

JUSTIÇA & CIDADANIA



MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

**UM ANO DA LEI DE MEDIAÇÃO
"DEMOCRATIZAÇÃO DO
ACESSO À JUSTIÇA"**

EDITORIAL: Exemplos que marcam

O Diferencial da Mediação nos Contratos de Seguro e Resseguro

Andrea Maia | Vice-Presidente de Mediação do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem - CBMA

Vivien Lys Porto Ferreira da Silva | Presidente do Grupo de Arbitragem e Mediação da Associação Internacional de Direito de Seguro (AIDA)

O tema em pauta consiste em verificar a efetividade da inserção de cláusulas de mediação da Mediação no contrato de seguro e resseguro dentro do direito empresarial e do direito do consumidor, no âmbito estritamente da mediação privada.

O contrato de seguro é formalizado por instrumentos jurídicos que servem de sustentáculo para que os sujeitos de direito possam se organizar e se relacionar de forma ordenada e dentro de um regramento positivado dentro das cláusulas dispostas em um contrato, com conhecimento exato do risco coberto do evento previamente definido e determinado.

A sustentabilidade gerada por um contrato depende de vários fatores, tais como formação de um regramento equilibrado entre as partes, respeito aos princípios contratuais, mas, especialmente, a eleição e a redação de cláusulas que traduzam os efetivos interesses das partes e salvaguardem os mesmos até o final do liame contratual.

Se as partes contratantes conseguem, na fase pré-contratual, negociar, de forma consciente e estratégica, as normas contratuais que irão reger aquela relação, por que estas mesmas partes diante de um conflito, não agem da mesma forma madura e racional para criar mecanismos preventivos ou posteriores com vistas a uma melhor resolução da situação a ser enfrentada?

Eis um questionamento a ser enfrentado nos dias contemporâneos já que, com a introdução do Novo Código de Processo Civil, e especialmente pela promulgação da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), os contratantes não podem mais ser inertes na escolha

prévia ou derradeira do método a ser aplicado diante de eventual quebra contratual.

O interesse individual de um contratante especificamente em um contrato de seguro ou resseguro é garantido pela apólice de seguro, e aquele não pode se sobrepor ao interesse do grupo segurado que só se sustenta em razão da mutualidade existente nesta espécie contratual.

A impossibilidade da sobreposição de interesses na seara securitária consiste exatamente no pilar da mediação: a harmonização dos interesses das partes em conflito de modo a garantir o equilíbrio da relação constituída por elas.

A mediação é um diferencial aos contratos de seguro. De fato, este mecanismo é a única ferramenta que consegue atingir o binômio interesse interno e externo da relação, pois ela vai conseguir atingir os interesses das partes, sem anular ou desprestigiar o interesse do grupo segurado, que é essencial para o respeito ao princípio do mutualismo. Se em uma negociação direta o objetivo apenas visa garantir a composição entre as partes, esquecendo-se do mutualismo, este esquecimento aniquila o contrato de seguro, pois pode disponibilizar mais dinheiro para satisfazer o interesse de um único segurado, comprometendo o fundo comum que no futuro (este comprometimento) pode se tornar uma própria arma para este mesmo segurado (se ele tiver outro sinistro), ou mesmo para os demais segurados.

O mutualismo é princípio fundamental da operação técnica de seguros e, por essa razão, o contrato de seguros quando se torna a vestimenta jurídica da operação técnica, se preocupa tanto em proteger o mutualismo por meio das cláusulas que



Andrea Maia

identificam as coberturas e as exclusões de riscos, bem como por meio das cláusulas que tem a missão de prever qual método é o mais adequado para resolver uma divergência de posições diante da negativa de pagamento de indenização securitária, por exemplo.

A mutualidade dos riscos segurados que compartilharão as reservas e as indenizações decorrentes da materialização do evento danoso deve ser equalizada de forma equilibrada a dispor dos recursos para os sinistros que realmente possuam cobertura securitária. O pagamento sem lastro nesta condição peca contra todo o sistema contratual desta espécie de contrato gerando a quebra do fundo, dependendo do montante pago sem previsão contratual.

