29.02.2012). Em tema de seguro de automóvel, confira-se, exemplificativamente (BRASIL. STJ. 4.ª T., REsp 247203/GO. Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. em 19.10.2000).

Analisando-se alguns contratos podem-se distinguir as principais exclusões de cobertura, a começar pela atividade de profissionais da saúde: erros ou omissões cometidos no exterior e/ou submetidos à jurisdição e/ou legislação estrangeiras; efetuadas fora da especialidade segurada; efetuadas por empregados; por erros ou omissões decorrentes de atos ilícitos dolosos ou culpa grave⁴⁵; reclamações decorrentes de assédio sexual; decorrentes de situações de guerra ou terrorismo; relacionadas a qualquer tipo de discriminação, por exemplo, racial ou sexual; relacionadas às recomendações ou indicações fornecidas via on-line/internet ou similar, a não ser em casos específicos para pacientes já diagnosticados⁴⁶; decorrentes de roubo, extravio ou furto de bens de qualquer espécie pertencentes a terceiros, ainda que ocorridos no interior de clínicas ou consultórios sob controle e utilizados pelo segurado no exercício profissional.

Quanto a profissionais da área jurídica, pode-se destacar: reclamações decorrentes de falhas por parte do segurado ou representante que sejam relacionadas à avaliação prévia de custos dos serviços profissionais; reclamações decorrentes de devolução de honorários cobrados pela prestação de serviços profissionais; eventos ocorridos em período anterior ao estabelecido na data limite de retroatividade conhecido ou não pelo segurado; reclamações decorrentes direta ou indiretamente, de falência ou insolvência do segurado, ou de seus fornecedores e/ou subcontratados; reclamações feitas contra o segurado por trabalho realizado por este e em nome de qualquer outra companhia, sociedade ou associações que o segurado faça parte com finalidade de formar empreendimentos conjuntos (*joint-venture*) a menos que haja consentimento prévio da seguradora e que desta apólice tenha sido estendida; reclamações baseadas na infração de direitos autorais, títulos, slogans, patentes, marcas registradas de

⁴⁵ Na doutrina, há posições contrárias e outras favoráveis à equiparação da culpa grave ao dolo para efeito de exclusão de garantia. Washington Luiz Bezerra da Silva (2011, p. 88). O seguro de responsabilidade civil, algumas formas de contratação e sua inserção no desenvolvimento das empresas e para o consumidor.

⁴⁶ Resolução do Conselho Federal de Medicina 1974/2011.

qualquer espécie bem como segredos comerciais ou industriais, dados de clientes, direitos sobre banco de dados ou qualquer outro direito de propriedade intelectual; multas aplicadas ao segurado, incluindo, mas não limitado a multas contratuais e extracontratuais, imposição de penalidades não pecuniárias e/ou concessão espontânea de garantias pessoais ou reais por parte do segurado.

Para além dessas hipóteses específicas, a promessa de resultado, êxito ou efeito constitui razão bastante para exclusão da cobertura segurada, tema que muito já se discutiu no terreno exclusivo da responsabilidade civil e que será abordado no item seguinte.

3.3 A promessa de resultado, êxito ou efeito do serviço contratado

A promessa de resultado, êxito ou efeito do serviço contratado é comumente excluída da cobertura dos contratos de seguro de responsabilidade civil de profissionais liberais, a exemplo da seguinte cláusula:

Não estarão amparadas por qualquer cobertura deste seguro as reclamações: [...] l) decorrentes de qualquer acerto, contrato ou compromisso do Garantido/Segurado que exceda o dever de utilizar os conhecimentos e cuidados usuais no exercício da especialidade segurada, ou em virtude do qual teria sido prometido um Resultado, Efeito ou Êxito. (Destques no original).

Com efeito, há certas obrigações cuja prestação não consiste em um resultado certo e determinado a ser produzido pelo devedor, mas sim numa atividade diligente deste em benefício do credor⁴⁷. O exemplo padrão é o contrato de prestação de serviços profissionais pelo médico e pelo advogado, uma vez que o resultado de sua atividade frequentemente depende (e não apenas acidentalmente) de circunstâncias alheias à sua vontade. Assim, não obstante o insucesso, o advogado faz sempre

⁴⁷ Para um estudo pontual das obrigações de meios e de resultado, veja-se Pablo Rentería (2011).

jus a honorários, que representam o pagamento pela sua atuação, independentemente do alcance de um específico resultado.

