



Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Fernanda Paes Leme Peyneau Rito

A reparação do dano causado por membro indeterminado de um grupo: por uma relação de complementaridade entre o seguro e a responsabilidade civil

Rio de Janeiro

2011

Fernanda Paes Leme Peyneau Rito

A reparação do dano causado por membro indeterminado de um grupo: por uma relação de complementaridade entre o seguro e a responsabilidade civil

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade. Linha de Pesquisa: Direito Civil.

Orientador: Prof^o. Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Rio de Janeiro

2011

Fernanda Paes Leme Peyneau Rito

A reparação do dano causado por membro indeterminado de um grupo: por uma relação de complementaridade entre o seguro e a responsabilidade civil

Dissertação apresentada, como requisito para obtenção de título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade. Linha de Pesquisa: Direito Civil.

Aprovada em: 22 /06 /2011

Banca examinadora:

Professor. Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama (Orientador)
Faculdade de Direito da UERJ

Professor. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino
Faculdade de Direito da UERJ

Professora. Dr.^a. Caitlin Sampaio Mulholland
Faculdade de Direito da PUC

Rio de Janeiro

2011

DEDICATÓRIA

Aos dois amores da minha vida, causas de tantas alegrias: Antônio e Guilherme, marido e filho, pela compreensão por tantos momentos de ausência; pela paciência, amor e apoio. À minha irmã, pela inestimável ajuda, especialmente por ter sido mãe do meu filho, enquanto eu estudava. Ao meu pai que sempre valorizou o estudo; à minha mãe, pelo suporte e carinho. Ao meu avô, fiel concretizador de uma solidariedade global.

AGRADECIMENTOS

Agradecer pela conclusão de um curso de mestrado implica em reconstruir uma longa história, permeada por um grande conjunto de concausas. Por sorte, todos aqueles que atuaram nesse sentido são perfeitamente identificáveis e, as causas, certamente complementares e, não sendo possível estabelecer uma relação de preponderância entre elas, todos são igualmente responsáveis e, dessa forma, agradeço a todos com a mesma intensidade.

Entretanto, é necessário eleger um ponto de inflexão nessa cadeia causal a fim de evitar a espiral do infinito. Assim, não obstante a importante participação de tantas outras pessoas, agradeço àquelas que direta e imediatamente contribuíram para a conclusão do curso de mestrado, começando pelo meu querido marido, Antônio, que me apoiou a ingressar no curso de Direito e a continuar estudando sempre, não me deixando desistir em face às dificuldades e, sobretudo, por sempre ter sido tão companheiro e dedicado esposo e pai. Ao meu filho Guilherme, por ser tão especial a ponto de brincar quietinho ao meu lado, compatibilizando assim a saudade com a minha necessidade de estudo.

Em relação ao desenvolvimento dessa dissertação, agradeço ao meu orientador, Professor Guilherme Calmon Nogueira da Gama, pelos ensinamentos e paciência, mas, principalmente, pelo respeito com a minha pesquisa, me permitindo traçar o meu próprio caminho, mesmo quando sabidamente por ele, não era o correto e, assim, me permitiu mudar o rumo não por imposição, mas por amadurecimento acadêmico. Agradeço ainda, por todo o tempo dispensado à minha orientação, por todos os questionamentos e pela leitura atenta de toda essa dissertação.

Ao Professor Carlos Nelson Konder, agradeço pela inestimável contribuição na desconstrução do projeto original de dissertação na fase de qualificação. E, ao Caíto, pela ajuda no desenho do projeto final que resultou neste trabalho. Ao Professor Anderson Schreiber, agradeço pelos esclarecimentos sobre o tema e pela colaboração na elaboração do projeto dessa dissertação.

Ao Professor Gustavo Tepedino, agradeço pelos preciosos ensinamentos jurídicos, pela confiança e pelas oportunidades que me foram concedidas e, também, por aceitar o convite de compor a banca examinadora dessa dissertação.

Agradeço igualmente, à Professora Caitlin Sampaio Mulholland, com quem tive oportunidade de muito aprender ao cursar uma disciplina na PUC-Rio, pela convivência, por todas as oportunidades e, também, por aceitar o convite de compor a banca examinadora dessa dissertação, deixando claro que convidar a professora foi uma consciente assunção de risco.

A partir de então, tentando seguir uma linha cronológica, agradeço aos meus queridos professores da graduação, especialmente, o Professor Alexandre Fadel, por ter me apresentado a noção de constitucionalização do direito e por ter me incentivado a ingressar no mestrado; e, ao Professor Paulo Cruz por todo apoio e incentivo antes e durante o curso.

Pela convivência e pelos sólidos ensinamentos, agradeço aos Professores Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Guilherme Martins, Heloisa Helena Barboza, José Ricardo Cunha e Maria Celina Bodin de Moraes.

Aos queridos colegas de turmas, afinal de contas, a minha turma do coração é a de 2008, embora o meu ingresso tenha sido em 2009, agradeço pelos intensos debates,

pela cooperação e solidariedade. Da turma de 2008, agradeço especialmente à Anna Salles, pelo seu inigualável entusiasmo e à Paula Moura, pela bela amizade construída. Da turma de 2009, rendo os mais profundos agradecimentos ao João Victor Longui, amigo e companheiro, mas, sobretudo, exemplo de uma pessoa boa. À doutoranda Vanessa Sampaio, agradeço muito pela amizade e dedicação e troca de experiências maternas.

À Thamís Dalsenter, amiga querida, agradeço por tantas coisas: pela grande amizade; por ter dividido comigo tantas angústias e dúvidas; pelas discussões sobre questões jurídicas relevantes e sobre banalidades do cotidiano; pela leitura e revisão dessa dissertação (e também a do projeto original, abandonado no meio).

Pelo estímulo em estudar cada vez mais e por terem me permitido confirmar o ideal de prosseguir pela vida acadêmica, agradeço aos meus queridos alunos da graduação da UERJ. Por fim, agradeço as minhas queridas amigas de tanto tempo Andrea Grimouth e Thais Char, pela compreensão pelo longo período de ausência.

A tarefa do civilista não se exaure na busca do conceito unitário, na exaltação da regra e no correlato desprezo pelas exceções, no refinamento de sua cultura em uma exclusiva dimensão filosófica e política. Mais que colocar em discussão as categorias tradicionais e criar outras novas, é necessário duvidar da categoria e verificar o processo de generalização do qual se origina, com um exame – despojado de prejuízos – de todas as possíveis hipóteses juridicamente relevantes no respeito das próprias peculiaridades

Pietro Perlingieri

RESUMO

RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. *A reparação do dano causado por membro indeterminado de um grupo*: por uma relação de complementaridade entre o seguro e a responsabilidade civil, 2011. 182f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

O dano e sua causa apresentam-se, em conjunto, como um dilema inerente a uma sociedade que incorporou o risco como produto do seu próprio desenvolvimento. Desde tempos imemoriais a solidariedade figura como instrumento imprescindível à composição das diferentes formas possíveis para minimizar os efeitos negativos do implemento de um risco seja através da transferência de suas consequências econômicas para quem, por sua atividade o produziu ou, esteja melhor preparado para suportá-lo. Entretanto, as formas privadas tradicionais, isoladamente mostram-se insuficientes para responder satisfatoriamente à necessidade de reparação dos danos na atualidade. Isto porque, via de regra, os instrumentos para tal foram desenvolvidas em uma perspectiva individual, tendo como premissa a identificação da causa do dano e, a partir daí, a possibilidade de imputação de responsabilidade. Contemporaneamente, contudo, os danos usualmente resultam de causas múltiplas e, mesmo quando decorrem de causa única, essa pode estar relacionada a um conjunto de agentes, de forma a não ser possível a individuação do ofensor. Neste contexto, torna-se imprescindível a construção de uma noção jurídica de causalidade, apta a solucionar questões críticas, tais como a do dano causado por membro indeterminado de um grupo. Esta noção, por seu turno, requer uma base solidária mais aprofundada, de sorte a permitir a reparação do dano injusto sofrido pela vítima, sem arruinar o ofensor. Afirma-se, então, que a reparação integral dos danos em uma sociedade de risco depende de uma nova concepção acerca da solidariedade: a solidariedade global. E, indo além, a fase atual impõe a necessidade de se repensar a própria base do sistema de responsabilidade civil, como decorrência necessária de uma nova orientação jus-filosófica, inspirada por valores personalistas e solidaristas e também em razão da própria evolução social que potencializou os problemas que gravitam em torno da solidariedade e do risco, notadamente em razão da coletivização das causas dos danos. Assim, se há cada vez mais solidariedade nas causas e nos danos, deve haver também solidariedade na reparação. Nessa perspectiva, a presente dissertação tratará da coletivização da responsabilidade civil em relação à causa dos danos, na hipótese de responsabilidade grupal, e em referência à reparação dos danos em uma perspectiva convergente dos institutos do seguro e da responsabilidade civil.

Palavras-chave: Causalidade. Coletivização. Dano. Reparação integral. Responsabilidade civil. Risco. Seguro. Solidariedade.

RIASSUNTO

Il danno e la sua causa, si presentano nella loro totalità, come un dilemma inerente ad una società che ha incorporato il rischio come prodotto del suo stesso sviluppo. Sin dai tempi immemorabili, la solidarietà compare come uno strumento imprescindibile alla composizione delle differenti forme possibili per minimizzare gli effetti negativi del complemento di un rischio sia attraverso il trasferimento delle sue conseguenze economiche per chi, con la sua attività l'ha prodotto, oppure, sia meglio preparato a sopportarlo. Tuttavia, le forme private tradizionali, isolatamente si mostrano incapaci a rispondere soddisfacentemente alla necessità di riparazione dei danni al giorno d'oggi. Questo perché, di solito, gli strumenti necessari sono stati sviluppati in una prospettiva individuale, avendo come premessa l'identificazione della causa e del danno e di conseguenza, l'imputazione di responsabilità. Ciononostante, i danni solitamente sono il risultato di cause multiple e anche quando derivano da un'unica causa, questa può essere correlata ad un insieme di fattori, di forma tale, da non essere possibile l'individuazione dell'offensore. In questo contesto diventa indispensabile la costruzione di una nozione giuridica di causalità, capace di risolvere questioni critiche, tali come quella del danno causato da un membro imprecisato di un dato gruppo. Questa nozione, a sua volta, richiede una base solidaria più approfondita, al fine di permettere la riparazione del danno ingiusto subito dalla vittima, senza recare alcun danno all'offensore. Possiamo affermare, quindi, che la riparazione integrale dei danni in una società di rischio, dipende da un nuovo concetto della solidarietà: quella globale. E, andando oltre, la fase attuale impone la necessità di riformulare la base del sistema di responsabilità civile, come decorrenza necessaria di un nuovo orientamento giuridico-filosofico ispirato nei valori personalisti e solidaristi e anche in ragione della propria evoluzione sociale che ha amplificato i problemi che gravitano intorno alla solidarietà e al rischio, notoriamente in ragione del collettivismo delle cause dei danni. Quindi, se esiste sempre più solidarietà nelle cause e nei danni, deve esistere anche solidarietà nella riparazione. Su questa prospettiva, la presente dissertazione tratterà il collettivismo della responsabilità civile, legata alla causa dei danni su una prospettiva convergente degli istituti di assicurazione e di responsabilità civile.

Parole Chiave: Causalità. Collettivismo. Danno. Riparazione Integrale. Responsabilità Civile. Rischio, Assicurazione. Solidarietà.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. ENTRE A SOLIDARIEDADE E O RISCO	18
1.1 Risco, solidariedade mecânica e solidariedade orgânica: breve esboço histórico	19
1.2 Sociedade de risco e solidariedade global: a influência do personalismo jurídico	26
1.3 Solidariedade global e o Direito Privado brasileiro: Direito Civil-Constitucional	36
1.3.1 <u>Reconstrução da autonomia privada e sua implicação no seguro e na responsabilidade civil</u>	39
1.3.2 <u>Superação do critério da licitude-ilicitude pelo merecimento de tutela</u>	42
1.3.3 <u>Superação do critério da licitude-ilicitude pela injustiça do dano</u>	46
2. DILEMA DA SOCIEDADE DE RISCO: A CAUSA DOS DANOS	54
2.1 A difícil tarefa de conceituar causa	54
2.2 Apreciação jurídica do dano	58
2.3 A causa dos danos e a responsabilidade civil	61
2.3.1 <u>Concorrência de causas e a dupla função do nexos causal na responsabilidade civil</u>	62
2.3.2 <u>O dano ressarcível pela responsabilidade civil</u>	67
2.4 A causa do dano e a cobertura securitária	73
2.4.1 <u>Os riscos cobertos e os danos ressarcíveis pelo seguro</u>	84
3. OS TERMOS DO PROBLEMA: DANO CAUSADO POR MEMBRO INDETERMINADO DE UM GRUPO	89
3.1 Externalidades relevantes para a compreensão da questão	91
3.2 Teoria da causalidade alternativa: delimitações necessárias	96
3.2.1 <u>Operacionalização da teoria</u>	97
3.2.2 <u>Análise de alguns casos brasileiros</u>	100

3.3	Em busca de um fundamento	108
4.	UM CAMINHO POSSÍVEL PARA O FIM PRETENDIDO	121
4.1	O fim pretendido: reparação integral do dano na pessoa da vítima	122
4.1.1	<u>Relativização do princípio da reparação integral do dano: a indenização e a redução equitativas</u>	131
4.2	Um caminho possível: convergência entre o seguro e a responsabilidade civil	136
4.2.1	<u>O seguro de responsabilidade civil</u>	139
4.2.2	<u>A reparação do dano causado por membro indeterminado de um grupo: por uma relação de complementaridade entre o seguro e a responsabilidade civil</u>	147
4.3	Ponderações necessárias	151
5.	CONCLUSÃO	156
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	161

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento científico e tecnológico verificado desde a Revolução Industrial alterou profundamente os contornos sociais, influenciando diretamente as relações pessoais que se tornaram mais distantes e massificadas e, sobretudo, os avanços trouxeram inúmeras vantagens acompanhadas de riscos inerentes concretizados em acidentes.

