

AUTONOMIA DA VONTADE NA ELEIÇÃO DO DIREITO APLICÁVEL AOS CONTRATOS DE RESSEGURO

Autonomy of the Will in the Choice of Law Applicable to Reinsurance Contracts

Raphael de Oliveira Pister Martins¹

RESUMO

O objetivo do presente estudo é refletir sobre a importância da autonomia da vontade na eleição do direito aplicável aos contratos de resseguro, considerando as características típicas do negócio de resseguro e do seu respectivo contrato, notadamente sua internacionalidade e empresarialidade. Após discorrer sobre suas peculiaridades, debate-se sobre como a autonomia da vontade vem ganhando força na doutrina e jurisprudência brasileiras, especialmente com relação aos contratos empresariais e internacionais, apesar da interpretação positivista do art. 9º da LINDB, para então concluir como tais particularidades potencializam a flexibilização do referido dispositivo para se conceber a autonomia da vontade nos referidos tipos contratuais.

Palavras-chave: Contrato. Resseguro. Empresarial. Internacional. Direito Aplicável. Autonomia da Vontade.

ABSTRACT

The scope of this paper is to reflect on the importance of free will in choosing the law applicable to reinsurance contracts, considering the typical characteristics of the reinsurance business and its respective contract, especially its internationality and business nature. After discussing its peculiarities, it discusses how the autonomy of the will has been gaining strength in Brazilian doctrine and jurisprudence, especially in relation to business and international contracts, despite the literal interpretation of art. 9 of the LINDB, to then conclude how such particularities enhance the flexibility of the aforesaid provision to conceive the autonomy of the will in such contractual types.

Keywords: Contract. Reinsurance. Business. International. Applicable Law. Autonomy of the Will.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. CARACTERÍSTICAS DO RESSEGURO E DO CONTRATO DE RESSEGURO; 1.1. EMPRESARIALIDADE DAS PARTES; 1.2. CONTRATO EMPRESARIAL; 1.3. INTERNACIONALIDADE; 2. IMPORTÂNCIA DA AUTONOMIA DA VONTADE – REFLEXÃO DO ART. 9º DA LINDB; 3. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

¹ Advogado. Mestrando em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP. MBA em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Getúlio Vargas-FGV/RJ.
Email: pisterraphael@gmail.com

INTRODUÇÃO

Em sua obra Segundo Tratado Sobre o Governo Civil, John Locke nos brinda com algumas ideias que foram fundamentais para a concepção do que se conhece hoje como Estado liberal – sem confundir com o conceito que liberalismo pode significar para as ciências econômicas – dentre as quais é possível extrair duas ideias delas valiosas para o presente estudo: a primeira, de que a liberdade é um dos bens mais relevantes do homem; a segunda se refere aos constantes inconvenientes que ameaçam os direitos naturais fundamentais do homem. A liberdade, como se verá adiante, é o princípio basilar para a evolução do Direito e sua adequação às novas realidades que se apresentam. Riscos aos interesses individuais e coletivos existem há muito tempo, como se depreende da obra de Locke, porém na sociedade contemporânea eles ganham novos contornos, significados, frequências e intensidades.

Vivemos hoje na chamada *sociedade de risco*, que se caracteriza pela centralidade do risco nas relações sociais, econômicas e até com a natureza e seus recursos. A forma como o capitalismo se desenvolveu, notadamente no Ocidente, atribuindo ao indivíduo maior liberdade de atuação no seio social e conseqüentemente menor intervenção do Estado nas relações, criou um ambiente propício para que o risco se tornasse inerente ao convívio social e interações econômicas entre os indivíduos e destes com seu meio-ambiente. Neste tipo de sociedade, o Estado sozinho não consegue zelar por toda e qualquer relação. Nem se justificaria. A liberdade concedida aos indivíduos pressupõe a responsabilidade destes com eles próprios e com a coletividade, com o ambiente, com o interesse comum.

A diferença desta sociedade para a anterior sociedade industrial reside no fato de que, nesta última, o risco estava estreitamente afrornado na produção industrial. Quem produz e comercializa bens carrega consigo a responsabilidade pelos riscos inerentes à atividade. Vale dizer, a massa de riscos ficava circunscrita a um determinado grupo de pessoas, ou melhor, grupo de relações comerciais e produtivas. Esta fórmula viria a se inverter na atual *sociedade de risco*, na qual este não mais é acessório da produção – ao menos, não somente – e passa ser parte indissociável das atividades e das interações humanas, numa inevitável simbiose entre relações e riscos. Tal característica se potencializa com a globalização. Enquanto na era industrial, como dito, os riscos se isolavam em regiões e grupos de pessoas localizados, em uma sociedade em que as relações não conhecem fronteiras os riscos tendem a se dispersar por entre regiões, pessoas, países. Riscos estes nem sempre

físicos ou "coisificados", mas abstratos, presentes somente no intelecto, no âmago, no desejo dos indivíduos.