Propondo uma análise crítica das obrigações de meio e de resultado, Pablo Rentería (2011, p. 53) aponta o equívoco em se olvidar que “até mesmo as obrigações de meios se direcionam a produzir um resultado útil em favor do credor, idôneo a satisfazer o seu interesse em receber a prestação.” A partir do exemplo do contrato de serviço médico, Rentería (2011, p. 53) diferencia as obrigações de meio das obrigações de resultado, forte na consideração de que naquela o interesse do credor no cumprimento da prestação é *instrumental* (interesse em ser bem cuidado), ao passo em que nesta o interesse na prestação é *preliminar* (interesse em ser curado)⁴⁸. Fábio Konder Comparato (2014, p. 333-348) ressalta que, mesmo quando há promessa do médico ou do advogado (de êxito na cura ou na demanda, isto é, despertando no credor a expectativa de prestação do dito interesse não apenas *instrumental*, mas *preliminar*), isso não transforma a sua obrigação em uma obrigação de resultado, ainda que possível seja, em tese, o ajuizamento de ação por violação da boa-fé, mormente em se tratando de vítima vulnerável.

Havendo a indevida promessa por parte do profissional e sendo demandado e condenado judicialmente pelo resultado, efeito ou êxito inatingido, esse comportamento temerário do segurado afastará a responsabilidade da seguradora apenas nesse particular. Quer-se com isso destacar que, se além da promessa incumprida, a ela se somar um dano em decorrência de uma conduta culposa do profissional por violação de outra obrigação (seja de meio, seja de resultado), a garantia do seguro permanece intacta, não sendo atacada pela cláusula de exclusão.

Isso porque há uma independência dos deveres e obrigações dos profissionais e que devem ser analisados caso a caso. No campo da

⁴⁸ “Em síntese, se o interesse *in obligatione* coincide com o interesse preliminar, a obrigação é de resultado. De modo diverso, caso o interesse *in obligatione* seja instrumental em relação ao interesse preliminar, a obrigação é de meios. Eis como a distinção encontra seu fundamento no direito positivo.” (RENTERÍA, 2011, p. 65).

responsabilidade dos profissionais liberais, destaca-se a falha comum quanto ao dever de informar – composto dos deveres de esclarecimento, alerta e aconselhamento –, que gera responsabilidade mesmo que não haja qualquer outro “erro médico” ou falha na técnica (imperícia), uma vez que hoje a falha informativa ou o fato oriundo do defeito de informação são uma negligência e uma imprudência médicas por si só (MARQUES, 2004, p. 17). Da mesma forma, se houver a promessa de cura por parte do médico e o paciente não vier a alcançar uma melhora em seu estado de saúde em razão da negligência médica na busca de um correto diagnóstico e imperícia no tratamento dos sintomas, a seguradora não ficará, por isso apenas, desobrigada de indenizar os danos ao beneficiário, uma vez que a promessa não afasta irrestritamente toda e qualquer obrigação daquela em relação ao segurado.

4 A relação seguradora, segurado e beneficiário

O exame da relação entre seguradora, segurado e beneficiário não pode se dar sem que antes se caracterize essa relação como uma típica relação de consumo, na medida em que a seguradora pode ser reconhecida como fornecedora, nos termos do art. 3º do CDC, e o segurado, ainda que contrate o seguro no âmbito de sua atividade profissional, pode ser qualificado como consumidor. Assim, é inegável a incidência das normas protetivas consolidadas no Código de Defesa do Consumidor, o qual parte da premissa de vulnerabilidade absoluta da pessoa física não profissional e permite, na hipótese de demonstração *in concreto* de vulnerabilidade da pessoa física ou jurídica profissional, que também seja qualificada como consumidora, ainda quando adquira um produto ou serviço no âmbito de sua atividade econômica.

Considerando-se especificamente os seguros de responsabilidade civil profissional, a vulnerabilidade em concreto pode ser afirmada categoricamente, tanto em razão das características próprias do contrato de seguro - considerando a complexidade advinda da natureza mutual do negócio - como pela desigual relação de forças entre os contratantes, mesmo que o seguro tenha sido contratado por clínicas médicas,

escritórios de advocacia ou engenharia, empresas de publicidade e outras pessoas jurídicas a benefício dos profissionais liberais que congrega.