Mas, como afirmado por Louis Josserand¹, o incremento considerável do número de acidentes acabou por aprofundar o sentimento de solidariedade e por gerar um repúdio a fatalidade como explicação de tantos e iguais danos que, restavam não reparados por impossibilidade fática de demonstração da culpa daquele que o causou.

Conseqüentemente, a responsabilidade civil precisou evoluir para responder a situações dessa natureza, cada vez mais comuns, e o fez em busca de um fundamento outro que a culpa. Era necessário que este fosse mais objetivo e auto-referido, mais condizente com a realidade social de um país industrializado, no qual os riscos são efeitos colaterais do próprio processo produtivo².

O risco, nesta perspectiva, se tornou então mais um fundamento para a responsabilidade civil que passou a ser também objetiva. Mas, além disso, se consubstanciou no novo paradigma em torno do qual as sociedades contemporâneas passaram a se organizar, na medida em que o risco passa a ser criado e recriado pelo processo tecnológico. A análise da influência desse novo paradigma na organização social, notadamente na composição dos danos, consiste no primeiro objetivo mediato dessa dissertação.

Nesse contexto, o próprio conceito de risco precisou ser reformulado no sentido de um afastamento da noção de perigo, sendo então atrelado a uma decisão. A compreensão do risco como resultado de uma decisão fez emergir um primeiro impasse atinente a sua distribuição e à atribuição de responsabilidades pelos danos decorrentes das decisões tomadas, tendo sido este respondido pela adoção da teoria do risco e pela imposição de seguros obrigatórios.

Contudo, além de os riscos serem resultantes de decisões, são também, muitas vezes, co-produzidos e indetectáveis quando da sua realização, já que não raras vezes é necessário um lapso temporal entre a sua produção e materialização. Então, àquele primeiro impasse,

¹ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 86, n.. 454/456, abr.-jun./1941, pp.548-559, p. 549.

² BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 24.

soma-se um segundo referente à identificação do responsável pela decisão de criar um risco que se materializou em um dano. Isto, por sua vez, é agravado pelo fato de os riscos criarem vantagens e desvantagens tanto para quem os produz, quanto para a sociedade como um todo.

Assim, há uma coletivização das causas. E, se todos causamos danos e auferimos vantagens com os riscos criados, somos, todos, de alguma forma, responsáveis. Nesse diapasão, o dilema atual da sociedade de risco é o dano e suas causas: o dano que precisa ser reparado e o dano que não pode instrumentalizar a criação de um novo dano.

Este problema, por seu turno, remonta a necessidade da apreciação jurídica da lesão e/ou dos efeitos desta, a sua qualificação e seleção, assim como à imputação de responsabilidades pela sua ocorrência. Ademais, torna imprescindível a adequação dos instrumentos jurídicos existentes com o fim de assegurar a reparação do dano e, muitas vezes, o estabelecimento de uma relação de complementaridade entre eles, especificamente do seguro e da responsabilidade civil.

No âmbito do contrato de seguro, importa verificar se o dano decorreu de um risco predeterminado na apólice e se o segurado não contribuiu para agravá-lo, já que será indenizado ou compensado pelo seguro o dano resultante de um risco coberto pelo contrato. A princípio, não é feita nenhuma análise subjetiva, uma vez que a conduta do segurado só importará para afastar a cobertura e, conseqüentemente, impedir o ressarcimento, se for dolosa, contrariando não só os objetivos do contrato de seguro, mas violando os preceitos maiores do ordenamento jurídico.

Já na seara da responsabilidade civil, o dano reparável é aquele qualificado como certo, imediato e injusto e ligado direta ou, excepcionalmente, indiretamente a conduta de um sujeito, cumprindo ao nexos causal medir a extensão do dano e individualizar o seu responsável. Ambas as tarefas são de difícil concretização, sendo a primeira especialmente delicada em face dos danos extrapatrimoniais e a segunda, sensível para toda espécie de dano.

Especificamente em relação à identificação do responsável, o atuar do nexos causal tem que enfrentar a complexidade da multiplicidade objetiva, ou seja, de causas e, também, a da multiplicidade subjetiva, verificada quando um dano é relacionado a uma causa única que, por sua vez, pode ter sido realizada por uma pessoa pertencente a um grupo. Esta última hipótese encerra o problema-tema desta dissertação.

A relevância do estudo do dano causado por membro indeterminado de um grupo deriva do fato de a probabilidade de tal hipótese ser crescente, tendo em vista a própria dinâmica social que impõe, a todo tempo, que o espaço público seja dividido por diversas razões, tais como: i) coincidência, ou seja, quando apesar de ausente qualquer vínculo

particular, a realidade fática propicia a reunião de um conjunto de pessoas na mesma hora e no mesmo local; ii) por afinidade, quando os grupos são voluntária e propositadamente formados; iii) por um interesse comum, quando apesar de ausente qualquer afinidade entre aqueles que conformam o grupo, a reunião decorre de um fator objetivo comum, consubstanciado em um interesse que é partilhado.

Esta situação evidencia uma tendência a coletivização da responsabilidade civil e, sendo assim, aponta também para um sério problema de compatibilização de um instituto pensado e desenvolvido à luz de um paradigma individual, sancionatório e moralizante com uma nova realidade onde os danos decorrem de atividades coletivas. Isto porque, ainda que o caráter moralizante-repressor da responsabilidade civil tenha, em grande escala, perdido a sua força e razão de ser a partir da adoção da teoria do risco, o instituto permaneceu atrelado à lógica de responsabilidade individual, não obstante à coletivização das causas dos danos.

Mediatamente essa situação impõe a necessidade de se repensar o nexo de causalidade, no sentido de conferir ao pressuposto uma conotação jurídica além daquela material. E, além disso, não obstante a grande contribuição do Direito Penal, onde as principais teorias sobre causalidade foram originariamente desenvolvidas, a dinâmica social requer a construção de teorias sobre causalidade próprias para o Direito Civil, em observância as situações cotidianas que o direito privado precisa solucionar.

Mas, esses não são os únicos problemas que subjazem da hipótese de dano causado por membro indeterminado de um grupo. A questão mais sensível diz respeito à compatibilização dos interesses envolvidos. A vítima requer a reparação do dano e o ofensor aparente não quer ser obrigado por um fato que não deu causa.

De um lado está a vítima que não pode ficar sem uma reparação, especialmente porque o dano a afeta diretamente, mas, além dela, repercute indiretamente na consciência coletiva, tendo em vista que a sociedade não mais aceita a falta de reparação. De outro lado está o conjunto de possíveis ofensores. Dentre eles, apenas um (ou, no máximo, alguns), é responsável pelo fato lesivo. Entretanto, todo o grupo será acionado para compor a reparação.

A motivação para o desenvolvimento da presente dissertação adveio desse conflito potencial, sintetizado na seguinte indagação: *o que é mais legítimo (ou ilegítimo): o desamparo da vítima ou a responsabilização de um ou vários agentes que não deram, efetivamente, causa ao dano?*

Este problema central leva a um segundo objetivo mediato dessa dissertação, consistente na discussão atinente a relativização do nexo causal material face à sua primeira função de determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso, a favor da construção de

uma causalidade jurídica. Neste ponto, não obstante a relevância de outras construções teóricas a esse respeito, será analisada exclusivamente a teoria da causalidade alternativa, tendo em vista a pertinência temática.

A questão nodal acima apresentada indica também que se há cada vez mais solidariedade na culpa e nos danos, deve haver também solidariedade na reparação³. E, sendo assim, a noção de solidariedade tem que ser reformulada para abarcar as questões emergentes de uma sociedade de risco, sendo esta análise o terceiro e último objetivo mediato dessa dissertação.

Isto porque, em que pese a solidariedade sempre ter sido o sustentáculo sob o qual os mecanismos de distribuição dos riscos se desenvolveram, esta para cumprir o seu papel de elo de coesão social precisa evoluir em conjunto com a sociedade. Em outros termos, se sob uma orientação de matiz liberal-individualista a solidariedade orgânica, nos termos proposto por Durkheim, satisfaz os anseios por segurança de uma sociedade recém-industrializada, esta não responde às exigências de uma sociedade repensada à luz do indivíduo concretamente considerado e que tem o risco como um seu próprio efeito latente.

Nesse sentido, uma sociedade orientada por valores solidaristas e personalistas requer uma nova forma de solidariedade, global e sistêmica, apta a um só tempo, assegurar a reparação do dano sofrido pela vítima, sem que isso represente a ruína do ofensor real ou aparente.

Em outros termos, se em um primeiro momento a solidariedade impôs a transferência de foco da responsabilidade civil para o dano, evidenciado com a relativa perda de importância da culpa e do nexo causal, na atualidade torna-se necessário dar um passo adiante em direção a proteção também dos ofensores, notadamente daqueles que não deram causa ao dano. Imperiosa, pois, se mostra a necessidade de diluição dos riscos entre o conjunto de agentes que exerçam atividades potencialmente lesivas.

Nessa perspectiva, a solidariedade na reparação deve ser orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana que a um só tempo estabelece o fim pretendido, consistente na reparação integral do dano, e o limite necessário, consubstanciado na proteção ao patrimônio mínimo do ofensor, o que revela a pertinência do marco teórico adotado.

³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas 2007, p. 213.

Assim, toda a análise desenvolvida na dissertação tem como premissa a axiologia constitucional e a reformulação operada em todo o ordenamento jurídico a partir da releitura de seus institutos por essas lentes, notadamente o contrato e a responsabilidade civil.

Isto porque, só se pode falar em solidariedade global em ordenamentos que reconheceram a primazia do texto constitucional e a aplicação direta dos seus princípios nas relações privadas. E, superar a noção de causalidade material em favor da construção de uma causalidade jurídica, com o fito de assegurar maior reparação de danos sem reavivar um viés sancionatório e repressor da responsabilidade civil, ao contrário, tutelando também o ofensor, só é factível na órbita do direito civil constitucional.

O objetivo imediato da presente dissertação, então, consiste exatamente na tentativa de instrumentalização dessa solidariedade global com o fito de atingir os propósitos acima mencionados de compatibilização das legítimas expectativas da vítima e do ofensor. Com esse intuito, a proposta aqui defendida é o estabelecimento de uma relação de complementaridade entre o seguro e a responsabilidade civil. Isto porque, o dano experimentado na sociedade de risco influenciou não só o desenvolvimento da responsabilidade civil e do contrato de seguro, individualmente, como permitiu a convergência desses dois institutos com o objetivo de assegurar a reparação dos danos sem levar o ofensor a ruína.

Em suma, a hipótese desenvolvida é a de que, se o dano é coletivamente produzido, a sua reparação também deve ser socializada, ou seja, repartida. E, sendo assim, a solidariedade na reparação deve ser concretizada não apenas através do instituto da responsabilidade civil, mas também a partir do seguro.

A fim de sistematizar todas as questões acima elencadas, a presente dissertação encontra-se dividida em 4 capítulos, contando ainda com essa breve introdução e com uma seção referente às considerações finais. Os dois primeiros capítulos apresentarão as premissas teóricas da análise proposta, cujo problema central é descrito no capítulo 3, restando ao capítulo 4 apresentar e justificar a hipótese dessa dissertação.

O primeiro capítulo descreverá os contornos de uma sociedade de risco, assim como, em uma perspectiva evolutiva, o papel desempenhado pela solidariedade, enquanto força motriz que impulsiona e viabiliza a congregação de esforços para suportar situações adversas. Será destacada a influência desse valor no desenvolvimento dos institutos da responsabilidade civil e do seguro. Em seguida, após a descrição da sociedade de risco, será desenvolvido, à luz da metodologia civil-constitucional, o conceito de solidariedade global, apresentado como premissa para o desenvolvimento de toda a dissertação, assim como será destacada a

reconstrução da autonomia privada a partir da incidência da axiologia constitucional, ressaltando as implicações dessa no âmbito do seguro e da responsabilidade civil.

O segundo capítulo, embora também dedicado ao desenvolvimento de pressupostos para análise do problema-tema, cuidará especificamente de questões relacionadas aos danos e suas causas, ou seja, ao dilema da sociedade de risco. Para tanto, inicialmente serão tecidas algumas considerações acerca da dificuldade de se conceituar causa e introduzida a relevante questão da apreciação jurídica do dano. Em seguida, tratar-se-á da causa dos danos para fins de responsabilidade civil e para fins securitários.

O terceiro capítulo retratará os termos de um problema muito específico e central nessa dissertação: o dano causado por membro indeterminado de um grupo. Após a apresentação genérica do problema, será analisada a teoria da causalidade alternativa, fazendo um cotejo com os principais posicionamentos a seu respeito, assim como, se identificará, dentro do marco teórico adotado nessa dissertação, o fundamento jurídico para a flexibilização do nexos causal nesta hipótese particular.