Nesta *sociedade de risco*, o modelo da atividade securitária se tornou um dos meios para efetiva mitigação dos efeitos econômicos que a realização dos riscos pode trazer ao titular do interesse. Neste sentido, a ideia de risco aproxima-se do conceito de incerteza em relação à ocorrência da perda, embora na clássica distinção de Frank Knight² o risco seria passível de mensuração e conversível em uma certeza, enquanto a incerteza não é suscetível de medição. O risco se aplica a situações em que não se sabe o resultado de uma determinada situação, mas é possível medir com precisão as probabilidades. A incerteza, por outro lado, se aplica a situações em que é impossível saber todas as informações de que se necessita para definir probabilidades precisas.

O risco³, no âmbito dos seguros, ganha feições específicas e relevância nuclear, sem o qual a essência do contrato se esvai. É impossível conceber o contrato de seguro sem ter o risco como elemento essencial e, mais que isso, como causa da relação contratual. Sem risco, não há contra o que se proteger. Adicione-se, ainda, o prêmio como elemento essencial, enquanto remuneração e contrapartida da garantia prestada pela seguradora, ao lado do interesse e da própria garantia.

Se se entende o seguro como uma espécie de manto de proteção que acoberta os interesses pessoais dos indivíduos (vida, saúde, acidentes, funeral, etc.) e as atividades comerciais em geral (incêndio, responsabilidade civil, transportes, crédito, etc.) contra os riscos que permeiam as interações sociais e a relação dos indivíduos com a natureza, o resseguro seria o sustentáculo econômico deste "manto" enquanto viabilizador da operação securitária.

Aqui já se rechaça de imediato a definição, há muito corrigida pela própria doutrina especializada, de que o resseguro seria o "seguro do seguro". Em verdade, este é, quando muito, o seguro da seguradora, enquanto garantidor de sua estabilidade financeira. Nesse sentido, o resseguro funciona como estabilizador da operação securitária na manutenção da higidez e solvência das seguradoras – e consequentemente do mercado segurador como um todo – em relação à volatilidade natural dos negócios e de intempéries que podem vir a desajustar as previsões atuariais, tais como catástrofes naturais, pandemias e sinistros vultosos.

² KNIGHT, Frank H. *Risk, Uncertainty and Profit* (1921). University of Illinois at Urbana-Champaign's Academy for Entrepreneurial Leadership Historical Research Reference in Entrepreneurship, Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1496192>

³ Para mais detalhes sobre a dificuldade de conceituação de risco, ver JUNQUEIRA, Thiago. *O risco no domínio dos seguros*. In: Temas atuais de Direito dos Seguros: Tomo II / coordenação Ilan Goldberg, Thiago Junqueira – 1. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

Tampouco há o que se falar em *transferência* de risco ou de responsabilidade por meio do resseguro. O risco garantido pelo ressegurador é distinto daquele objeto do contrato de seguro. O risco assumido em resseguro é o risco da atividade securitária, jamais o risco original assumido pela seguradora/cedente. Apesar disso, é evidente que o seguro é impensável sem o respaldo financeiro do resseguro, daí sua importância e relevância para a manutenção da resiliência na *sociedade de risco* contemporânea.

Neste ponto, é importante destacar não apenas a função financeira do resseguro, mas também sua função mercadológica – ao prover capacidade para as seguradoras assumirem riscos sem o qual seria inviável em razão da capacidade limitada de retenção, o que, por conseguinte, torna a concorrência entre seguradoras mais descentralizada ao permitir maior disputa pelos negócios – e a função educacional, justamente por sua essência internacional. Esta última, viabilizada pela internacionalidade do resseguro, que permite aos resseguradores coletar informações de comportamento de riscos específicos em determinadas regiões ou segmentos, está fundada na disponibilização de know-how pelos resseguradores a seguradoras locais, que muitas vezes não conseguem obter visibilidade globalizada de certos riscos.

Voltando à característica financeira do resseguro, o instrumento pelo qual se formaliza esta garantia financeira é o contrato de resseguro. Vislumbra-se então a necessidade, primeiramente, de uma rápida exploração da natureza e das características do contrato de resseguro e da própria atividade ressecuritária, dando especial relevo à empresarialidade das partes, a internacionalidade da atividade e do contrato e a alocação do contrato sob a categoria de empresarial.

A partir deste contexto de empresarialidade e internacionalidade, sem ignorar os novos rumos que doutrina e jurisprudência hodiernas ensaiam levar o tema, passa-se a analisar a autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável ao contrato. O tema é ainda bastante controverso, não sendo intuito deste trabalho jogar pá de cal sobre os mais diversos entendimentos. Na verdade, convida-se o leitor a refletir sobre certas particularidades do resseguro que permitiriam uma análise mais profunda sobre o grau da autonomia da vontade que as partes gozam quando da escolha da lei a ele aplicável.