É preciso destacar, ainda, que não é da tradição cultural brasileira a contratação dessa espécie contratual. Tampouco cogitamos pôr fim em *contratação à distância* desses seguros, como já vem ocorrendo em outros países. O seguro é um contrato cuja tendência, ao que nos parece, não é ser usado no comércio eletrônico, pois muitas são as informações a serem prestadas, via de regra de significativa complexidade, sendo ele altamente regulado e bastante técnico.

Na relação seguradora-segurado (como também na relação seguro-beneficiário), a informação, como ocorre nas demais relações de consumo, é um dos mais importantes fatores de êxito para o saudável desenvolvimento do vínculo negocial, desde o primeiro contato entre as partes, quando deve o seguro declarar todas as circunstâncias que influenciam o risco, cabendo à seguradora ou ao corretor de seguros, por seu turno, esclarecer ao seguro e, mais do que isso, aconselhá-lo sobre a modalidade de contrato mais conveniente para as suas necessidades. A complexidade do contrato de seguro e até mesmo a extensão das informações presentes numa apólice, que à evidência levam o leitor à fadiga e podem, ainda que não deliberadamente, esconder pontos importantes para a tomada de decisão do contratante, comprovam a indiscutível vulnerabilidade do tomador de seguro⁴⁹.

A partir da afirmação de que o CDC é aplicável à relação seguro-segurador, a sua incidência na relação que se estabelecerá entre beneficiário e segurador é uma decorrência lógica. Assim, questões como o emprego da lei mais favorável, a inversão do ônus da prova, bem como a solidariedade entre os agentes prestadores

⁴⁹ Em item dedicado à *acumulação de informação*, Paula Ribeiro Alves (2009) chama a atenção para o fato de que o intenso concurso de normas determina, muitas vezes, um excesso de informação, sendo de verificar-se que “perante a dimensão e a complexidade que os seguros muitas vezes têm é difícil incentivar o consumidor à leitura da documentação que lhe é fornecida e, principalmente, em produtos financeiros extremamente intrincados, não é provável que uma leitura atenta resulte a sua plena compreensão” (ALVES, 2009, p. 186-188).

encontram solução na diretriz da especialidade, podendo-se afirmar, em decorrência disso, que se aplicam as normas do CDC à contratação geral dos seguros de RC profissional e, por prever o Código Civil regras também especiais para o contrato de seguro, adota-se esse de forma conjunta com a lei consumerista, no particular. Quanto a uma eventual abusividade das cláusulas contratuais (art. 51 do CDC), coloca-se a seguinte problemática: é possível questionar-se, por exemplo, o tempo de formado do médico, eventuais processos administrativos ou judiciais anteriores, ou mesmo a qualidade da sua formação profissional para fins de negativa de contratação ou imposição de condições menos favoráveis ao segurado profissional liberal?

Considerando-se a mutualidade e a análise atuarial que caracterizam uma contratação de seguro, a resposta a essa pergunta não pode ser outra senão que tal negativa de contratação se mostra censurável. As características do segurado devem servir tão somente para determinar o valor do prêmio e eventuais obrigações a ele impostas, sob pena de configurar prática abusiva por parte da seguradora, ao negar cumprimento à oferta (art. 30 do CDC), incidindo, se outro motivo não houver, também nas vedações do artigo 39, incisos II e IX⁵⁰, do Código de Defesa do Consumidor.

4.1 O esgotamento da teoria do reembolso

Sob a égide do Código Civil de 1916, que, em seu artigo 1.432, dispunha considerar-se contrato de seguro “aquele pelo qual uma das partes se obriga para com outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizar-lhe o prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato”, ao seguro correspondia uma função indenizatória, daí falar-se

⁵⁰ “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes; IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)”.

em *seguro-indenização*. Com a entrada em vigor do novo Código Civil, em 2002, essa noção foi substituída pela de *seguro-garantia*, o que se depreende de seu *caput*: “Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a *garantir* interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados” (grifo nosso). Conforme Humberto Theodoro Jr. (2008, p. 7),

o segurador não é mais um responsável apenas pelo reembolso perante o causador do dano daquilo que este tenha despendido na indenização paga à vítima. Quem presta garantia (seja real ou fidejussória) estará sempre obrigado a satisfazer o direito do credor, caso o devedor não o faça. Quem garante não se limita a repor gastos de outrem. Ao contrário, obriga-se a realizar gasto em lugar de outrem.