O quarto e último capítulo trará a hipótese defendida nessa dissertação, qual seja, a possível e necessária convergência dos institutos da responsabilidade civil e do seguro para a reparação dos danos. A idéia central é de que se as causas e os danos foram socializados, a reparação também deve ser, ou seja, a questão central a ser analisada diz respeito à coletivização da responsabilidade civil. Assim, inicialmente apresentará o fim pretendido em todas as situações lesivas, ou seja, a reparação integral do dano. Contudo, reconhecendo que lograr êxito neste objetivo depende de uma série de questões tangenciais e que, além dessas, essa meta não pode representar a ruína do ofensor, ofertará, de forma propositiva, a convergência do seguro e da responsabilidade civil, como meio termo apropriado para a solução do problema-tema.

Por fim, o estudo apresentado resultou tanto de uma pesquisa bibliográfica, tendo como fontes principais livros, periódicos e revistas técnicas especializadas sobre o tema, quanto de uma pesquisa documental feita a partir da legislação brasileira de responsabilidade civil e de seguros e de jurisprudência selecionada.

1. ENTRE A SOLIDARIEDADE E O RISCO

O dever de indenizar surge como decorrência da necessidade de repartir os riscos na vida social.

Clóvis do Couto e Silva

Risco, entendido como a probabilidade de ocorrência de um evento desfavorável, sempre esteve presente na realidade da vida humana. Entretanto, o desenvolvimento social alterou substancialmente as percepções ao seu respeito, a responsabilidade pela ocorrência dos mesmos e, sobretudo, o impacto das diversas espécies de risco na organização político-social e, também, as medidas adotadas para enfrentá-los.

Desde tempos imemoriais, a solidariedade figura como instrumento imprescindível na composição das diferentes formas possíveis para minimizar os efeitos negativos do implemento de um risco, seja a partir da sua diluição ou socialização, seja através da transferência de suas conseqüências econômicas para quem, por sua atividade o produziu ou, esteja melhor preparado para suportá-lo⁴.

Partindo dessa premissa de que a solidariedade é a força motriz que impulsiona e viabiliza a congregação de esforços para suportar situações adversas, o tema será abordado não só nesse capítulo, mas em toda a dissertação em uma perspectiva evolutiva.

A despeito de toda uma discussão em torno de ser o homem um ser social e, conseqüentemente, solidário, por natureza ou por necessidade e, apesar dos fortes argumentos apresentados pela doutrina contratualista que conclui pela necessidade⁵, visto ter sido esta a forma encontrada para superar o estado de natureza, a abordagem naturalista parece mais apropriada. O homem é um ser social por natureza.

Porém, não deve-se olvidar com isso, o reconhecimento de que a organização social através do Direito aprofundou o sentimento de solidariedade nato, de forma que, na

⁴ Trata-se da solução ofertada pela responsabilidade civil e pelo seguro, respectivamente.

⁵ Ressalta-se, no entanto, que a idéia de solidariedade natural não está de todo dissociada do discurso dos contratualistas, como depreende-se da seguinte passagem de Rousseau: “Portanto é certo que a piedade é um sentimento natural que, moderando em cada indivíduo a atividade do amor de si mesmo, concorre para a conservação mútua de toda a espécie. É ela que nos leva a socorrer, sem refletir, aqueles que vemos sofrer; é ela que, no estado de natureza, substitui as leis, costumes e virtude [...] É, em suma, nesse sentimento natural, mais do que nos argumentos sutis, que deve se procurar a causa da repugnância que todo o homem experimentaria ao fazer o mal” (ROUSSEAU, Jean Jacques, *Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens*, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 192).

atualidade, mais do que um valor imanente, a solidariedade tornou-se um princípio jurídico dotado de normatividade⁶.

Essa percepção, somada ao fato de que a análise aqui proposta tem por objeto o discurso solidarista emergente no Estado Moderno, onde o contrato social é uma realidade⁷ e, mais do que isso, em razão de na contemporaneidade ser muito difícil supor uma existência autônoma e dissociada da dos demais⁸, implicou na opção por estudar o tema a partir da construção de Emile Durkheim, desenvolvida em “Da divisão do trabalho social”.

Consigna-se que a obra de referência demonstra, por um lado, um otimismo do autor sobre a Revolução Industrial e seus efeitos e, por outro, evidencia uma visão bastante progressiva para época no que diz respeito à própria noção de ordenamento jurídico, já tendo anunciado a inexistência de uma separação estanque entre o direito público e o direito privado⁹, que por sua vez é uma das premissas da metodologia do direito civil-constitucional, marco teórico dessa dissertação.

Por fim, para a análise dos dilemas da contemporaneidade em torno da solidariedade e do risco, será utilizada uma proposta mais atual desenvolvida no campo da sociologia, principalmente por Ulrich Beck, Anthony Giddens, Scott Lash e Niklas Luhmann, consistente no reconhecimento do risco como a característica mais marcante das sociedades atuais, estabelecendo as implicações da sociedade de risco no Direito privado.

1.1. Risco, solidariedade mecânica e solidariedade orgânica: breve esboço histórico

⁶ “Em regra, quando positivado, o valor solidariedade é configurado na forma de princípio. Logo, além de valor, podemos afirmar que a solidariedade, hoje, é um princípio jurídico, que se encontra presente em todas as áreas do Direito”. (DYRLUND, Maria Cecília Baetas. Solidariedade (verbetes). In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, São Leopoldo: Unisinos, 2009, pp. 774-778, p. 774).

⁷ Nesse sentido: “Nas sociedades tradicionais, o princípio da coesão social está inscrito na própria estrutura da sociedade. As hierarquias e as distinções, como as equivalências, ligam os homens entre si de modo orgânico. O vínculo social é percebido como algo natural, trate-se da família, da vizinhança ou da hierarquia social no seu conjunto. Ao procurar emancipar-se da natureza, a sociedade moderna se vê às voltas com termos completamente diferentes. Ela deve buscar um novo tipo de relacionamento entre os homens. Sabe-se que é nesse contexto que os teóricos do direito natural elaboraram, a partir do século XVII, a doutrina do contrato, na qual o vínculo social é resultado de uma instituição voluntária e artificial”. (ROSANVALLON, Pierre. *A nova questão social*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998, p. 31-32).

⁸ “O princípio de solidariedade é, pois, também, um fato social, na medida em que não se pode conceber o homem sozinho – como o mito de Robinson Crusoe na ilha deserta quis fazer crer”. (BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp.237-265, p. 240).

⁹ “[...] não podemos nos servir das distinções usuais dos juriconsultos [...]. A mais difundida é aquela que divide o direito em direito público e em direito privado; o primeiro deve regular as relações do indivíduo com o Estado; o segundo, aquelas dos indivíduos entre si. Mas, quando se tenta analisar os conceitos de perto, a linha de demarcação, que parecia tão clara à primeira vista, se apaga.” (DURKHEIM, Émile (1858-1917). *Da divisão do trabalho social*. In: *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 34).

Nas sociedades tradicionais o risco era associado ao infortúnio, ao acaso ou, até mesmo, como afirmou Ulrich Beck¹⁰, tinha um tom de ousadia e de aventura. Os riscos eram pessoais, atingindo, no máximo, a família daqueles que o assumiam e, de certa forma, eram associados a eventos com conseqüências danosas que, potencialmente, acometiam determinados grupos de pessoas com características comuns, especialmente relacionadas as atividades desenvolvidas.

Essa realidade fez emergir a consciência acerca da existência de riscos comuns o que propiciou o surgimento de mecanismos para o enfrentamento de situações adversas, no sentido de uma comunhão de esforços para o mesmo fim. Ou seja, a solidariedade é, e sempre foi a resposta encontrada para suportar os riscos ou, pelo menos, para minimizar os seus efeitos.

Entretanto, solidariedade é um conceito dinâmico, em constante construção, cuja compreensão depende muito mais do ambiente no qual se desenvolve, do que a um significado hermeticamente fechado. Em outros termos, o conceito de solidariedade, hoje reconhecido como um princípio jurídico, mas, desde sempre, uma manifestação natural da vida em grupo, só pode ser apreendido dentro de uma contextualização, considerando-se, sobretudo, a sua historicidade¹¹.

Durkheim, ao analisar as interações entre a sociedade e o direito, este último compreendido como um fenômeno social apto a exercer uma coerção exterior nos indivíduos, identificou na solidariedade o elo de coesão. A partir desta percepção, desenvolveu a tese de que existem dois principais tipos de solidariedade (mecânica e orgânica), decorrentes das normas jurídicas prevalentes¹² e que, por sua vez, refletem o maior ou menor grau de desenvolvimento da sociedade na qual se manifestam.

¹⁰ “Quem – como Colombo – saiu em busca de novas e terras e continentes por descobrir assumiu riscos. [...]. A palavra risco tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura [...]”. (BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 25).

¹¹ Isto porque, como bem elucida Pietro Perlingieri, o significante solidariedade, pode se relacionar com diferentes significados, “[...] pode significar solidariedade para fins de Estado, ou para um bem individual escolhido pelos cidadãos de modo democrático, ou imposto de forma autoritária. [...]. Ela pode significar correlação, fraternidade entre os membros da mesma comunidade, mas, também, posição egoísta em relação a quem não faz parte dela ou a quem é membro de uma comunidade concorrente.” (*Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 36).

¹² “Visto que o direito reproduz as formas principais da solidariedade social, precisamos apenas classificar as diferentes espécies de direito para buscar em seguida quais são as diferentes espécies de solidariedade social que a elas correspondem”. (DURKHEIM, Émile (1858-1917). Da divisão do trabalho social. In: *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 34.

Nessa linha de proposição, a solidariedade mecânica foi associada às sociedades mais primitivas, marcadas principalmente por um alto grau de consciência coletiva¹³ e, conseqüentemente, por um baixo grau de individualidade, onde os costumes e a moralidade eram sobrevalorizados. Nessas sociedades, os indivíduos desempenhavam funções similares e, sendo assim, a solidariedade era por semelhança. O direito era essencialmente repressivo ou penal¹⁴, oriundo da própria noção de castigo que, nos seus primórdios, confundia-se com a vingança.

Já a solidariedade orgânica, segundo o referido autor, surge nas sociedades modernas e industrializadas, estimulada pela divisão social do trabalho e, conseqüentemente, pelo aumento das trocas realizadas. Nestas, os indivíduos possuem papéis distintos e, à medida que se especializam e diferenciam, a consciência individual cresce. Assim, há uma expansão do individualismo e diminuição da consciência coletiva. Porém, a especialização gera interdependência e, sendo assim, o Direito passa a promover a cooperação e as sanções deixam de ter por fim a vingança, mas sim, a restituição.

Os dois tipos de solidariedade descritos por Durkheim ajudam a compreender o surgimento dos instrumentos desenvolvidos para enfrentar os riscos, ainda que, na atualidade, a tese durkheimiana não responda aos impasses modernos. E isto, como restará demonstrado, decorre da maleabilidade dos contornos das sociedades contemporâneas, inimagináveis no início do século XX, nas quais as relações não obedecem a um padrão espaço-temporal, tão pouco pressupõem a pessoalidade, sendo cada vez mais usuais as relações virtuais, por exemplo.

Em que pese toda a descrição da sociedade primitiva e de sua solidariedade mecânica ter sido vinculada ao direito penal e a coerção exercida através da pena, a solidariedade mecânica ou por semelhança, ao pressupor uma cooperação simbiótica, decorrente da consciência coletiva, relaciona-se com o mutualismo. Já em relação ao instituto da responsabilidade civil, este tipo de solidariedade ilustra, de certa forma, a fase primária da vingança privada.

¹³ “O conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade forma um sistema determinado que tem sua vida própria; poderemos chamá-lo: a consciência coletiva ou comum. [...] ela é difusa em toda extensão da sociedade [...]. Com efeito, é independente das condições particulares em que os indivíduos estão colocados”. (DURKHEIM, Émile (1858-1917). Da divisão do trabalho social. In: *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 40).

¹⁴ “Assim, quanto mais o Direito tende a essa forma repressiva (Direito Penal), mais forte e abrangente é a consciência coletiva em uma sociedade. É assim porque todo erro que é punido repressivamente representa uma agressão contra a sociedade como um todo e não contra uma parte dela apenas”. (NUNES, Márcia Vidal; FIGUEIRA, Luiz Eduardo. Durkheim, Emile, 1858-1917 (verbetes). In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, São Leopoldo: Unisinos, 2009, pp. 256-259, p.257-258.

A idéia embrionária do mutualismo, enquanto mecanismo apto a fazer “com que o prejuízo não seja um fardo insuportável sobre alguém, mas um fardo levemente suportado para quem sofreu um prejuízo”¹⁵, é tão antiga quanto às próprias civilizações. Ademais, é justamente essa comunhão de esforços para o enfrentamento dos perigos nas sociedades primitivas, levada a cabo naturalmente a partir da consciência coletiva daqueles que estavam sujeitos aos mesmos riscos, que corresponde à solidariedade mecânica.

Em que pese não se pretender reconstruir historicamente o surgimento e evolução do mutualismo, Luís Eduardo Azambuja¹⁶ noticia que no baixo Egito, por volta de 4500 a. C. foi criada uma caixa para socorrer os trabalhadores de pedras, envolvidos nas grandes construções, em face dos acidentes e prejuízos eventualmente suportados pelos obreiros. Já a Federação Nacional de Seguros (Fenaseg) considera como marco inicial da mutualidade, a união de esforços dos condutores de caravanas para a proteção contra a perda de burros usados no transporte, na Mesopotâmia, 2500 anos antes da era cristã e que, posteriormente, já na Idade Média, a proteção coletiva era feita através dos socorros mútuos, operacionalizados pelos montepios e casas de misericórdia¹⁷.