1. CARACTERÍSTICAS DO RESSEGURO E DO CONTRATO DE RESSEGURO

1.1. EMPRESARIALIDADE DAS PARTES

Dentre os elementos essenciais do contrato de seguro, conforme preceitua o art. 757 do Código Civil, estão o prêmio, o risco, o interesse e a garantia. Ocorre que o mesmo dispositivo, em seu parágrafo único, traz um quinto elemento que é a empresarialidade. A necessidade de a seguradora ser uma "entidade para tal fim legalmente autorizada" é que a gestão da massa de riscos, i.e., dos contratos, e das reservas, e o pleno exercício da técnica atuarial em prestígio ao princípio do mutualismo, requerem uma organização da atividade securitária que somente é possível através de sua constituição enquanto empresa. Some-se a isto a necessidade de gestão prudente e profissional do fundo mutualístico constituído pelos prêmios recolhidos junto aos segurados. Como se vê, o principal fundamento da empresarialidade para a seguradora é a exigência técnico-atuarial de gestão da massa de riscos, baseada no princípio do mutualismo.

O ressegurador, por sua vez, para exercer sua atividade típica, também se reveste de empresarialidade. Entretanto, em que pese as mais variadas e diferentes opiniões⁴, no caso do ressegurador a empresarialidade não decorre diretamente – tampouco subsidiariamente – do parágrafo único do art. 757 do Código Civil. Segundo a melhor doutrina, esta decorre do caráter e exposição econômico-financeira do exercício de sua atividade.⁵ Distintamente da atividade securitária, não se exige do ressegurador a repartição de riscos de forma homogênea de modo a permitir a gestão uniforme dos contratos e o adimplemento das obrigações deles decorrentes. Tampouco é o mutualismo fundamento da estrutura e da causa do contrato de resseguro. Por outro lado, importa, para o mercado ressegurador, notadamente para as seguradoras, a solvabilidade e robustez financeira dos resseguradores. A empresarialidade, para o ressegurador, decorre, portanto, da exigência econômico-financeira, assim como requerido para qualquer atividade econômica relevante.⁶

⁴ Não é intuito deste trabalho aprofundar-se no tema relativo à aplicação da legislação securitária no âmbito do resseguro, mas ressalta-se desde já que existem variados entendimentos apontando para a sua aplicação subsidiária, enquanto outros autores entendem que sequer se aplicam.

⁵ ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel. *Resseguro e seguro: ponto de contato entre negócios jurídicos securitários*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 47-48.

⁶ Neste sentido, ver PIZA, Paulo Luiz de Toledo. *Contrato de Resseguro: tipologia, formação e Direito Internacional*. São Paulo: Manuais Técnicos de Seguros: IBDS, 2002, p. 127-133.

Superada a questão sobre a qualificação necessária do ressegurador e da seguradora, passa-se a analisar como esta qualificação opera na negociação, operacionalização, execução e, principalmente, na interpretação do contrato de resseguro. Diferente de um contrato de seguro, em que o contratante/segurado pode ser uma pessoa física ou até mesmo uma pessoa jurídica com condições financeiras mais modestas, no resseguro as partes são necessariamente empresas com solidez financeira, muitas vezes pertencentes a grandes conglomerados econômicos internacionais, com acesso aos melhores consultores, advogados e especialistas do mercado. Há, portanto, uma presunção de paridade entre as partes, afastando, a princípio, qualquer mecanismo legal ou interpretativo de proteção, tampouco havendo que se falar em lei consumerista. Salvo alguma particularidade no caso concreto, trata-se de duas partes hipersuficientes técnica e financeiramente.

Nesta toada, percebe-se que a fase de negociação e contratação se dá em campo profundamente conhecido pelas partes, não havendo diferença econômica relevante entre elas, tampouco assimetria informacional como ocorre nos contratos de consumo. O art. 421-A do Código Civil, com redação dada pela Lei 13.874/2019, traz claramente a distinção entre contratos paritários e não-paritários ao assumir como regra geral o pressuposto de paridade e simetria entre as partes nos contratos civis e empresariais, excepcionando os casos em que não atendam tais requisitos – notadamente os contratos de trabalho e consumo, regidos por leis próprias.

Assim, na ausência de característica particular na relação contratual que autorize a aplicação de lei especial, o contrato deve ser regido pelo Código Civil. Sendo as partes do contrato de resseguro duas empresas devidamente constituídas, com expertise técnica específica, atuantes no mesmo mercado e dotadas de condições econômicas suficientes, presume-se a paridade entre elas. Daí decorre a conclusão da desnecessidade de proteção legislativa ou judicial a nenhuma das partes ou à própria relação obrigacional, atribuindo à declaração de vontade das partes maior relevo e obrigatoriedade. Neste sentido, aliás, já se consolidou entendimento no Superior Tribunal de Justiça⁷ pelo qual, ausente a relação de consumo, as declarações das partes devem ser consideradas e,