O vínculo que hoje une segurado, seguradora e benefício é mais estreito que há dez anos. Nos termos do art. 787, § 4º, do Código Civil, “subsistirá a responsabilidade do segurado perante o terceiro, se o segurador for insolvente”, o que demonstra caber à vítima ação direta contra a seguradora (THEODORO JR., 2008, p. 11-12)⁵¹, uma vez que esta passou a ser garantia dos débitos do segurado. Da mesma forma, o Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer, no início da década de 1990, que o réu que houvesse contratado seguro de responsabilidade poderia chamar ao processo o segurador, já ampliava a possibilidade de ressarcimento mais ágil e eficaz ao consumidor. Se mais não fosse, a própria qualificação do contrato encontra respaldo na sua função social, o que fora reconhecido pelos diversos tribunais do país (KONDER, 2010, p. 64).

Percebe-se, como aliás já se pode demonstrar, que a função do seguro de responsabilidade civil é dúplice. De um lado busca evitar a

⁵¹ À página 13 conclui o autor: “A ‘ação direta’, no campo do seguro de responsabilidade civil, no qual se implantou pioneiramente, não surgiu de obra do legislador, mas da capacidade criativa da jurisprudência, exercida dentro das exigências humanas, sociais e econômicas ditadas pela vida moderna. Pelo que não se justifica nem vale a pena opor-lhe resistência, entre nós, à base de argumentos extraídos de uma técnica processual anacrônica e incapaz de atender à atividade e economia de que o direito processual não pode prescindir”. (THEODORO JR., 2008, p. 13).

ruína do segurado profissional liberal, e, de outro, garantir a indenização do dano causado. Assim, limitar a função do seguro, nos casos de responsabilidade civil, tão somente ao reembolso, o que seria uma operação simplesmente matemática, é desconsiderar a nova concepção de contrato e a repercussão de princípios contratuais como o da boa-fé e da função social na teoria do reembolso.

Embora o conceito de boa-fé seja antigo nos sistemas de Direito Privado ocidental de tradição no *Civil Law*⁵², tendo sido incorporada pelos arts. 1.134 e 1.135 do Código Civil francês e pelo § 242 do Código Civil alemão, a sua importância, que ficara obscurecida durante o período clássico, reemerge na era do Direito social. Agora, mais do que nunca, a boa-fé requer o apagamento da rígida separação entre o Direito Público e o Direito Privado, pois o direito se fundamenta na solidariedade social. “É somente no campo do direito social que a boa-fé adquire o solo epistemológico próprio que define o seu significado tal como hoje o conhecemos” (MACEDO JR., 1998, p. 231-232). Já o princípio da função social do contrato prestigia interesses que extrapolam os dos contratantes. Como pondera Teresa Negreiros, “o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas” (NEGREIROS, 2006, p. 208).

4.2 Dever de entrega de documentação do beneficiário à seguradora e a cláusula de sub-rogação

Finalmente, duas questões ainda merecem ser abordadas brevemente neste estudo. Uma diz respeito à cláusula que determina, nos contratos de seguro de responsabilidade civil do profissional liberal, que o segurado se encontra obrigado a fornecer ao segurador *toda e qualquer documentação* solicitada para fins de comprovação do sinistro ou da mensuração do prejuízo, tais como prontuários médicos e outros

⁵² Em uma análise das raízes da boa-fé, Judith Martins-Costa (2000, p. 110 et seq.). Registra a autora a primazia do mundo romano na formação da noção de boa-fé no Direito.

registros. Embora essa exigência possa parecer legítima em se tratando de contrato de seguro, em não poucas hipóteses ela entra em conflito direto com o interesse do beneficiário.

Sem sombra de dúvidas, é na relação entre consumidor e profissional liberal que a proteção da confiança mais se acentua. Ainda que nos dias de hoje se possa questionar acerca da relevância do chamado médico da família, por exemplo, é indiscutível que toda relação médico-paciente, advogado-constituente e contabilista-cliente, apenas para citar algumas, somente se sustenta se houver confiança entre as partes. Confiança essa que, para além da perspectiva ética, possui também um sentido jurídico. Exigir do segurado, de forma incondicional e irrestrita, a entrega de toda a documentação solicitada pode conflitar, portanto, com um interesse seu superior, que é o de ver protegidas informações de caráter absolutamente privado, que tenham sido, apenas em razão de tratamento médico ou psicológico, defesa judicial ou consulta financeira, divididas com médicos ou psicólogos, advogados e contabilistas.