Contudo, mais importante do que identificar a origem espaço-temporal da repartição de riscos entre os grupos, é frisar que, desde então, há indícios de iniciativas isoladas de práticas organizacionais com vistas a minimizar os prejuízos decorrentes da concretização de sinistros. E, mais do que isso, destaca-se que nesta fase distante até o período medieval, a mutualidade era desenvolvida nos moldes da solidariedade mecânica, a partir de uma forte consciência coletiva acerca da existência de riscos comuns.

Isto porque, ao que tudo indica, o mutualismo nesta fase incipiente, advém de uma solidariedade por semelhança¹⁸. Ou seja, à medida que as relações sociais eram simples e os indivíduos desempenhavam funções similares, seja em termos das tarefas necessárias para o

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. A responsabilidade civil e a sua cobertura no contrato de seguro. In: MELLO, Sérgio Rui Barroso de. (coord.). *II Congresso Brasileiro de Direito de Seguros e Previdência – Associação Internacional de Direito de Seguros* (anais). Curitiba: Juruá, 2009, pp. 49-64, p. 60.

¹⁶ AZAMBUJA, Luis Eduardo Meurer. *Direito Securitário e Boa-fé: o dever de informação nos contratos de seguros*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Patrimonial). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, p. 14.

¹⁷ Um maior detalhamento acerca da evolução do seguro no mundo e no Brasil está disponível em: [HTTP://www.fenaseg.org.br](http://www.fenaseg.org.br), acesso em: 10/11/2010.

¹⁸ “Com efeito, todos sabem que há uma coesão social cuja causa está numa certa conformidade de todas as consciências particulares a um tipo comum que não é outra coisa que o tipo psíquico da sociedade. Nestas condições, com efeito, não apenas todos os membros do grupo são individualmente atraídos uns pelos outros porque se assemelham, mas estão também ligados à condição de existência deste grupo coletivo, isto é à sociedade que formam por sua reunião. [...] Disto resulta uma solidariedade *sui generis* que, nascida das semelhanças, liga diretamente o indivíduo à sociedade. [...] Ela é um produto de similitudes sociais mais essenciais, tem por efeito manter a coesão social que resulta destas similitudes” (DURKHEIM, Émile (1858-1917). Da divisão do trabalho social. In: *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 54-55).

desenvolvimento do grupo, seja para a própria identidade grupal, a solidariedade mecânica agregava as pessoas a partir de uma espécie de simbiose, já que a cooperação, a união de esforços visava vantagens mútuas, mas não a complementação de tarefas e a inovação.

Entretanto, não tardou a se perceber que os danos decorriam não somente de riscos comuns a um grupo com características semelhantes. Na verdade, os riscos são não apenas coletivos, mas também individuais; resultantes de atividades específicas, ou daquelas hodiernamente vivenciadas. Esta compreensão impulsionou, ainda na época arcaica, mas já na fase do Império Romano, o surgimento do instituto da responsabilidade civil, inicialmente atrelada à idéia de “vingança privada, forma primitiva, selvagem talvez, mas humana da reação espontânea e natural contra o mal sofrido”¹⁹.

Alvino Lima²⁰ esclarece que em sua fase mais incipiente, a responsabilidade civil se confundia com a vingança privada, seja no primeiro momento, quando o Direito era absolutamente ausente, seja quando passou a existir domínio jurídico sobre o assunto, isto é, quando o Direito, seguindo o fato social²¹, regulamentou a repressão do dano, ora permitindo, ora coibindo.

Afirma-se também que a solidariedade mecânica identifica-se com os primórdios do instituto da responsabilidade civil, porque, indubitavelmente, esse surgiu como já mencionado, como uma espécie de vingança privada e, mesmo quando a sanção passou para o domínio jurídico, a lógica continuava a ser a do castigo. Entretanto, ainda sob a égide do Direito Romano, o instituto evoluiu, substituindo a vingança pela composição, inicialmente voluntária e, em seguida, a partir da Lei das XII Tábuas, obrigatória e tarifada, mesclando as duas espécies de solidariedade – mecânica e orgânica.

Os delitos privados, como a injúria e o dano causado injustamente, não eram (e não são) crimes propriamente ditos e, por isso, a repressão dos mesmos era exigida não em nome da sociedade, mas do particular, de tal sorte que a pena dependia da sua vontade. Se a sociedade dispõe da repressão, é porque ela é atingida quando um crime é praticado; contudo, se o particular pode transigir acerca da pena ou até mesmo renunciá-la, isto só pode ser explicado pelo fato de não ser a consciência coletiva maculada nessas situações.

¹⁹LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 19.

²⁰ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 19-21.

²¹ “Com efeito, a vida social, em todas as partes em que ela existe de uma maneira durável, tende inevitavelmente a tomar uma forma definida e a organizar-se; o direito não é outra coisa senão esta organização mesma, no que ela tem de mais estável e de mais preciso. A vida geral da sociedade não pode se desenvolver num ponto sem que a vida jurídica se estenda ao mesmo tempo e na mesma proporção”. (DURKHEIM, Émile (1858-1917). Da divisão do trabalho social. In: *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 32).

Neste sentido, o instituto da responsabilidade civil se distancia da solidariedade mecânica e se aproxima da solidariedade orgânica, de cunho restitutivo, sem promover, entretanto, um apartamento total da solidariedade mecânica, tendo em vista o seu indiscutível caráter repressor.

Dada esta natureza híbrida, Durkheim conclui que as penas privadas têm uma natureza mista, participando ao mesmo tempo das duas modalidades de sanção – repressiva e restitutiva – e, isto porque, o delito privado ou quase delito, encontra-se entre o crime propriamente dito e a lesão puramente civil²². Então, as obrigações decorrentes do delito e do quase delito, não correspondiam à solidariedade mecânica, tão pouco à orgânica, mas sim, diziam respeito a uma solidariedade negativa que, para promover a coesão social dependia de uma forma positiva de solidariedade²³.

Neste sentido é que podemos concluir que, em seus primórdios, a solução encontrada para enfrentar os riscos e reverter os danos, foi baseada na solidariedade mecânica, sendo que, com o desenvolvimento social, sobretudo após a Revolução Industrial, a solução para as mesmas questões foi construída a partir da solidariedade orgânica. Ou seja, a solidariedade de natureza positiva que permitiu o desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil a partir da sua teorização no Código de Napoleão, assim como a evolução do contrato de seguro a partir da idéia original de mutualismo, entrelaça-se com a solidariedade orgânica.

A rigor, e concomitantemente ao desenvolvimento social, se verificou a diferenciação e a especialização dos indivíduos e, com isso, a solidariedade orgânica, progressivamente, tomou o lugar da mecânica. Assim, o marco histórico para essa transição é a Revolução Industrial e as conseqüências deste fenômeno, destacando-se que, segundo Durkheim, a diferenciação, por um lado, ampliou a consciência individual e, por outro, a interdependência, tornando a solidariedade cada vez mais imprescindível.

²² “Mas, então, que são essas penas privadas das quais dávamos exemplos acima? Elas têm natureza mista e participam simultaneamente da sanção repressiva e da sanção restitutiva. Assim, o delito privado do direito romano representa um tipo de intermediário entre o crime propriamente dito e a lesão puramente civil. Ela tem traços de um e de outro, flutuando nos confins dos dois domínios. Ela é um delito no sentido em que a sanção fixada pela lei não consiste simplesmente na restituição sob condição; o delinqüente não é apenas obrigado a reparar o dano que causou, mas deve algo mais, uma expiação. Entretanto, ele não é completamente um delito, visto que, se é a sociedade que pronuncia a pena, não é ela que a aplica. Esse é um direito que ela confere à parte lesada, que dispõe dele livremente”. (DURKHEIM, Émile (1858-1917). Da divisão do trabalho social. In: *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 48).

²³ “[...] a solidariedade negativa é uma emanção de uma outra solidariedade de natureza positiva: é a repercussão, na esfera dos direitos reais, de sentimentos sociais que vêm de uma outra fonte. Ela não tem, pois, nada de específico, mas é o acompanhamento necessário de toda espécie de solidariedade. Encontra-se necessariamente em toda parte onde os homens vivem uma vida comum, resulte esta da divisão do trabalho social ou da atração do semelhante pelo semelhante”. (DURKHEIM, Émile (1858-1917). Da divisão do trabalho social. In: *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 65).

A título de ilustração, em resposta ao incremento do risco e à multiplicidade dos acidentes, no final do século XVIII, na Inglaterra, inicia-se o cooperativismo²⁴, concretizado nas *friendly societies*, compreendidas como organizações de trabalhadores que se apoiavam mutuamente contra riscos sociais, notadamente, doença, acidentes, velhice e desemprego.

Nesta mesma época surgem os primeiros procedimentos de medição estatística dos fenômenos biológicos e sociais, permitindo a orientação política dos novos rumos da responsabilidade civil²⁵ e viabilizando o desenvolvimento do setor de seguros, ambos orientados pela constatação de que, ante a complexidade dos novos processos produtivos, as categorias jurídicas tradicionais se mostravam insuficientes.

De fato, em muitos casos, não era possível identificar a responsabilidade direta daquele que deveria responder por um dano e, mesmo quando a individuação do lesante era levada a cabo, tornava-se cada vez mais difícil distinguir o que deveria ser atribuído ao ofensor e o que decorria de outros fatores externos.

Em outros termos, se a Revolução Industrial alterou os contornos da solidariedade, o mesmo fez em relação aos riscos e as formas de minimizá-los, influenciando sobremaneira o contrato de seguro e o instituto da responsabilidade civil, especialmente porque “expôs progressivamente os limites de um sistema de regulamentação social regido exclusivamente pelos princípios da responsabilidade individual e do contrato”²⁶.

Exatamente nesse contexto, emergiram as primeiras iniciativas estatais com vistas a remediar os riscos sociais, através da instituição dos sistemas securitários²⁷ e, também, por intermédio de novas construções teóricas acerca da responsabilidade civil. Isto porque, a

²⁴ “O cooperativismo, enquanto doutrina, teoria, sistema ou movimento associativista de trabalhadores, é um fenômeno moderno oriundo da oposição operária às conseqüências do liberalismo econômico praticado na Inglaterra e na França do século XVIII e XIX. Desse modo, não se pode confundir o ato de cooperar com o cooperativismo, pois, enquanto o primeiro pode ser entendido como qualquer ato ou ação de colaborar com outras pessoas em qualquer formação socioeconômica, o segundo só pode ser entendido como um movimento social que procurou, através da associação, fugir de uma opressão social resultante de um determinado período histórico e de um determinado sistema, ou seja, o capitalismo concorrencial do século XIX”. (COSTA, Luciano de Souza. O cooperativismo: uma breve reflexão teórica. In: *Ciências Sociais em Perspectiva* (6) 11 : 55-64 2º sem. 2007. Disponível em: <<http://www.unioeste.br/campi/cascavel/ccsa/VISeminario>> Acesso em 10 nov. 2010.

²⁵ A responsabilidade é um conceito mais político do que jurídico ou filosófico, como afirmam François Ewald (*Foucault, a norma e o direito*. 2.ed. Lisboa: Veja, 2000, p. 171) e Maria Celina Bodin de Moraes, que ressalta: “A disciplina da responsabilidade civil, portanto, deve muito mais a escolhas político-filosóficas do que a evidências lógico-rationais, decorrente da natureza das coisas. [...] De fato, o dano, em si e por si, não é nem ressarcível nem irressarcível (nem “justo”, nem “injusto”). A decisão – ética, política e filosófica, antes de jurídica – deverá ser tomada pela sociedade em que se dá o evento”. (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.21).

²⁶ ROSANVALLON, Pierre. *A nova questão social*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998, p. 34.

²⁷ Nesta conjuntura, emerge uma espécie de sociedade securitária, na medida em que o seguro foi introduzido na gestão dos riscos sociais, tanto em relação às contingências previsíveis, tais como idade avançada e morte, quanto em relação às imprevisíveis, como acidente de trabalho e invalidez.

noção objetiva do risco permitiu que a solução jurídica para os problemas relativos aos danos se afastasse da noção subjetiva da conduta e, conseqüentemente, da responsabilidade individual.

Ressalta-se, contudo, que, enquanto a organização e o desenvolvimento dos esquemas securitários focavam a massa populacional, as novas propostas em termos de responsabilidade civil refletiam um viés, ao mesmo tempo, antropocêntrico e personalista, ainda que este último caráter só tenha sido sobrelevado na segunda metade do século XX²⁸.

1.2. Sociedade de risco e Solidariedade global: a influência do Personalismo Jurídico

A partir de um debate travado no campo da sociologia e orientado para a tentativa de descrever as características mais marcantes da sociedade contemporânea, alguns autores²⁹ identificaram no risco e na sensação generalizada de insegurança, o traço mais ressaltado da sociedade atual. Com isso, concluíram que, mesmo sem uma ruptura com o modelo anterior da sociedade moderna e industrializada³⁰, a realização da vida social hoje se estabelece em torno de um novo paradigma.

Considerando-se paradigma na acepção conferida pelo senso comum³¹ no sentido de um padrão ou modelo de referência, pode-se afirmar que a proposta sociológica para a descrição da sociedade de risco pressupõe um novo modo de se pensar a própria sociedade, à

²⁸ Tendo em vista que correspondiam a uma pretensão de proteção das vítimas, ou como propõe Maria Alice C. Hofmeister, no sentido de “o direito passar a ocupar-se não mais da responsabilidade da pessoa (culpa), mas da responsabilidade para com a pessoa”. (*O dano pessoal na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.91).