⁷ Cf. AgRg no REsp n. 1.518.605-MT, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe. 12.04.2016: "Não envolvendo relação de consumo, o contrato objeto do pedido de revisão, mas, sim, revelando-se paritário, convém que se submetam as partes aos termos do acordo celebrado, não decorrendo da variação cambial verificada base para a revisão do negócio entabulado."; REsp n. 1.518.604-SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe., 29.03.2016: "Em sendo paritária e, assim, simétrica a relação negocial estabelecida entre conhecido jogador de futebol e empresa multinacional do ramo dos artigos esportivos, contrato cujo objeto, ademais, relaciona-se à cessão dos direitos de uso de imagem do atleta, não é possível qualificá-la como relação de consumo para efeito de incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor." Percebe-se aqui que o STJ considera também a causa do negócio para verificar a necessidade de intervenção através de interpretação protetiva.

inclusive, variações inerentes ao negócio e ao mercado em que o contrato se insere não servem para justificar sua revisão.

O contrato de resseguro não ganha status de contrato empresarial somente pelo fato de ambas as partes estarem constituídas como empresa, é verdade, mas deste fato decorre que o Estado não precisa intervir na relação, deixando a cargo dos contratantes o estabelecimento das regras e convenções que melhor convier ao objeto do contrato e das obrigações nele convencionadas. A eleição de lei estrangeira apropriada para este fim é uma das declarações de vontade que deve ser respeitada, considerando a paridade entre as partes, que se presume saberem a melhor regra de regência para sua relação contratual.

1.2. CONTRATO EMPRESARIAL

Historicamente, com a superação da dicotomia jurisdicional e com a unificação do direito das obrigações, doutrina e jurisprudência deixaram de considerar os contratos empresariais em suas especificidades, como categoria autônoma. Mas esta realidade vem mudando gradativamente. Recentemente, houve a redescoberta dos contratos empresariais com suas particularidades, principalmente em contraposição aos contratos de consumo, com a ressignificação de seus cânones interpretativos específicos, que devem ser aplicados no contexto de mercado. Nesta esteira, a Lei nº 13.874/2019 (Declaração de Direitos de Liberdade Econômica) reforçou a autonomia dos contratos empresariais.

Como visto anteriormente, o art. 421-A do Código Civil coloca os contratos civis e empresariais no mesmo patamar, na qualidade de contratos paritários, em que há menor intervenção estatal e maior força obrigacional nas declarações das partes. No campo do resseguro, o contrato se classifica como empresarial, eis que não apenas há paridade econômica, técnica e intelectual, mas também se tem presente o mesmo escopo de vontade. Os contratos empresariais contam com vetores de funcionamento e interpretação específicos, que os distinguem dos demais contratos civis, e por isso tal distinção interessa ao presente estudo.

Em que pese a empresarialidade das partes no contrato de resseguro, não é este fato suficiente para autorizar sua classificação como contrato empresarial. Paula Forgioni explica que "identificamos os contratos empresariais com aqueles em que ambos [ou todos] os polos da relação têm sua atividade movida pela *busca do lucro*. Esse fato imprime viés peculiar aos negócios jurídicos

entre empresários."⁸ Portanto, o escopo do lucro por ambas as partes é o ponto peculiar e característico dos contratos empresariais. Não o lucro como objeto do contrato, mas como elemento principal de motivação para as partes ingressarem na relação contratual.

Dispensável uma dissertação mais detalhada sobre a classificação do contrato de resseguro como contrato empresarial, uma vez atendidos os critérios para tal. A seguradora, quando contrata resseguro, busca viabilizar sua atividade-fim e com isso obter lucro no seu exercício. O ressegurador, da mesma forma, está exercendo o seu próprio objeto social ao instrumentalizar seu negócio típico através do contrato de resseguro. Some-se a isso, como já visto, que ambas as partes estão constituídas como empresas com graus econômico e técnico razoáveis e equivalentes, partícipes do mesmo mercado de atuação.

Neste ambiente, a boa-fé deve ser respeitada sempre em relação ao significado das palavras, mas nunca de modo a proteger uma parte, ou dar equidade ou "consumerismo", sob pena de desestabilização do sistema. Assim como os usos e costumes e as práticas de mercado podem ser elementos de completude dos contratos e das relações, eis que garantem previsibilidade e consequentemente segurança aos agentes econômicos. Se o intérprete dá interpretação diferente daquilo que se espera do comportamento normal das partes, sacrifica-se a previsibilidade e segurança do mercado.

É cediço que o Direito precisa acompanhar a realidade das relações sociais e transações comerciais. Como bem lembrado pelo professor Antônio Marcio da Cunha Guimarães, "[n]a atividade mercantil, as relações econômicas apresentam-se e são reguladas tendo em vista sua atuação dinâmica, não sua posição estática".⁹ A interpretação dos contratos empresariais não pode se depreender do seu contexto, ou seja, da sua função econômica, que é a circulação de bens e serviços.