Portanto, conclui-se que a saída mais adequada, conforme o ordenamento civil-constitucional, para a compatibilização dos interesses em jogo é a análise casuística da obrigação presente nos contratos de seguro com o tipo de dado solicitado. Isso sem olvidar o absoluto dever de manter os documentos e informações eventualmente recebidos pela seguradora no mais estrito sigilo, uma vez que a preservação dos valores existenciais da pessoa humana, tutelados constitucionalmente pela ordem jurídica, não pode ser afastada em razão de cláusula contratual.

A outra questão que ainda toca referir diz respeito à cláusula de sub-rogação. Conforme preceitua o artigo 786 do Código Civil brasileiro, “Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano”⁵³.

⁵³ Os §§ 1º e 2º do citado artigo ainda dispõem: “Salvo dolo, a sub-rogação não tem lugar se o dano foi causado pelo cônjuge do segurado, seus descendentes ou ascendentes, consangüíneos ou afins.” E: “É ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo.”

Em um dos contratos examinados consta a seguinte cláusula, cuja razão de existir mais se justifica pela possibilidade de concorrência de culpa ou de uma possível culpa *in eligendo* do segurado⁵⁴:

Pelo pagamento da Indenização, cujo recibo valerá como instrumento de cessão de direitos, a Seguradora ficará sub-rogada em todos os direitos e ações do Segurado contra aqueles que por ato, fato ou omissão, tenham causado os prejuízos indenizados ou para ele tenham concorrido. [...].

Com efeito, nos contratos de seguro de responsabilidade civil de profissional liberal a cláusula de sub-rogação, embora presente, encontra menos aplicação que nos demais seguros de danos. Isso porque ele é justamente uma espécie de *seguro de culpa*, o que já chegou a ser motivo de contrariedade por parte da doutrina mais antiga, conforme acima demonstramos.

5 Conclusão

Tratar do seguro de responsabilidade civil profissional, no Brasil, ainda é tarefa de poucos. A doutrina específica é restrita, sendo o maior

⁵⁴ A exemplo de decisões como a proferida pelo STJ, no REsp. 605403/RJ, DJe 16.11.2009, assim ementada: "Consumidor - Responsabilidade civil - Reparação de danos - Erro médico - Cirurgia plástica - Danos irreparáveis causados à paciente pelo anestesista - Responsabilidade solidária do cirurgião-chefe pelo evento se o profissional que agiu com culpa estava diretamente subordinado a ele - Clínica de saúde onde foi realizado o procedimento que também responde solidariamente pelos danos - Inteligência do art. 14, par. 1º e 4º, da Lei nº 8.078/90". Cabe registrar, no entanto, que o posicionamento atual da Corte Superior na matéria se mostra diverso, nos termos da seguinte decisão, publicada no Informativo 408 do STJ: "erro médico. Responsabilidade solidária. Não ocorrência. Nos embargos de divergência no recurso especial advindo de ação de indenização por danos materiais e morais por erro do anestesista durante cirurgia plástica, a Seção, por maioria, entendeu que, diante do desenvolvimento das especialidades médicas, não se pode atribuir ao cirurgião chefe a responsabilidade por tudo que ocorre na sala de cirurgia, especialmente quando comprovado, como no caso, que as complicações deram-se por erro exclusivo do anestesista, em relação às quais não competia ao cirurgião intervir. Assim, afastou a responsabilidade solidária do cirurgião chefe, porquanto não se lhe pode atribuir tal responsabilidade pela escolha de anestesista de renome e qualificado. Com esse entendimento, a Seção, por maioria, conheceu dos embargos do cirurgião chefe e deu-lhes provimento. Os embargos opostos pela clínica não foram conhecidos" (BRASIL. STJ. ERESp 605435/RJ, 3.ª T. Rel. originária Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Raul Araújo Filho, j. em 14.09.2011).

estudo promovido por aqueles que atuam diretamente no mercado segurador.