²⁹ Dentre os quais destacam-se: Ulrich Beck, Anthony Giddens, Scott Lash e Niklas Luhmann.

³⁰ Ulrich Beck, Anthony Giddens e Scott Lash refutam o conceito de pós-modernidade como definidor do estágio atual de desenvolvimento da sociedade, entendendo que vivemos em uma fase de modernidade tardia ou reflexiva. (BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony e LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997).

³¹ A acepção comum não chega a ser de toda contraditória com a tradição epistemológica, iniciada por Platão ao utilizar o termo em oposição à *doxa* (opinião), nem mesmo a abordagem do sociólogo Thomas Khun que, em “A estrutura das revoluções científicas” (São Paulo: Perspectiva, 1987) introduziu o termo na literatura científica do século XX, no sentido de um conjunto de hipóteses e métodos, racionalmente válidos em um dado campo disciplinar e época. Em uma perspectiva crítica, Carlos Alberto Plastino define paradigma como “conjunto de perspectivas dominantes em torno da concepção do ser, do conhecer e do homem que, em períodos de estabilidade paradigmática, adquirem uma autoridade tal que se naturalizam”. (*O primado da afetividade: a crítica freudiana ao paradigma moderno*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001, p. 22).

medida que esta se torna reflexiva³², figurando ao mesmo tempo como um tema e um problema para si mesma.

As teses iluministas determinantes para a construção da sociedade moderna eram fundadas em uma razão prática, calcada nos postulados científicos. A certeza advinha da matemática, da física, ou seja, do próprio desenvolvimento científico e tecnológico. Assim, durante toda uma época, a sociedade foi pensada a partir desta base, pretensamente capaz de, por intermédio de explicações causais, resolver todos os problemas sociais emergentes.

Neste diapasão, a sociedade moderna industrial desenvolveu mecanismos de controle do social baseado na suposta certeza científica. Os riscos eram diluídos através da técnica securitária que acenava com a possibilidade de baseado em cálculos probabilísticos e atuariais estabelecer padrões regulares de causalidade e, com isso, prever antecipadamente a ocorrência de danos e, muito antes da concretização dos mesmos, oferecer a solução, ou seja, segurança em relação ao futuro.

O progresso, no entanto, demonstra nas décadas finais do século XX, a fragilidade da ciência em assegurar as certezas anteriormente prometidas e, com isso, o ideal de segurança resta abalado. Conseqüentemente, as sociedades passam a se organizar em torno de outro paradigma, o risco³³.

Na linha proposta por Ulrich Beck, o paradigma da sociedade de risco consiste na forma de distribuição dos riscos “vindos à luz sob forma de efeitos colaterais latentes”³⁴ do processo de produção industrial. Com isso, o referido autor não nega a subsistência dos

³² Ulrich Beck afirma que em decorrência do próprio desenvolvimento técnico-científico, “O processo de modernização torna-se ‘reflexivo’, convertendo-se a si mesmo em tema e problema” (*Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 24). Scott Lash considera que a teoria da modernidade reflexiva abre espaço para uma dialética do esclarecimento, concluindo que, quando a modernidade começa a refletir sobre si mesma, “compreendendo seus próprios excessos e espirais viciosos”, o desenvolvimento torna-se imanente ao próprio processo de desenvolvimento (A reflexividade e seus duplos: estrutura, estética e comunidade. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony e LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997, p. 138). Por fim, Anthony Giddens afirma que com o advento da modernidade, a reflexividade “é introduzida na própria base da reprodução do sistema, de forma que o pensamento e a ação estão constantemente refratados entre si. [...]. A reflexividade da vida social moderna consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando assim constitutivamente o seu caráter”. (GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991, p. 45).

³³ “Nesta linha, um dos fenômenos mais relevantes da época atual, visualizado especialmente no âmbito das Ciências Humanas e Sociais – mas que também se observa no campo das Ciências Exatas com o advento da Relatividade e da Física Quântica – é a denominada ‘crise generalizada da razão prática’”. (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.60).

³⁴ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 24. Em outra passagem, o autor esclarece uma das principais características dos riscos na contemporaneidade: “Os riscos e ameaças atuais diferenciam-se, portanto, de seus equivalentes medievais, com frequência semelhantes por fora, fundamentalmente por conta da globalidade de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas modernas. São riscos da modernização. São um produto de série do maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravados com seu desenvolvimento ulterior”. (p. 26).

conflitos de distribuição de riqueza, vivos, sobretudo, nas sociedades que não lograram êxito em concretizar o Estado do Bem-Estar, mas afirma que “começam a convergir na continuidade dos processos de modernização as situações e os conflitos sociais de uma sociedade que distribui riqueza com os de uma sociedade que distribui riscos”³⁵.

Os riscos apresentados como efeitos colaterais ou secundários do processo de produção industrial, além de não terem sido apreendidos pela razão humana, são potencializados, criados e recriados pelas tecnologias. Nessa perspectiva, Ulrich Beck³⁶ caracteriza os novos riscos pela: i) ubiquidade, isto é por sua permanência no tempo; ii) glocalidade, enfatizando o caráter global dos novos riscos que não ficam adstritos a uma determinada região geográfica; e, iii) indetectabilidade e invisibilidade, no sentido de que os mesmos não são percebidos até o momento em que efetivamente causam a lesão.

Ao paradigma da sociedade de risco é aposto o dilema da responsabilidade. No entanto, os riscos da contemporaneidade muitas vezes são coproduzidos³⁷, outras não são percebidos no momento em que são criados³⁸, restando invisíveis e, sendo assim, “quebra-se o monopólio de racionalidade das ciências”³⁹ no que tange à própria definição de risco⁴⁰.

Nesse sentido, as discussões acerca do risco e da responsabilidade por seus efeitos passam a ser políticas⁴¹. Isto porque, o mal-estar social passou a repousar sobre o sentimento

³⁵ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 25.

³⁶ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

³⁷ “[...] a altamente diferenciada divisão do trabalho implicou uma cumplicidade geral e esta, por sua vez, uma irresponsabilidade generalizada. Todos são causa e efeito, e portanto uma não causa. As causas esfumam-se numa vicissitude generalizada de atores e condições, reações e contrarreações”. (BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 39).

³⁸ Essa problemática é recorrente nos danos ambientais, para os quais há quem defenda, para fins de responsabilidade civil, que a causalidade seja presumida. Cf.: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. *A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/8632/3/A_Responsabilidade_Civil.pdf> Acesso em: 25 set. 2008.

³⁹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 34.

⁴⁰ “A quantificação do risco, por meio de análises matemáticas, foi uma das esperanças ingênuas da modernidade [...]. A plena compreensão do risco envolve, muito freqüentemente, uma necessária troca entre o bem produzido e o mal gerado; algo que, em regra, não pode ser sopesado somente por meio de análises matemáticas, quantitativas, mas depende, muitas vezes, de opções políticas e premissas sociais e culturais. [...] A pós-modernidade, com as incertezas e ambivalências que lhes são inerentes, expõe a limitação da humanidade em dominar os riscos da existência. [...] Uma primeira tomada de consciência de tal vulnerabilidade poderia produzir incremento e adensamento dos instrumentos científicos de mensuração e controle dos riscos identificáveis, mas fora o evidente problema dos riscos não identificáveis, a avaliação objetiva do risco, em parâmetros matemáticos, freqüentemente ignora o risco como fato social; sua avaliação subjetiva pelas pessoas, por miopia individual, qualificando de acordo com parâmetros subjetivos, como a maior importância dada ao risco que se vê frente aquele que é oculto”. (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A previdência social na sociedade de risco – solidariedade e financiamento – a garantia da renda mínima*. Disponível em: <<http://www.sinteseeventos.com.br>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

⁴¹ Foucault assevera que no século XIX, ou seja, em uma sociedade industrializada, os problemas relacionados à idade avançada e aos acidentes, dentre outros que retiram ou diminuem a capacidade laboral, passam a sofrer a intervenção do Estado, através dos mecanismos de biopolítica, afirmando: “O outro campo de intervenção da biopolítica [...]. Será o problema muito importante, já no início do século XIX (na hora da industrialização), da velhice, do indivíduo que cai, em

de incerteza em relação ao risco e, nesse contexto, a resposta jurídica tinha de ser a segurança. Entretanto, a complexidade da vida moderna e a velocidade das transformações vivenciadas eram incompatíveis com uma segurança fática, ou seja, constatou-se que a criação de mecanismos de segurança não conduz a eliminação do risco.

Neste contexto, os sociólogos contemporâneos que se dedicam ao tema, reformularam a noção de risco no sentido de considerá-lo como resultado da modernização social e, com isso, o risco foi dissociado da noção de perigo e apreendido como decorrência de uma decisão, independentemente da consciência ao seu respeito⁴².

Esta nova conceituação tratou inicialmente de consignar que o oposto de risco não é segurança, mesmo porque essa última na atualidade designa “uma situação na qual um conjunto específico de perigos está neutralizado ou minimizado”,⁴³ ou seja, o conceito de segurança perpassa um risco aceitável. Assim, a noção de risco é inerente a uma decisão tomada, independentemente de este processo ter sido orientado por uma consciência real acerca dos perigos envolvidos.⁴⁴ Neste sentido, o dano decorrente de um risco é aquele associado a uma decisão,⁴⁵ enquanto que se for fruto de fatores externos e imprevisíveis, fala-se em perigo⁴⁶.

O impasse da sociedade contemporânea então diz respeito à distribuição de riscos e a atribuição de responsabilidades pelos danos decorrentes das decisões tomadas. No entanto, a lógica distributiva é outra diversa da riqueza, não tanto por seu objeto, mas pelo fato de que os

conseqüência, para fora do campo de capacidade, de atividade. E, da outra parte, os acidentes, as enfermidades, as anomalias diversas. E é em relação a estes fenômenos que essa biopolítica vai introduzir não somente instituições de assistência (que existem faz muito tempo), mas mecanismos muito mais sutis, economicamente muito mais racionais do que a grande assistência, a um só tempo maciça e lacunar, que era essencialmente vinculada à Igreja. Vamos ter mecanismos mais sutis, mais racionais de seguros, de poupança individual e coletiva, de seguridade, etc.” (FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 291).

⁴² “Perigo e risco estão intimamente relacionados mas não são a mesma coisa. A diferença não reside em se um indivíduo pesa ou não conscientemente as alternativas ao contemplar ou assumir uma linha de ação específica”. (GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991, p. 42).

⁴³ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991, p. 43.

⁴⁴ Acerca da noção de risco na obra de Niklas Luhmann, Anthony Giddens afirma que a mesma “se originou com a compreensão de que resultados inesperados podem ser uma conseqüência de nossas próprias atividades ou decisões, ao invés de exprimirem significados ocultos da natureza ou intenções infáveis da Deidade”. Em seguida, conclui pelo acerto na distinção entre os conceitos, aduzindo que a discriminação entre risco e perigo “surge, essencialmente, de uma compreensão do fato de que a maioria das contingências que afetam a atividade humana são humanamente criadas” (GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991, p. 38 e 39).

⁴⁵ A afirmação feita por Georges Ripert de que “o prejuízo deve ser atribuído àquele que o casou, porque os riscos devem pesar sobre o autor do ato”, denota essa nova perspectiva de que todos somos responsáveis por nossas decisões. (*A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Saraiva, 1937, p.213.)

⁴⁶ Neste sentido, Cf.: MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Teoria do risco. (verbete) In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, São Leopoldo: Unisinos, 2009, pp 734-738, p 737.

riscos contêm um efeito bumerangue⁴⁷, atingindo também aqueles que os produziram, o que implica em se repensar a solidariedade.

Conclui-se, pois, que o impasse da contemporaneidade no que diz respeito ao risco, gira em torno, mais uma vez, da solidariedade: o seu conteúdo, força jurídica e função. A realidade social requer uma solidariedade que ultrapasse os limites da proposta dualista de Durkheim⁴⁸. Ocorre que o risco e o dano hoje afetam a consciência coletiva, porém, a solução para a situação que se apresenta não deve ser buscada na repressão (solidariedade mecânica), mas sim na restituição (solidariedade orgânica).

Ademais, o restabelecimento da ordem social rompida pelo implemento de um risco ou pela concretização de um dano depende muito mais da reparação da vítima, do que da expiação do ofensor, o que se aproxima da solidariedade orgânica. Neste sentido, a sociedade exige a reparação mesmo quando não se identifica o causador do dano e, por outro lado, não mais se aceita que a obrigação de reparar leve o ofensor a ruína.

Ante a complexidade do cenário sinteticamente descrito, conclui-se que hoje o enfrentamento dos riscos sociais e a concretização dos anseios por segurança, pressupõem uma solidariedade global e sistêmica, que reúna caracteres essenciais da solidariedade mecânica e da orgânica e, principalmente, que vá além dessas para comportar uma sociedade complexa, dinâmica e diversificada, na qual a diferença não se baseia na especialização oriunda da divisão social do trabalho, mas sim atrelado ao pluralismo social⁴⁹.

O lócus para o desenvolvimento da solidariedade global é o Estado Social de Direito. Assim, esta só se manifesta naquelas sociedades em que o Direito promoveu a ruptura com o individualismo filosófico e, conseqüentemente, jurisdicionizou, sob a forma de princípio jurídico, a constatação da natureza social do homem, em um movimento que se convencionou

⁴⁷ “Em sua disseminação, os riscos apresentam socialmente um efeito bumerangue: nem os ricos e poderosos estão seguros diante deles. Os anteriormente ‘latentes efeitos colaterais’ rebatem também sobre os centros de sua produção. [...] Esse efeito socialmente circular de ameaça pode ser generalizado: sob a égide dos riscos da modernização, cedo ou tarde se atinge a unidade entre culpado e vítima”. (BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 44).