Justamente por este motivo é que não se pode desconsiderar a contextualização, a intenção das partes e a causa do contrato empresarial. Neste sentido, no caso de lacunas, não se pode aplicar livremente o princípio da preservação dos contratos, decidindo-se por equidade, mas apenas pelos usos e costumes e práticas do mercado.

⁸ FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 2 ed. ver. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 27-28

⁹ GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. *Contratos internacionais de seguros*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 54.

As partes do contrato de resseguro possuem plena simetria de informação e total condições técnicas de convencionarem as melhores e mais adequadas disposições que regerão sua relação, arcando elas com as consequências do conteúdo de suas declarações.

1.3. INTERNACIONALIDADE

Antes de abordar o aspecto internacional do contrato de resseguro, se faz necessário destacar o caráter internacional da própria atividade ressecuritária, não como um capricho daqueles que a operam, mas por genuína necessidade de viabilizar a pulverização dos riscos. Assim, a internacionalidade do resseguro surge como consequência natural da necessidade de pulverização máxima dos riscos, o que seria insuportável – ou até mesmo impossível – se concentrados exclusivamente no mercado local.

Aliás, esta transcendência da atividade ressecuritária faz com que aos resseguradores seja atribuído também o caráter internacional, enquanto empresa internacional ou transnacional, eis que "extrapolam o âmbito de uma jurisdição e passam a atuar em escala global, mesclando-se critérios e pontos de conexão com diversos ordenamentos jurídicos"¹⁰. Parece-nos correta, também, a conceituação trazida por José Cretella Neto, para quem a empresa transnacional é aquela que exerce sua atividade em mais de um país, "adotando estratégia de negócios centralmente elaborada e supervisionada, voltada para a otimização das oportunidades oferecidas pelos respectivos mercados internos"¹¹, o que aproxima ainda mais o aspecto internacional da atividade com a definição de empresa transnacional e a realidade do mercado ressecuritário global.

Contudo, é bem verdade que o fato de a atividade exercida ou o mercado atuante ultrapassar as fronteiras do Estado de constituição da empresa, ou ainda o fato de a empresa ser considerada

¹⁰ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *A nacionalidade da pessoa jurídica e sua internacionalização*. Revista Semestral de Direito Empresarial, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 167-202, jan./jun. 2008. A referida autora, ao apresentar profundo estudo sobre a nacionalidade das pessoas jurídicas, citando a lição de Celso Mello, traz a seguinte definição de empresas transnacionais: "a) seriam aquelas capazes de influenciar a economia de diversos países ao exercerem neles suas atividades; b) seriam as sociedades comerciais em que o poder de decisão está disperso nas suas subsidiárias; c) seriam aquelas que atuam no estrangeiro por meio de subsidiárias ou filiais. Para ser caracterizada como tal, a transnacional deve: a) ser uma grande empresa com enorme potencial financeiro; b) ter um patrimônio científico-tecnológico; c) dispor de administração internacionalizada; d) possuir unidade econômica e diversidade jurídica, através de subsidiárias ou filiais que têm diferentes nacionalidades.". Pela simples leitura do trecho, torna nítido o atendimento dos resseguradores, ou ao menos da grande maioria, aos requisitos apresentados pela autora.

¹¹ CRETELLA NETO, José. *Contratos internacionais do comércio*. São Paulo: Letz Total Media Creative Projects, 2016, p. 47.

transnacional ou multinacional, não fazem do contrato por elas celebrado necessariamente internacional, de acordo com a doutrina predominante.

O professor Guimarães¹² ensina que o contrato pode ser classificado como internacional quando as partes tenham nacionalidades ou domicílios distintos, ou quando a obrigação deve ser prestada em outro país, ou ainda quando o lugar da execução for diferente do lugar de celebração. Paulo Piza nos brinda com uma definição mais específica, no sentido de que "o contrato de resseguro será internacional quando uma seguradora, estabelecida e exercendo a atividade securitária em determinado Estado, ressegura-se junto a ressegurador ou resseguradores estabelecidos no estrangeiro."¹³

A internacionalidade do contrato de resseguro é amplamente reconhecida, valendo citar Buranello, para quem "[o] contrato de resseguro, por seu particularismo e pelas exigências técnicas que requer, tem um caráter eminentemente internacional."¹⁴

2. IMPORTÂNCIA DA AUTONOMIA DA VONTADE – REFLEXÃO DO ART. 9º DA LINDB

Como estudado até aqui, as partes do contrato de resseguro são empresas devidamente constituídas, que entram em relações comerciais paritárias, dentro do mesmo campo de atuação, através de contratos do tipo empresarial e, usualmente, internacional. Aliás, a internacionalidade está na essência do negócio de resseguro e do respectivo contrato. Neste contexto, a autonomia da vontade nos contratos de resseguro – dada sua natureza empresarial e internacional – ganha especial relevo.