A ocorrência destes pagamentos sem previsão contratual é agravada pela atual estrutura do Poder Judiciário, que, ao prestigiar de maneira excessiva o Código de Direito do Consumidor, praticamente anula o regramento do contrato de seguro.

Referida insegurança jurídica das decisões judiciais brasileiras – pois não temos um sistema que segue rigorosamente os precedentes das decisões anteriores, como os Estados Unidos –, sinaliza mais uma oportunidade para as seguradoras e as resseguradoras optarem pelo processo de mediação privada, pois este processo extrajudicial mediante a capacidade do mediador, escolhido de forma inteligente e fundamentada pelos advogados das partes em um contrato de seguro, irá garantir as partes que diante de um real e específico conflito oriundo de um contrato de seguro, a composição das partes não irá resultar em um resultado antagônico pois a construção do consenso nasce e se aperfeiçoa dentro de cada interesse, a conjunção dos

fatos dentro da normativa do regramento e prestígio do limite dos direitos de cada um.

Na mediação, o pilar da busca do interesse do segurado será obtido na participação efetiva das partes que, ao aderirem ao processo de mediação, serão conduzidas, através de técnicas estruturadas, a enxergar o exato ângulo da situação apresentada na pauta. Nesta jornada, seu advogado assume papel de destaque, pois ele será o farol a guiá-lo dentro do exato limite dos seus direitos e, ainda, qual estratégia a ser adotada em um processo colaborativo – como a mediação.

Em síntese, a função social do contrato de seguro consiste em garantir a indenização do interesse protegido, não pode servir como instrumento a dar causa a um acréscimo patrimonial ao segurado em decorrência do sinistro, limitando a liberdade contratual no tocante à estipulação do valor do interesse segurado. Neste sentido, a afirmação da jurisprudência de que o valor constante da apólice pode se caracterizar como limite do valor da cobertura, podendo a indenização em caso de sinistro ser em valor inferior, desde que correspondente ao valor do interesse, em vista do princípio indenitário¹.

Vale ressaltar que a garantia do interesse segurado² encontra seu espaço de maestria no contrato de seguro e de resseguro, pois é possível instituir o processo de mediação, mesmo se não houver cláusula prévia e expressa no contrato dentro do qual surgiu o conflito³.

No moderno direito contratual reconhece-se, para além da existência dos contratos descontínuos, a existência de contratos relacionais, nos quais as cláusulas estabelecidas no instrumento não esgotam a gama de direitos e deveres das partes. Se não há esgotamento, é possível, dentro dos direitos dos contratantes, a instituição da mediação, após o rompimento contratual, pois a autonomia e o protagonismo das partes são fatores determinantes para sua instituição.

A partir de sua instituição e efetiva adesão das partes ao processo de mediação, os atores do mercado securitário ganham as seguintes vantagens a submeter seus conflitos a este processo colaborativo, quais sejam:

- I) procedimento estruturado que permite as partes pautarem seus interesses conforme seus pedidos e estratégia e dentro de uma previsão aproximada de duração;
- II) procedimento dinâmico que possibilita um ambiente estritamente confidencial, com aporte da contratação de técnicos atuariais ou de outra expertise, caso o conflito envolva questões desta natureza;
- III) a construção conjunta das partes de uma nova visão ao conflito existente unicamente no processo de mediação, transformando a cadência das partes na interface entre elas;
- IV) a avaliação do risco conduzida pelo mediador leva as partes a identificarem exatamente a melhor alterna-



Vivien Lys Porto Ferreira da Silva


tiva para um acordo (BATNA) ou a pior (WATNA) existente naquela demanda; descoberta esta fundamental para tomada de decisões;

- V) redução do custo para as partes, pois ao participarem de um processo dinâmico e ágil, como a mediação, leva a contabilização de menor impacto financeiro quanto aos honorários dos mediadores, advogados, eventuais técnicos necessários, custas, etc;
- VI) ausência de impacto na PSL (Provisão de Sinistros a Liquidar) da seguradora: se são estimados os riscos e limites de cada parte durante o processo de mediação, a seguradora fará o aporte de sua contabilidade exatamente do valor envolvido na questão, o qual será rapidamente liberado mediante a celebração de um acordo (total ou parcial);
- VII) a solução para a gama de interpretação das cláusulas de arbitragens, eventualmente inseridas nos contratos de seguro e resseguro que preveem a divisão de jurisdição dependendo da matéria; ou mesmo a alegação por parte do segurado que não aderiu à referida cláusula, levando seguradora e resseguradores ao Poder Judiciário para discutir primeiramente a efetividade da cláusula.