⁴⁸ Neste sentido: “[...] pode-se apontar uma nova solidariedade na sociedade de risco, entre pessoas diferentes, como já apontara Durkheim, mas não somente oriunda da divisão do trabalho, e sim fundada na necessidade da divisão dos riscos, os quais são, muito freqüentemente, inadmissíveis, seja pelo indivíduo ou por um grupo restrito de pessoas que dividem afinidades sociais, econômicas ou culturais” (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A previdência social na sociedade de risco – solidariedade e financiamento – a garantia da renda mínima*. Disponível em: <<http://www.sinteseeventos.com.br>>. Acesso em: 15 jan. 2010.)

⁴⁹ “Quem habita este planeta não é o Homem, mas os homens. Pluralidade é a lei da terra. (ARENDR, Hanna. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 188).

denominar por personalismo jurídico que, por seu turno, propiciou a despatrimonialização do Direito⁵⁰.

O termo personalismo, modernamente⁵¹ designa um movimento iniciado por Emmanuel Mounier na França na década de 1930⁵², no sentido da reconstrução do valor da pessoa a partir da refutação das teses fundadas no liberalismo filosófico e econômico, especialmente no que diz respeito ao homem-indivíduo criado segundo a lógica de uma liberdade quase que absoluta e determinada pelo patrimônio constituído, e da adoção de um discurso solidarista⁵³.

A construção filosófica do personalismo de Mounier, parte da premissa kantiana, segundo a qual o que diferencia o ser humano das coisas é o valor ontológico da dignidade e, aprofundando a subjetividade constitutiva iniciada por Kant⁵⁴, define como objeto central da sua teoria, não o sujeito, mas o homem-pessoa, ou seja, o ser de relação, refutando assim a tese do individualismo⁵⁵.

A idéia central é de que a palavra indivíduo aplicada ao ser humano expressa a condição de um ser que se basta e que se desenvolve hermeticamente fechado em si mesmo. O protótipo do homem-indivíduo, abstratamente considerado, atendia aos anseios por segurança jurídica à época oitocentista, quando foi forjada a dimensão formal do princípio da

⁵⁰ Pietro Perlingieri (*Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 33) leciona que “com o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individua-se em tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)”.

⁵¹ Em uma época mais remota, no entanto, o percussor desta tese foi Emmanuel Kant, como o próprio Mounier declara, “[...] o personalismo deve a Leibnz e a Kant, e a dialética da pessoa, a todo o esforço reflexivo do pensamento idealista”. (MOUNIER, Emmanuel. *Personalismo*. Rio de Janeiro: Texto e Grafia, 2010, p. 16).

⁵² ZOLO, Danilo. Personalismo (verbetes). In.: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, v.II, 1997, pp.925-937, p. 925.

⁵³ “No personalismo confluem as ideologias que, depois da Segunda Guerra Mundial, encontram um compromisso político nos princípios fundamentais das novas democracias ocidentais e, em parte, daquelas orientais: o espiritualismo cristão, com veias modernas e sociais, que têm dado vida ao cristianismo social moderno; o existencialismo; o marxismo, recusado na sua integralidade pelo personalismo, mas apreciado pela sua substância humanista de liberação social”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 36).

⁵⁴ Kant promoveu uma ruptura paradigmática na filosofia ao afirmar que a análise do mundo, enquanto base do conhecimento era insuficiente para a construção de conceitos universais, propondo em seu lugar a idéia de subjetividade constitutiva, deslocando, assim, o sujeito para o centro da filosofia. Com isso, inaugurou uma fase de antropocentrismo laico e racional, o que permitiu distinguir os homens das coisas a partir dos seus atributos fundamentais: dignidade para os homens, e preço para as coisas.

⁵⁵ “O individualismo é um modo de conceber o homem centrado na figura do indivíduo que se caracteriza como unidade referencial básica da sociedade. Estabelece um discurso de valorização do indivíduo e sua supremacia frente ao grupo e aos demais, a partir da aceitação de um conjunto de valores inerentes à natureza humana [...]”. (BRAGATO, Fernanda. Individualismo (verbetes) In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, São Leopoldo: Unisinos, 2009, pp. 468-471, p. 468).

igualdade⁵⁶. Essa idéia de que os homens eram iguais em direito e livres permitiu a formalização de um Direito caracterizado por um alto grau de generalidade, previsibilidade e abstração, calcado em um ideal cientificista supostamente apto a solucionar todos os questionamentos a partir de esquemas lógico-dedutivos.

Entretanto, “a pessoa é uma atividade vivida de auto-criação, de comunicação e de adesão”,⁵⁷ ou seja, é um conjunto de relações complexas. Com essa constatação, o personalismo se opõe ao individualismo, resgatando o valor essencial da pessoa consubstanciado na dignidade e reconhecendo o caráter social do homem, o que implica em que a integralidade da pessoa pressuponha alteridade.

Esta formulação, segundo Danilo Zolo⁵⁸, em muito influenciou as constituições européias do pós-guerra, notadamente a francesa e a italiana e, além dessas, as que nelas se inspiraram, como a brasileira de 1988. Esta nova concepção foi apreendida pelo Direito a partir do exercício legislativo, que positivou os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, assim como por uma renovada hermenêutica interpretativa, consubstanciada na técnica da ponderação, e, sobretudo, se tornou possível através da função promocional que o Direito exerce na contemporaneidade.

Nessa perspectiva, o sujeito de tutela passa a ser o homem-pessoa, ser social, em detrimento do indivíduo abstratamente considerado⁵⁹ e, sob este viés coexistencial⁶⁰, a liberdade é condicionada pela responsabilidade, especialmente porque a obrigatoriedade de

⁵⁶ A dimensão formal do princípio da igualdade informa que a “lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 10).

⁵⁷ MOUNIER, Emmanuel. *O Personalismo*. Rio de Janeiro: Texto e Grafia, 2010, p. 10.

⁵⁸ “Entre os fins da década de 40 e princípios da de 50, o Personalismo comunitário exerceu uma certa influência política na Europa. Foi o “estatuto público da pessoa”, em particular, apresentado por “Espirit” em 1939 e feito objeto, em 1944-1945, de um projeto de declaração, que influiu na Constituição francesa de 1946. O personalismo de Mounier também inspirou na Itália algumas das formulações constitucionais, graças à participação nos trabalhos da Constituinte de personalidades católicas como Giorgio La Pira e Giuseppe Dosseti”. (ZOLO, Danilo. Personalismo (verbetes). In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, v.II, 1997, pp.925-937, p. 926).

⁵⁹ “Lá, na doutrina individualista, partir-se-ia do homem natural, tomado como um ser isolado, segregado dos demais homens, portador de prerrogativas próprias, nascido todos absurdamente iguais em direito e livres. Aqui, na doutrina socialista, o homem é considerado não abstrata e isoladamente, mas tal com efetivamente o é, um ser destinado a viver em sociedade e que só na sociedade encontraria o meio natural do desenvolvimento de suas aptidões” (SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p.8-9).

⁶⁰ O Direito “tem como ponto de referência o homem na sua evolução psicofísica, ‘existencial’, que se torna história na sua relação com os outros homens. A complexidade da vida social implica que a determinação da relevância e do significado da existência deve ser efetuada como existência no âmbito social, ou seja, como coexistência” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 1).

responder com seriedade pelos próprios atos ganha nova amplitude em um contexto intersubjetivo e relacional.

Esta afirmação é de fundamental importância porque a liberdade só pode ser exercida em consonância com a solidariedade e isto só é possível a partir da garantia de igual dignidade. Em outros termos, sob este novo protótipo personalista, não mais existe liberdade em abstrato, esta “deve ser compatível com o valor de tutela da pessoa”⁶¹. Assim, ainda que se reconheça que “liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier”⁶², este direito não é absoluto, não havendo, pois, liberdade sem responsabilidade.

Neste sentido, a solidariedade global é aquela funcionalizada ao pleno desenvolvimento da pessoa, em um ambiente no qual se reconheça e assegure a igual dignidade social. Ademais, a complexidade da vida em relação cresce na mesma direção e sentido que a evolução social, de forma que a solidariedade hoje tem que ser qualificada, a fim de permitir o livre progresso daqueles que desenvolvem a sua existência em um ambiente social múltiplo e plural.

Em apertada síntese, no que diz respeito ao seu conteúdo, a solidariedade global deve, por um lado, se dissociar das idéias de caridade e filantropia e, por outro, se calcar no reconhecimento da interdependência dos homens, seres sociais, coexistentes em um ambiente plural, no qual a liberdade deve ser exercida em consonância com o dever de solidariedade social que, enquanto direito-dever, tem que ser analisado (percebido) em seu aspecto fático, relativo à coexistência humana e também como um valor jurídico, no sentido de reciprocidade e no reconhecimento do outro.

No que diz respeito a sua força jurídica, consigna-se que se a solidariedade deriva das normas jurídicas prevalentes⁶³, só pode-se falar em solidariedade global nos estados democráticos de direito contemporâneos que tenham por fundamento maior a dignidade da pessoa humana. Assim, a transição da solidariedade orgânica para a global pressupõe o pós-positivismo jurídico por duas razões principais: segurança e reconhecimento da força normativa dos princípios.

⁶¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 40.

⁶² BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107.

⁶³ DURKHEIM, Émile (1858-1917). Da divisão do trabalho social In: *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 34.

A lei, enquanto materialização da segurança⁶⁴ pretendida e prometida pelo positivismo jurídico⁶⁵ não foi suficiente para obstar os horrores da guerra, de tal sorte que os anos que se seguiram a esse período evidenciaram uma crise moral e social atinentes às “crenças e supostos sobre os quais se apoiava a sociedade moderna”⁶⁶ e, mais do que isso, refletiam as dúvidas referentes ao futuro das civilizações, especialmente sobre as relações humanas⁶⁷.

Estas constatações propiciaram o reflorescimento da discussão acerca dos direitos do homem⁶⁸. Contudo, ao tema antigo foi aposta a renovada premissa de que o direito só é direito se for humano. A valoração, no entanto, do direito deveria ser feita pelos princípios que, além de servir de norte para a construção do ordenamento – tarefa legislativa – deveriam ser também diretamente aplicados, sendo-lhes reconhecida força jurídica⁶⁹.

No âmbito jurídico brasileiro, até a promulgação da Constituição de 1988, o significado jurídico da solidariedade era ditado pelo direito obrigacional. A partir de então, a solidariedade alçou status constitucional, sendo a ela atribuída uma função eminentemente

⁶⁴ “O único valor que resta ao positivismo garantir, uma vez que os demais (justiça, bem comum, etc) são objeto de dissenso, é o valor segurança [...]. A segurança, entendida como a possibilidade de prever as conseqüências jurídicas da própria conduta, pelo conhecimento dos padrões (normas) que o Estado utilizará para avaliá-la, é imprescindível em uma sociedade de estranhos, nas quais não se sabe quais os valores que informam a conduta alheia”. (BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo jurídico (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro e São Leopoldo: Renovar e Unisinos, 2009, pp. 642-647, p 643, p 646).

⁶⁵ “No âmbito do Direito, o positivismo representa a tentativa de compreender o Direito como um fenômeno social objetivo”. (BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo jurídico (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro e São Leopoldo: Renovar e Unisinos, 2009, pp. 642-647, p 643).

⁶⁶ HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX. 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 20.

⁶⁷ “Contudo, a crise moral não dizia respeito apenas aos supostos da civilização moderna, mas também às estruturas históricas das relações humanas que a sociedade moderna herdara de um passado pré-industrial e pré-capitalista e que, agora vemos, haviam possibilitado seu funcionamento. Não era a crise de uma forma de organizar sociedades, mas de todas as formas. Os estranhos apelos em favor de uma sociedade civil não especificada, de uma comunidade, eram as vozes de gerações perdidas e à deriva. Elas se faziam ouvir numa era em que tais palavras, tendo perdido seus sentidos tradicionais, se haviam tornado frases insípidas”. (HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX. 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 21).

⁶⁸ “o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como conseqüência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores – como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado. (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 32)

⁶⁹ “Se o Estado de Direito, iluminista e racional, mostrou-se insuficiente para a proteção da coletividade frente ao totalitarismo mais abjeto, tornou-se necessário abandonar a legalidade em sentido estrito, permissiva de arbitrariedades e ditaduras, e rumar em direção a terrenos um pouco mais seguros, nos quais os princípios da democracia, da liberdade e da solidariedade não possam jamais ser ignorados. Tais princípios que consubstanciavam valores, tomam o lugar das normas jurídicas quando estas se mostram arbitrarias ou injustas, modificando-as para que reflitam o valor sobre o qual se funda, na atualidade, grande parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, isto é, o valor da dignidade da pessoa humana” (BODIN de MORAES, Maria Celina. Constituição e direito civil: tendências. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 33-54, p. 40).

promocional, atrelada aos conceitos de justiça distributiva e de igualdade substancial⁷⁰, uma vez que está pautada na dignidade da pessoa, assim como, de elo de coesão social e de conciliação entre o coletivo e o individual.

A solidariedade global relaciona-se à justiça distributiva e, nesse ponto, afasta-se da retórica da solidariedade orgânica. A justiça distributiva, tal como formulada por Aristóteles, impõe a distribuição dos benefícios e encargos derivados de uma relação intersubjetiva, ou seja, exige mais do que a simples correção de uma situação concreta. O equilíbrio buscado não visa a restituição de um *status quo*, mas sim, a modificação de uma realidade que se pretende mais justa e solidária. E, por essa razão, a função promocional da solidariedade global tem como um de seus objetivos a igualdade substancial.