Ocorre que muitos autores defendem a inexistência desta autonomia da vontade, por força da alteração legislativa ocorrida no dispositivo legal que trata da matéria: enquanto o art. 13 da Lei 3071/16 (Lei de Introdução ao Código Civil de 1916) previa que "[r]egulará, *salvo estipulação em contrário*, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar, onde forem contraídas", a atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) deixou de contemplar a expressão "salvo estipulação em contrário" no caput de seu art. 9º, que assim dispõe: "Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem". A supressão daquele trecho tornou o

¹² GUIMARÃES, *Op.Cit.* p. 66

¹³ PIZA, *Op.Cit.*, p. 360

¹⁴ BURANELLO, Renato Macedo. *Do Contrato de Seguro – O Seguro Garantia de Obrigações Contratuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 136

comando imperativo e deu margem à interpretação de que o legislador decidiu por retirar a autonomia das partes na estipulação do direito aplicável aos seus contratos. Autores ilustres sustentam este entendimento, valendo mencionar a lição de Maria Helena Diniz, para quem a "autonomia da vontade no âmbito dos contratos internacionais consiste no exercício da liberdade contratual dentro das limitações fixadas em lei; logo, não há liberdade de escolha pelos contratantes da lei que regerá o contrato". E, mais adiante, conclui seu entendimento afirmando que "[o] art. 9º da Lei de Introdução é cogente, não podendo as partes alterá-lo. (...) [S]erá inaceitável a autonomia da vontade para indicar a lei aplicável".¹⁵

No entanto, é importante buscar a distinção entre o comando geral da norma, que é de aplicação generalista, e a sua aderência à realidade dos fatos em cada caso específico, especialmente no âmbito de tipos contratuais que se inserem em ambientes dinâmicos e versáteis. Destaca-se, desde já, que não se defende a autonomia ilimitada, sendo certo que esta encontra limitação clara na soberania, ordem pública e bons costumes, na forma do art. 17 da LINDB. Mas não se pode fazer do texto legal tábula rasa blindada contra interpretações realísticas. A professora Paula Forgioni traz uma reflexão mais profunda sobre a autonomia da vontade das partes nos contratos empresariais, asseverando a sua importância em tal tipo contratual, contudo também reconhecendo suas limitações:

"Isso não significa que a liberdade de contratar seja irrestrita; mesmo no campo do direito comercial, ela se põe como limitada (...). Porém, é inegável que, de todas as áreas do direito, aquela empresarial mostra-se a arena na qual a liberdade econômica assume quadrantes mais largos. A liberdade de contratar e a autonomia privada no direito mercantil, até por força do art. 131 do Código Comercial, sempre foram objetivadas pelo mercado, e não baseadas na vontade individual, desconectada com a realidade."¹⁶

Esta necessidade de conexão do Direito com a realidade, principalmente naquele ramo em que a liberdade deve ser estimulada, não pode ser ignorada. Pelo contrário, deve ser estimulada de modo a viabilizar a concretização das vontades particulares, naquilo que não esbarra nos limites principiológicos, especialmente a depender do ambiente e perfil dos particulares que entram nas relações contratuais.

A interpretação restritiva e míope de determinados comandos legais pode gerar consequências não almejadas pela sociedade, como limitação da criatividade mercadológica e

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada* – 18ª ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 325.

¹⁶ FORGIONI, Paula A. *Op. Cit.*, p. 115

restrição de investimentos. Nesse sentido, o professor Husek tece brilhante e fundada crítica em relação à interpretação estritamente positivista do comando contido no art. 9º da LINDB:

"Na verdade, o art. 9º ao impor uma camisa de força às relações obrigacionais, em conexão, não possibilita a riqueza de multiplicidade dessas relações, com efetivo ganho social, obrigando o julgador e o árbitro, p.ex., a uma verdadeira ginástica mental para acomodar situações plenamente possíveis."¹⁷

Adiante, o professor lembra que o legislador do Código Civil abriu algumas fendas que permitem a possibilidade da *lex voluntatis* em determinadas situações, conforme arts. 22, inciso III, 25 e 63 do referido diploma.

Cretella Neto¹⁸ faz eco às palavras de Husek em relação à mencionada "ginástica mental" ao admitir o esforço exegético na interpretação do verbo "reputar" presente no §2º do art. 9 da LINDB, que teria significado similar a "presumir". Dessa forma, as expressões "reputar" ou "presumir" aplicar-se-iam nos casos em que o respectivo contrato seja omissivo, já que a presunção surge quando não há comando expresso e específico. Uma vez convenionada expressamente a lei aplicável, esta deve ser observada pelo intérprete. Ademais, o mesmo autor defende que princípios básicos – tal qual o da autonomia da vontade – reconhecidos pelo ordenamento jurídico não desaparecem simplesmente com a sua omissão no texto legal. Estas práticas adotadas pelos agentes econômicos em determinado espaço de tempo e lugar, as quais se dá o nome de usos e costumes, são incorporadas às normas regenciais daquele mercado, inclusive, por vezes, sendo incorporadas na legislação aplicável, devendo, portanto, serem invocadas para auxiliar na interpretação dos contratos, conforme já se teve oportunidade de estudar no capítulo 1.2 deste trabalho.