Longe de ser uma crítica, essa constatação apenas sugere a necessidade de um crescente aprofundamento nos estudos sobre o tema, partindo do pressuposto de que o que se busca é estabelecer um sistema que cubra efetivamente os danos das vítimas, sem que com isso sejam causadas novas injustiças. Uma das questões que nesta análise se põe é se a socialização dos danos deve se dar por meio da seguridade social e recair sobre todos os cidadãos ou não, tendo em vista suas consequências para toda a sociedade.

Considerando que vivemos hoje em um estado de solidariedade social, o qual se caracteriza por um estado de seguridade, tem-se que também os maus resultados médicos e demais infortúnios precisam ter seu sistema de reparação repensado. Assim, transferir-se a reparação individual para uma forma coletiva de ressarcimento, com a colaboração de todos por intermédio de grupos sociais, se apresenta a medida mais consentânea com o atual estado da nossa sociedade. É nesse sentido que se apregoa, sem de nenhuma forma pretender encerrar qualquer debate, a necessidade premente de um uso mais amplo dos seguros obrigatórios de responsabilidade civil profissional.

Referências

ALVES, Paula Ribeiro. **Contrato de seguro à distância: o contrato eletrônico**. Coimbra: Almedina, 2009.

ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Antony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

CANÁRIO, Pedro. **Indenizações levam jornalistas a procurar seguradoras.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-18/indenizacoes-levam-empresas-jornalismo-procurar-seguradoras>>. Acesso em: 20 dez. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. In: NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 5. p. 333-348.

CORRÊA, André Rodrigues. **Solidariedade e responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte de pessoas no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2009.

EHRENZWEIG, Albert A. **Assurance oblige: a comparative study.** Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol15/iss3/9>>. Acesso em: 19 out. 2015.

EWALD, François. **L'Etat Providence.** Paris: Bernard Grasset, 1986.

FRADERA, Véra Maria Jacob De. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 109-199, jul./set. 2004.

GIDDENS, Antony. Risk and responsibility. **Modern Law Review**, London, v. 62, n.1, p. 1-10, jan. 1999.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

KONDER, Carlos Nelson. A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 29, p. 3-34, jan./mar. 2007.

KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato X função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 43, p. 33-75, jul./set. 2010.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 827, p. 11-48, set. 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. O art. 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 757-796.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NEGREIROS, Teresa Negreiros. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PENNEAU, Jean. La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. **Revue internationale de droit comparé**. Etudes de droit contemporain. Lyon, France. v. 42, n. 2, p. 524-544, avril-juin/1990.

PIMENTA, Melisa Cunha. **Seguro de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010.

RAMOS, Maria Elisabete Gomes. O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2010.

RENTERÍA, Pablo. **Obrigações de meios e de resultado**: análise crítica. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RIBEIRO, Ivan César. **Robin Hood versus King John: como os juízes locais decidem casos no Brasil?** Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/ipeacaixa/premio2006/docs/trabpremiados/IpeaCaixa2006_Profissional_01lugar_tema01.pdf>. Acesso em: 19 out. 2015.

SANTOS, Ricardo Bechara. **Direito de seguro no novo Código Civil e legislação própria.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Washington Luiz Bezerra da. O seguro de responsabilidade civil, algumas formas de contratação e sua inserção no desenvolvimento das empresas e para o consumidor. In: CARLINI, Angélica L.; SANTOS, Ricardo Bechara (Org.). **Estudos de Direito do Seguro em homenagem a Pedro Alvim.** Rio de Janeiro: Funenseg, 2011. p. 84-99.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco.** 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Bernardo Álvares, 1962.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II. p. 83-121.

TEPEDINO, Gustavo. O futuro da responsabilidade civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 24. out./dez. 2005.

THEODORO JR., Humberto. Novidades no campo da intervenção de terceiros no processo civil: a denunciação da lide “per saltum” (ação direta) e o chamamento ao processo da seguradora na ação de responsabilidade civil. **Revista da OAB**, Belo Horizonte, dez. 2008. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235067126174218181901.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2015.

THEODORO JR., Humberto. O seguro de responsabilidade civil: disciplina material e processual. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, n. 46, p. 299-316, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 19 out. 2015.

TZIRULNIK, Ernesto. **O futuro do seguro de responsabilidade civil**. Disponível em: <<http://www.ibds.com.br/artigos/OFuturodoSegurodeResponsabilidadeCivil.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2015.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **A responsabilidade civil objetiva no direito de danos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Recebido em: 28/03/2016

Aprovado em: 09/02/2017