Como é cediço, o princípio da igualdade possui duas dimensões, formal e substancial. A primeira, forjada sob a égide do Estado liberal visa precipuamente coibir perseguições, assegurando a todos um tratamento igualitário. Já a segunda denota a função promocional do Direito, abrindo espaço para desigualações permitidas, a fim de concretizar os valores constitucionais.

Em certa medida, a igualdade formal guarda apego a uma concepção ontológica presente no mundo do ser. Entretanto, especialmente ao longo do século XX, tornou-se evidente que os homens não são efetivamente iguais, ao contrário, a igualdade ou desigualdade é sempre relativa a determinadas características, dentre as quais, a única comum a todas é a natureza humana⁷¹.

Assim, a constatação da insuficiência da igualdade formal para efetivamente assegurar tratamento equânime ao conjunto das pessoas que naturalmente possuem características distintas, impôs a construção teórica de uma nova forma de igualdade, a substancial, consubstanciada no reconhecimento da necessidade de tratar as pessoas desiguais, na medida da sua desigualdade.

Contudo, ressalta-se que, o tratamento desigual só será consentâneo com a isonomia e com o objetivo de justiça social se superar a análise em concreto de atendimento aos interesses socialmente relevantes protegidos constitucionalmente, ou seja, “não se trata de identificar, em abstrato, critérios ontológicos de racionalidade ou de razoabilidade da

⁷⁰ Cf.: BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp.237-265.

⁷¹ “A pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha existir” (ARENDDT, Hanna. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 16). No mesmo sentido: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, v.I, 1997, p. 598.

desigualdade normativa, mas de especificar, em relação ao caso concreto, justificações que sejam tais segundo a lógica do sistema”.⁷²

Mesmo porque, como já mencionado, a solidariedade global é também o elo de coesão social, desempenhando a função de conciliador entre o coletivo e o individual⁷³, na medida em que não há liberdade sem solidariedade, nem solidariedade sem liberdade⁷⁴. Além disso, se o pluralismo social requer o reconhecimento do direito à diferença, não pode coadunar-se com desigualdades fortuitas e injustificadas.

1.3. Solidariedade global e o Direito Privado brasileiro: Direito Civil- Constitucional

A promulgação da Constituição de 1988 permitiu o ingresso do ordenamento jurídico brasileiro em um movimento de constitucionalização do direito ou de neoconstitucionalismo⁷⁵. Consigna-se que, por constitucionalização do direito⁷⁶ entende-se um novo procedimento hermenêutico, consubstanciado na releitura do regramento infraconstitucional conforme a Constituição⁷⁷, a permitir o efeito expansivo das normas

⁷² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 48.

⁷³ Cf.: FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

⁷⁴ “[...] o que torna tão difícil suportar a sociedade de massas não é o número de pessoas que ela abrange, ou pelo menos não é este fator fundamental; antes, é o fato de que o mundo entre elas perdeu a força de mantê-las juntas, de relacioná-las umas às outras e de separá-las” (ARENDRT, Hanna. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 62)

⁷⁵ Neoconstitucionalismo, segundo Daniel Sarmiento, encerra uma nova compreensão das Constituições “que envolve a expansão de suas tarefas, o reconhecimento da sua força normativa, o fortalecimento do papel da jurisdição constitucional e a penetração dos seus princípios e valores por todos os ramos do ordenamento [...]. Se o constitucionalismo representava basicamente uma doutrina de contenção do poder estatal, o neoconstitucionalismo, que vem se desenvolvendo na Europa a partir do segundo pós-guerra, e no Brasil sob a égide da Constituição de 88, é muito mais ambicioso, no seu afã de fecundar o direito positivo com os ideais humanitários presentes nas constituições contemporâneas.” (*Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 57.)

⁷⁶ Em doutrina, usualmente, são apresentadas duas acepções distintas para a constitucionalização do direito, como esclarece Ricardo Lobo Torres: “De um lado, a Constituição aparece como *tête de chapitres*, dando *status* constitucional aos diversos ramos do direito e abrindo a discussão sobre as sub-constituições (política, econômica, financeira, administrativa, social, etc.). De outra parte, a constitucionalização entende com a irradiação dos direitos fundamentais, no sentido de sua concretização, inclusive no plano das relações entre particulares”. (TORRES, Ricardo Lobo. *A constitucionalização do direito financeiro*. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza, SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, pp. 961-986, p. 961).

⁷⁷ Paulo Bonavides ressalta que o método de interpretação conforme a constituição “decorre em primeiro lugar da natureza rígida das Constituições, da hierarquia das normas constitucionais – de onde promana o reconhecimento da superioridade da norma constitucional – e enfim do caráter de unidade que a ordem jurídica necessariamente ostenta. Em rigor não se trata de um princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição”. (*Curso de direito constitucional*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 518.)

constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico, repercutindo tanto na atuação dos três poderes estatais, como na relação entre os particulares.

A metodologia do direito civil-constitucional⁷⁸, marco teórico da presente dissertação, consagra no âmbito da doutrina nacional a constitucionalização do direito civil, identificando a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social como marcos axiológicos do ordenamento jurídico e propondo, conseqüentemente, uma releitura dos institutos de direito civil à luz da Constituição, com o fim de concretização dos seus valores fundamentais. Ademais, ao impor a aplicação direta dos princípios e valores constitucionais nas relações privadas, independente da existência de norma infraconstitucional, permite a abertura e ao mesmo tempo a unidade interpretativa do sistema jurídico⁷⁹.

O reconhecimento da primazia do texto constitucional sobre as relações privadas implicou na perda de centralidade⁸⁰ a qual o Código Civil estava habituado, deixando, conseqüentemente, de ter o status de “constituição do direito privado”⁸¹, ao mesmo tempo em que superou a enraizada dicotomia público-privado e, sobretudo, impôs uma mudança paradigmática, no sentido do reconhecimento da prevalência das situações existenciais (tutela

⁷⁸ Os novos paradigmas trazidos à baila pela metodologia do direito civil-constitucional foram didaticamente expostos por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 262-281).

⁷⁹ Esta visão já foi reconhecida pelo STF no voto proferido pelo Ministro Celso Mello: “Daí a advertência que se impõe considerar, de que se formou, no âmbito de nosso sistema jurídico, um novo paradigma a ser observado pelos elaboradores e pelos aplicadores da lei, pois, como bem assinalado pela Professora Maria Celina B. Moraes [...] no *Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza, colocaram – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, que de modo tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito. Daí decorre a urgente obra de controle de validade dos conceitos jurídicos tradicionais, especialmente os do direito civil, à luz da consideração metodológica que entende que toda norma do ordenamento deve ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal.*” (STF, RE 407688. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cesar Peluso, Julg. 08/02/2006).

⁸⁰ “Os civilistas deram-se conta de que a centralidade de sua disciplina tinha migrado definitivamente para a Constituição. O ideário liberal-burguês triunfante da Revolução Francesa tinha cindido a ordem pública do *citoyen*, de um lado, e a ordem privada do *bourgeois* – protegendo seus negócios com o Código Civil –, de outro lado. Estado separado da sociedade civil: para aquele, a constituição política; para esta, o Código Civil, como constituição do homem comum, nas relações privadas. Duas constituições simultâneas, portanto, duas esferas jurídicas não comunicantes”. (LÓBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, pp.18-28, p. 19.

⁸¹ Gustavo Tepedino assevera que a distinção entre as esferas pública e privada “deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública. A alteração tem enorme significado hermenêutico, e é preciso que venha a ser absorvida pelos operadores” (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.20.)

do ser) sobre as patrimoniais (tutela do ter). Esta última é operacionalizada, sobretudo, pela funcionalização dos institutos jurídicos à tábua axiológica da Constituição, submetendo as situações jurídicas subjetivas a um controle de merecimento de tutela.

Na perspectiva de um direito civil constitucionalizado, o risco e as conseqüências de sua concretização têm a sua relevância potencializada, não tanto por uma razão de ordem científica e mecânica decorrente do avanço tecnológico, mas sim por razões de ordem moral que propulsionaram a evolução da consciência coletiva, de sorte a não mais permitir os danos anônimos e as vítimas irressarcidas, invertendo a justificativa clássica da fatalidade, pela apreensão moderna da responsabilidade⁸².

Assim, a axiologia constitucional alterou profundamente o direito privado, tornando-o personalista e solidarista. A dignidade foi alçada a categoria de superprincípio⁸³, tendo por fim assegurar muito mais do que a liberdade formal, atrelada aos valores e exigências proprietárias, mas sim, o livre desenvolvimento da personalidade. Nesse contexto, a cláusula geral de dignidade da pessoa humana reformula o direito privado, e, como a concretização da dignidade de cada um depende do respeito de todos os demais, relaciona-se diretamente com a solidariedade, em um ciclo virtuoso de retroalimentação.

Nesta perspectiva, o dano sofrido adquire sobrelevada importância, permitindo a convergência entre os institutos da responsabilidade civil e do seguro. Isto porquê, importa mais para o ordenamento que a vítima de um dano injusto seja integralmente reparada, do que a punição do ofensor. E, além disso, em um ambiente solidário, o dever de indenizar não pode instrumentalizar a transferência da condição de vítima.

Afirmar que a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social reformularam o direito privado, não significa dizer que os demais princípios informadores do ordenamento tenham perdido em importância, mas tão somente que, reconhece-se que foram funcionalizados a esses valores.

⁸² “[...] quando um acidente sobrevém, em que a vítima nada se pode censurar, por haver desempenhado um papel passivo e inerte, sentimos instintivamente que lhe é devida uma reparação; precisamos que ela a obtenha, sem o que nos sentiremos presos de um mal estar moral, de um sentimento de revolta; vai-se a paz da nossa alma. [...]. Quem, dos nossos dias, admitiria que um operário, vítima dum acidente cuja causa é desconhecida, ficasse sem reparação e que a miséria e a fome se instalassem no seu lar? Ninguém, tenho a certeza. Temos sede de justiça, isto é de equilíbrio jurídico, e, quando acontece um desastre procuramos logo o responsável; queremos que haja um responsável; não aceitamos mais, docilmente, os golpes do destino, e, sim, pretendemos determinar a incidência definitiva, ou, se o quiserem, o acidente não os aparece mais como coisa do destino, mas como ato, direto ou indireto, do homem. Se a palavra não fosse um pouco forte, diria com gosto que secularizamos a responsabilidade, que a fizemos um caso de pura justiça humana [...]” (JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 86, n. 454/456, abr.-jun./1941, pp.548-559, p. 550).

⁸³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1118.

Assim, a boa-fé objetiva figura como elemento essencial do contrato de seguro que, a despeito da sua função econômica, tem que realizar uma função social. E, no âmbito da responsabilidade civil, operou-se um o “giro conceitual”⁸⁴, resumido pela mudança de foco do ofensor e sua culpa, para a vítima e o dano injustamente sofrido.

1.3.1. Reconstrução da autonomia privada e sua implicação no seguro e na responsabilidade civil.

A ruptura com o individualismo filosófico só foi possível pelo surgimento do modelo do Estado Social, de orientação personalista e solidarista, dissociada da tônica dos direitos absolutos e, nesta esteira, de uma liberdade em abstrato. Partindo de uma perspectiva relacional, condizente com o homem social, novo sujeito de tutela, passa-se a falar em solidariedade, não só natural, oriunda da necessidade, mas jurídica.

Nesse novo contexto, a autonomia passa a ser também compreendida em uma perspectiva relacional e, mais do que isso, a sua noção é reconstruída em virtude do novo paradigma jurídico consistente na dignidade da pessoa humana, positivado no ordenamento jurídico brasileiro como um dos fundamentos da República, revelando assim a opção do constituinte pela função promocional do direito, já que a sua concepção tradicional associada ao voluntarismo jurídico, segundo uma noção de liberdade individual absoluta e de cunho patrimonialista, não encontra espaço no direito civil constitucionalizado.

Nesta perspectiva, utiliza-se a expressão autonomia privada em contraposição a autonomia da vontade, esta última concebida nas codificações do século XVIII, associada ao voluntarismo jurídico e em oposição aos excessos do liberalismo econômico. Já a autonomia privada, segundo a lição de Pietro Perlingieri⁸⁵, consiste no “poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas [...] como consequência de comportamentos [...] livremente assumidos”.

⁸⁴ GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco (org.). *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 291-302.

⁸⁵ PERLINGIERI, Pitero. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 17.

Gustavo Tepedino⁸⁶ afirma que a autonomia, modernamente, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, sofreu uma tripla transformação, abarcando os seus aspectos objetivo, subjetivo e formal, sendo certo que tais alterações refletem a concepção atual de que a autonomia não é um valor em si, o que implica no juízo de merecimento do ato⁸⁷.

A mudança verificada no aspecto subjetivo diz respeito a tendência já comentada a um personalismo jurídico em contraposição ao individualismo, no sentido de ao ordenamento jurídico passar a interessar a pessoa concretamente considerada e não mais o indivíduo abstratamente idealizado. Com isso, especial atenção passa a ser despendida às características pessoais, notadamente àquelas que inferiorizam e/ou vulnerabilizam⁸⁸ a pessoa, especialmente em uma sociedade plural.