O mesmo autor¹⁹ assevera que a liberdade na escolha da lei em contratos internacionais visa, inclusive, minimizar riscos futuros. Um bom exemplo é quando as partes querem se valer de interpretação consolidada na legislação de determinado país, para o cumprimento regular das obrigações. Caso haja aplicação de lei não querida pelas partes, isso pode gerar o desequilíbrio do contrato e o esvaziamento de sua causa econômica.

Por outro lado, como referido anteriormente, há autores que defendem a impossibilidade de exercício da autonomia na escolha da lei aplicável, inclusive nos contratos de resseguro, como Paulo

¹⁷ HUSEK, Carlos Roberto. *Elementos do direito internacional privado*. São Paulo: LTr, 2022, p. 69.

¹⁸ CRETELLA NETO, *Op.Cit.*, p. 256-257

¹⁹ *Op.Cit.*, p. 248

Piza²⁰, para quem "a *lex voluntatis*, como elemento de conexão, não é prevista no direito internacional privado positivo brasileiro", e arremata: "pode-se concluir que ela [a LINDB] de fato extirpou do direito internacional privado pátrio a autonomia da vontade *como elemento de conexão*." Após intensa reflexão, e baseado no local do interesse ressegurável, Piza sustenta como lógica a escolha do domicílio da seguradora como elemento de conexão para atrair o direito a ser aplicável ao contrato de resseguro.

Importante atentar novamente que não se está advogando a favor da autonomia e liberdade irrestritas das partes na eleição da lei aplicável. Assim como a melhor doutrina o faz, reconhece-se os limites desta autonomia na ordem pública, na soberania e nos bons costumes.

A conceituação de ordem pública é tarefa das mais árduas no campo do Direito. Comumente, se atrela a ordem pública às ideias de interesse público e bem comum. Característica da ordem pública que dificulta ainda mais sua definição é a elasticidade de seu conteúdo, que pode variar no tempo e no espaço. Houve um tempo em que a escravidão fazia parte da vida social e política, aceitavam-na como algo normal e parte da sociedade. Hoje se repudia veementemente, inclusive caracterizando-a como crime. Assim como há países que ainda hoje não tratam homens e mulheres de forma igualitária, enquanto outros tem a igualdade entre os cidadãos como princípio basilar e garantia constitucional.

Em esforço louvável, Cretella Neto procura defini-la baseando-se na ideia de um conjunto de interesses jurídicos e morais que deve ser preservado pela sociedade, não podendo ser alterado por interesses particulares²¹.

De toda forma, a autonomia da vontade deve sim encontrar limites na ordem pública, na soberania e nos bons costumes. Aliás, tais limites não devem ser impostos à autonomia da vontade *per se*, mas sim na aplicação prática daquela lei escolhida pelas partes, a depender dos efeitos que ela possa causar no caso concreto. Este ponto é crucial para se evitar limar precocemente a vontade legítima das partes. Se o julgador entender que o resultado da aplicação daquela lei eleita pelas partes possa violar a ordem pública, soberania ou bons costumes, então ele deve recorrer ao comando do art. 17 combinado com o 9º, ambos da LINDB, e aplicar a lei brasileira. Com isso, respeita-se o princípio da autonomia da vontade e as limitações contidas no ordenamento jurídico pátrio, e viabiliza-se o negócio querido pelas partes.

²⁰ PIZA. *Op.Cit.*, p. 369-370

²¹ CRETELLA NETO. *Op.Cit.*, p. 272

Doutrina e jurisprudência parecem ter entendido a necessidade de respeito à vontade das partes na escolha do direito aplicável, sobretudo nos contratos empresariais e internacionais. André de Carvalho Ramos e Erik Frederico Gramstrup lecionam que "[n]a atualidade brasileira, há o fortalecimento da defesa da autonomia da vontade para a regência dos contratos internacionais e demais obrigações."²²

O Superior Tribunal de Justiça²³ tem reforçado gradativamente a autonomia da vontade na eleição da lei aplicável, notadamente nos contratos internacionais, excepcionadas as circunstâncias em que sua aplicação violaria a soberania, a ordem pública e os bons costumes.