Esta questão da aplicabilidade da cláusula arbitral a ser discutida na justiça brasileira ou em Câmaras nacionais e/ou internacionais foi exatamente um dos cerne do conflito que surgiu no Caso Jirau⁴ resolvido no Brasil e encaminhado para decisão perante o Tribunal de Arbitragem do ARIAS na Inglaterra, especializada em seguro.

Este caso concreto reafirma todos os benefícios mencionados acima e demonstra concretamente

o diferencial do processo de medição aplicado ao contrato de seguro e resseguro. A batalha travada entre as construtoras e seguradoras da hidrelétrica de Jirau, terminou, após um processo de mediação extrajudicial, com a desistência de várias medidas judiciais no Brasil mediante o pagamento de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) pagos pelas seguradoras e resseguradoras ao consórcio e para as construtoras da usina, sob o acordo parcial de todos aceitarem submeter o conflito ao Tribunal de Arbitragem do ARIAS na Inglaterra. Eis exatamente o que aconteceu!

Em síntese, verifica-se concretamente que a mediação, mesmo instituída após a instauração do conflito em um contrato de seguro e resseguro, atinge o interesse de todas as multipartes do conflito, possibilitando a readequação das posições isoladas e iniciais de cada um, haja vista que este método de resolução de conflito apresenta a mesma garantia prevista no mutualismo destas espécies contratuais: a harmonização do interesse das partes com a salvaguarda da sua função social interna e externa. 

Notas

¹ (STJ), REsp 161.907/MF, 3 T. J. 16.03.1999, real.Min CARLOS Alberto Menezes). Também que o valor da policie corresponde ao máximo da cobertura garantida pelo segurador (STJ), REsp 34.546/SP, 4 T., j. 26.04.1999, rel. Min. Barros Monteiro; REsp 236.034/RJ, 2 Seção, j. 10.10.2001, rel. Min Nancy Andrighi).

² BIGOT. JEAN. “Traite de Doritos deus assurances”. Paris: LGDJ, 2002. T. 3. Lècontratd’assurance, p. 30

³ STJ REsp 1.073.595/MF, 2 Seção, j. 23.03.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 29.04.2011

⁴O processo iniciado em janeiro de 2012 tramitava na 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. A ESBR juntamente com a Camargo Corrêa e Enesa Engenharia são réus do processo que foi movido pelas seguradoras Zurich, SulAmérica, Allianz, Aliança do Brasil, Mapfre e Itaú Unibanco na Inglaterra, as quais se recusaram a ressarcir os construtores da usina pelos danos causados ao canteiro de obras durante uma série de tumultos registrados em março de 2011, e que somariam quase R\$400 milhões em prejuízos – podendo atingir R\$1,4 bilhão se os incidentes causassem atrasos na geração. No Brasil, as construtoras da hidrelétrica buscavam reverter a decisão do processo de arbitragem movido pelas companhias de seguro na Inglaterra. A desistência do processo no Brasil não interrompe a ação de arbitragem no Tribunal de Arbitragem de Arias, em Londres, a qual ainda será julgada. Todavia, a expectativa é de que o caso caminhe para o mesmo desfecho na Inglaterra, ou seja, composição entre as E o motivo de a ação ter sido levado a terras estrangeiras é que um trecho da apólice de seguro que trata de arbitragem aponta que caso as partes não entrassem em um acordo sobre montantes a serem pagos, a disputa seria resolvida no Tribunal de Arbitragem de Arias. Em abril de 2012, a 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo chegou a estipular multa diária de R\$400 mil caso não houvesse desistência do processo por parte das seguradoras. Segundo o voto do desembargador Paulo Alcides Amaral Salles, a cláusula de arbitragem “não goza da anuência expressa de uma das partes. Do outro lado, a Justiça inglesa havia decidido que a Enesa, Camargo Corrêa e a ESBR estariam proibidas de buscar a Justiça brasileira, sob pena de prisão de seus diretores e interlocutores no processo.