Nota-se que a autonomia da vontade ganha terreno não apenas na doutrina e jurisprudência, mas também nas casas legislativas brasileiras. Nádia de Araújo, ao comentar sobre a percepção, por parte do Legislativo, da importância da autonomia da vontade nas relações contratuais, respeitando-se suas características intrínsecas, confirma que "percebe-se, gradualmente, um movimento pró-autonomia da vontade no direito brasileiro. Apesar do art. 9º da LINDB permanecer inalterado, o tema volta a ser objeto de debate no Poder Legislativo, onde há vários Projetos de Lei que a permitem expressamente."²⁴

3. CONCLUSÃO

O espírito de proteção e desenvolvimento que se espera do Estado ao conduzir tema tão relevante para um mercado em franca expansão e, mais que isso, necessário para condução do negócio de resseguro que se apresenta como meio viabilizador da tomada de riscos pelos agentes econômicos, garantindo a fluidez das relações e a resiliência econômica das empresas e indivíduos.

²² RAMOS, André de Carvalho. GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à lei de introdução às normas do direito brasileiro - LINDB*, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 189

²³ Cf. REsp 1280218/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 21/06/2016, DJe 12/08/2016; REsp 861.248/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 19/03/2007; REsp 963.852/PR, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 21/08/2014, DJe 06/10/2014; REsp 1628974/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/06/2017, DJe 25/08/2017; e REsp 1.343.290/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 16/04/2019, DJe 01/05/2019.

²⁴ ARAUJO, Nadia de. *Autonomia da vontade*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Internacional. Cláudio Finkelstein, Clarisse Laupman Ferraz Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/488/edicao-1/autonomia-da-vontade>. Acesso em 29 de maio de 2023.

Apresentou-se aqui a internacionalidade e o caráter empresarial do contrato de resseguro como justificativa para a interpretação extensiva do art. 9º da LINDB de modo a elevar a autonomia das partes na eleição do direito aplicável ao adequado patamar de importância que o contrato de resseguro e o próprio negócio de resseguro requerem.

Ainda que a lei eleita para reger determinado contrato de resseguro não guarde qualquer vínculo com as partes, com o local da constituição da obrigação ou ainda com o local de execução das obrigações, seria compreensível e até louvável que as partes estipulem, e.g., as leis da Inglaterra, para dirimir eventuais litígios, já que a legislação do referido país é sem dúvida mais madura e desenvolvida em matéria de seguros e resseguros. Daí a importância de se atribuir às partes a autonomia para escolha da lei que regerá a relação entre elas.

Saliente-se que o Brasil é signatário da Convenção do México, à qual não fez ressalvas, que prevê em seu artigo 7 que "o contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes", o que reforça ainda mais o prestígio da autonomia da vontade no plano internacional.

Não somente a internacionalidade do resseguro – e do respectivo contrato –, a classificação do contrato de resseguro como contrato empresarial e a empresarialidade e a hipersuficiência das partes justificam a autonomia da vontade na eleição da lei aplicável. O próprio contexto da sociedade atual, com suas relações globalizadas e atos comerciais dinâmicos, muitos deles estabelecidos em minutos por meio eletrônico, dá o tom da necessidade de que as novas tecnologias acompanhem o desenvolvimento do comércio globalizado. O Direito não está excluído. Os operadores do Direito devem adaptar antigos mecanismos às novas realidades ou ainda criar outros a patamares mais elevados de modo a atender os anseios da atividade comercial, sem olvidar, por óbvio, dos princípios e balizadores que garantem a estrutura da organização política e do ordenamento jurídico. Dessa forma, permite-se que o resseguro, e conseqüentemente o seguro, se aperfeiçoe como instrumento de desenvolvimento social em campo fértil e seguro, de modo a garantir a evolução das atividades na *sociedade de risco* contemporânea.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel. *Resseguro e seguro: ponto de contato entre negócios jurídicos securitários*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014

ARAÚJO, Nadia de. *Autonomia da vontade*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito

Internacional. Cláudio Finkelstein, Clarisse Laupman Ferraz Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/488/edicao-1/autonomia-da-vontade>. Acesso em 29 de maio de 2023

BURANELLO, Renato Macedo. *Do Contrato de Seguro – O Seguro Garantia de Obrigações Contratuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006

FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 2 ed. ver. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. *Contratos internacionais de seguros*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

HUSEK, Carlos Roberto. *Elementos do direito internacional privado*. São Paulo: LTr, 2022

JUNQUEIRA, Thiago. *O risco no domínio dos seguros*. In: *Temas atuais de Direito dos Seguros: Tomo II / coordenação Ilan Goldberg, Thiago Junqueira – 1. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020*

KNIGHT, Frank H. *Risk, Uncertainty and Profit* (1921). University of Illinois at Urbana-Champaign's Academy for Entrepreneurial Leadership Historical Research Reference in Entrepreneurship, Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1496192>

PIZA, Paulo Luiz de Toledo. *Contrato de Resseguro: tipologia, formação e Direito Internacional*. São Paulo: Manuais Técnicos de Seguros: IBDS, 2002

RAMOS, André de Carvalho. GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à lei de introdução às normas do direito brasileiro - LINDB*, São Paulo: Saraiva, 2016

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *A nacionalidade da pessoa jurídica e sua internacionalização*. Revista Semestral de Direito Empresarial, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 167-202, jan./jun. 2008