Isto porque, o Direito passa a desempenhar uma função promocional, tendo metas sociais de diminuição das desigualdades e erradicação da pobreza, ao mesmo tempo em que acolhe o princípio da livre iniciativa. Então, a fim de compatibilizar valores, a primeira vista, antagônicos, as soluções jurídicas tornam-se dependentes da observação da situação fática real, e, sendo assim, não mais condizentes com técnicas abstratas⁸⁹, tais como a subsunção. Ademais, se as pessoas não são iguais, a tutela tem que ser diferenciada, já que o tratamento a elas dispensado não poderá ser sempre igual, sob pena de perpetrar graves desigualdades.

No aspecto objetivo, a grande transformação experimentada pela autonomia diz respeito ao seu senhorio. O conceito de autonomia foi desenvolvido, ou pelo menos posto a serviço, do patrimônio. A liberdade, tal como concebida pelos ideais franceses, era exercida em relação ao patrimônio, objeto da máxima proteção, de sorte que o homem era tutelado em

⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira, SARMENTO, Daniel. (coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, pp. 309-320.

⁸⁷ Cf. PERLINGIERI, Pitero. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.17-19.

⁸⁸ Conforme os ensinamentos de Heloísa Helena Barboza, a vulnerabilidade é uma característica ontológica de todos os seres vivos, o que reforça a justificação da plena “tutela geral (abstrata) da pessoa humana, ontologicamente vulnerável, não só nas relações econômicas, como nas de consumo, mas em todas as suas relações, especialmente as de natureza existencial, e a tutela específica (concreta), de todos os que se encontrem em situação de desigualdade, por força de contingências (vulnerabilidade potencializada ou vulnerados), como forma de assegurar a igualdade e a liberdade, expressões por excelência da dignidade humana”. (BARBOZA, Heloísa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 407-423, p.420.

⁸⁹ “A autonomia privada não se identifica com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito: o contrato, como negócio patrimonial, não exaure a área de relevância da liberdade dos particulares (mas é melhor a esse ponto dizer: a liberdade da pessoa). Ao contrário, não somente ela se exprime também em matérias onde diretamente são envolvidas situações subjetivas existenciais, mas, **sobretudo, a abordagem do ordenamento não pode ser abstrata quando a autonomia (o poder de colocar regras) investe profundamente o valor da pessoa**” (PERLINGIERI, Pitero. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 275-276.) grifou-se.

função do seu acervo de bens (tutela do ter). A incidência do princípio da dignidade da pessoa humana, contudo, inverte essa lógica, impondo a prevalência dos interesses existenciais aos patrimoniais ou, em outros termos, estabelecendo a despatrimonialização.

A terceira grande transformação sofrida pela autonomia, segundo Gustavo Tepedino⁹⁰, diz respeito ao aspecto formal, no sentido de privilegiar o aspecto funcional dos institutos jurídicos, em detrimento da sua estrutura, exatamente porque, o aspecto funcional sendo sobrelevado permite a sua adequação ao atendimento dos interesses sociais relevantes.

Essa alteração no aspecto formal é de extrema importância porque todas as situações jurídicas subjetivas são compostas por dois aspectos, um estrutural, representativo da estrutura de poder conferida ao titular da situação jurídica subjetiva, e um funcional, que vem a ser a expressão da finalidade prático-social daquela mesma situação jurídica subjetiva e condicionante do aspecto estrutural⁹¹.

Porém, enquanto o privilégio ao aspecto estrutural dos institutos condiz com um ordenamento de matiz individualista, onde os institutos exerciam tão somente a função específica para o qual foram concebidos, em um ordenamento promocional, privilegia-se o aspecto funcional, exatamente porque, além da função específica, individuada por um processo unitário de interpretação e qualificação, os institutos desempenham também uma função social, consubstanciada na concretização dos valores inspiradores do ordenamento. Ademais, só a partir dessa inversão de ordem formal é que foi possível submeter os atos de autonomia a um juízo de merecimento de tutela⁹².

Estas transformações experimentadas pela autonomia como decorrência direta da axiologia constitucional, conjuntamente, permitiram a aproximação do seguro e da responsabilidade civil, com a finalidade de assegurar a reparação integral da vítima de um dano injusto, a partir da superação do juízo de licitude-ilicitude pelo critério da injustiça do dano, no âmbito da responsabilidade civil, e pelo critério do merecimento de tutela, na seara contratual.

⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira, SARMENTO, Daniel. (coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, pp. 309-320.

⁹¹ “Preliminarmente, pode-se dizer que estrutura e função respondem a duas indagações que se põem em torno ao fato. O “como é?” evidencia a estrutura, “o para que serve?” evidencia a função.” (PERLINGIERI, Pitero. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 94).

⁹² “A função, portanto, é a síntese causal do fato, a sua profunda e complexa razão justificadora: ela refere-se não somente à vontade dos sujeitos que o realizam, mas ao fato em si, enquanto social e juridicamente relevante” (PERLINGIERI, Pitero. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 96).

1.3.2. Superação do critério da licitude-ilicitude pelo merecimento de tutela

A mudança de orientação jus-filosófica do indivíduo para a pessoa concretamente considerada e da liberdade individual para a solidariedade social implicou em mudanças sensíveis no princípio da autonomia, forjando novos contornos para as relações intersubjetivas. Neste contexto, a reconstrução da autonomia, orientada pelos valores constitucionais, tem como premissa a ruptura com a tese da autonomia como dogma e valor⁹³, o que permitiu a superação do critério da legalidade pelo da legitimidade e, conseqüentemente, do juízo de licitude-ilicitude pelo juízo de merecimento de tutela do ato.

Fala-se em ruptura do modelo calcado tão somente na legalidade, no sentido de que atualmente, verifica-se a supremacia da legitimidade, ou seja, da observância dos valores e princípios sociais. Neste sentido, os atos de autonomia, para serem merecedores de tutela, têm que, não apenas observar as regras jurídicas, indo além, devem atender ao programa de valores constitucionais⁹⁴.

Na seara contratual como um todo e no contrato de seguro especificamente, a superação do individualismo em favor da solidariedade implicou em uma nova concepção social do contrato, onde as características das partes contratantes, assim como do objeto do contrato, antes inteiramente desconsideradas ganham relevância jurídica. Neste novo cenário, no qual a função dos institutos foi privilegiada em detrimento de sua estrutura em um movimento de funcionalização, a superação do juízo de licitude-ilicitude do ato pelo critério do merecimento de tutela⁹⁵, foi operacionalizada, sobretudo, pela imposição de uma função social aos contratos⁹⁶.

⁹³ Cf. PERLINGIERI, Pitero. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

⁹⁴ Este entendimento já foi declarado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em um julgado acerca de contrato de seguro: ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE SEGURO. RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO BASEADO EM CIRCULARES DA SUSEP. ABUSIVIDADE. SENTENÇA MANTIDA. O cancelamento imotivado de contrato de seguro, com base em cláusula contratual de não-renovação, bem como por conta de novas normas da SUSEP, coloca o consumidor em enorme desvantagem, porquanto, após manter relação contratual continuada, passa a ser obrigado a aderir à nova contratação, com diminuição das coberturas e aumento do prêmio. Normas com hierarquia inferior não podem se sobrepor às normas civilistas da função social do contrato e do princípio da boa-fé. Abusividade no cancelamento unilateral do contrato. Sentença mantida. Apelo desprovido (TJRS, 5CC. AC. 70026044628/2008. Rel. Des. Romeu Marques Ribeiro Filho. Julg.: 05/11/2008).

⁹⁵ “Em um ordenamento no qual o Estado não assiste passivo à realização dos atos dos particulares, mas exprime juízos sobre eles, o ato meramente lícito não é por si só valorável em termos positivos. Para receber um juízo positivo, o ato deve ser também merecedor de tutela. [...] não basta, portanto, em negativo, a não invasão de um limite de tutela, mas é necessário, em positivo, que o fato possa ser representado como realização prática da ordem jurídica dos valores, como coerente desenvolvimento de premissas sistemáticas colocadas no Texto Constitucional. O juízo de valor do ato deve ser expresso à

O tema função social, nominalmente, não representa uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, visto que a Constituição de 1934⁹⁷ já o contemplava. Contudo, à época relacionava-se à função social da propriedade, traduzindo-se em postulado metajurídico, atrelado à função econômico-social das trocas. Assim, a inovação introduzida pelo Código Civil de 2002 diz respeito a uma alteração qualitativa do instituto, ao qual foi conferido status de preceito de ordem pública⁹⁸ e, principalmente, refere-se à potencialização do seu alcance, já que, como determinou o legislador, a liberdade de contratar passa a ser condicionada pelos limites impostos pela função social.

A doutrina diverge em relação ao conteúdo e alcance da função social do contrato, emergindo três posicionamentos principais a esse respeito. Uma primeira corrente sustenta que a função social do contrato não possui eficácia jurídica autônoma, ou seja, não pode ser diretamente aplicado às relações⁹⁹. Já para uma segunda corrente, a função social, enquanto expressão do valor social das relações teria dupla eficácia: externa, de proteção aos interesses

luz dos princípios fundamentais do ordenamento e dos valores que o caracterizam. Por conseguinte, nem todo ato lícito é merecedor de tutela. A simples licitude exime, de regra, somente a responsabilidade” (PERLINGIERI, Pitero. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 92-93).

⁹⁶ A partir do reconhecimento de que a vontade deixa de estar voltada para os fins individuais, com o advento do Estado Social de Direito, é que se pode falar em função social do contrato. Sobre esta questão, Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma que: “Imbuído deste espírito, o Código Civil de 2002, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90) e da própria Carta Magna de 1988, tem como paradigma a funcionalização do contrato como meio de balancear os interesses individuais e sociais” (Direito Contratual contemporâneo: a função social do contrato. In TEPELINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor RICARDO PEREIRA LIRA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 369-394, p. 378.

⁹⁷ Artigo 17. É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar.

⁹⁸ Art. 2035, parágrafo único, CC/2002. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. A Corte Especial do STJ já declarou o caráter de ordem pública da função social do contrato, como depreende-se do trecho seguinte: “[...]. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. [...]. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167) [...]. (STJ, Corte Especial, REsp. 1.112.524. Presidente Min. Ari Pargendler. Rel. Min. Luis Fux. Julg. 01/09/2010).

⁹⁹ Humberto Theodoro Júnior, expoente de tal entendimento, constrói a sua tese a partir da visão de que a função social (assim como a boa-fé) é um elemento estranho ao contrato, introduzido ao instituto em razão dos anseios sociais, não fazendo, pois, parte integrante de sua natureza, mas sim, um adicional a sua função primeira, que é a econômica. Além disso, defende que a ausência de disciplina específica por iniciativa do legislador impôs que a eficácia do instituto dependa de outros princípios, o que significa uma aplicação subsidiária. Neste sentido, afirma: “O grande espaço da função social, de certa maneira, deve ser encontrado no próprio bojo do Código Civil, ou seja, por meio dos institutos legalmente institucionalizados para permitir a invalidação ou a revisão do contrato e assim amenizar a sua dureza oriunda dos moldes plasmados pelo liberalismo. [...]. O campo propício para o desempenho da função social, assim como à realização da equidade contratual é o da aplicação prática das cláusulas gerais com que o legislador definiu os vícios do negócio jurídico, os casos de nulidade ou de revisão. Seria pela prudente submissão do caso concreto às noções legais com que o Código tipificou as hipóteses de intervenção judicial no contrato que se daria a sua grande adequação às exigências sociais acobertadas pela lei civil.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004., p. 95; 107-108).

extracontratuais, e, interna, de atendimento aos interesses privados dos contratantes¹⁰⁰. Por fim, há um terceiro entendimento, no sentido de que a função social consiste tão somente em elemento interno do contrato, instrumentalizando o controle de merecimento de tutela do ato¹⁰¹.

Em que pese a divergência acima sintetizada, existe um núcleo comum entre os principais posicionamentos, no sentido de que a função social é uma espécie de critério de controle de legitimidade da liberdade contratual¹⁰². Isto porque, como bem elucida Pietro Perlingieri, “em um sistema inspirado pela solidariedade política, econômica e social e pelo pleno desenvolvimento das pessoas, o conteúdo da função social assume um papel promocional”.¹⁰³

Exatamente neste sentido é que a função social do contrato relaciona-se diretamente com o fenômeno de funcionalização das estruturas jurídicas, segundo o qual, o interesse do titular tem que ser merecedor de tutela, o que ocorre em termos genéricos, quando atende também aos interesses da coletividade.

A funcionalização dos institutos de direito civil, como já referido, é decorrência lógica do processo de constitucionalização do direito e implica em que a legitimidade e validade dos institutos dependam da causa¹⁰⁴ que os originou, assim como dos efeitos que gera. Já a

¹⁰⁰ Neste sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, afirma que “O princípio da função social do contrato determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais [...]. Dessa forma, a função social não é simples limite externo ou negativo à autonomia privada, mas limite positivo, além de determinação do conteúdo da liberdade de contratos” (Direito Contratual contemporâneo: a função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor RICARDO PEREIRA LIRA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 369-394, p. 383-386.

¹⁰¹ Gustavo Tepedino capitaneia essa corrente, afirmando que “É a função social que permite que o controle social não se limite ao exame das estruturas ou tipos abstratamente considerados [...] dando lugar ao exame de merecimento de tutela do tipo em concreto [...]. Por isso, a função consiste em elemento interno e razão justificativa da autonomia privada”. (Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor RICARDO PEREIRA LIRA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 395-406, p. 402).

¹⁰² Neste sentido, Gustavo Tepedino assevera que “A função social, assim, definirá a estrutura dos poderes dos contratantes no caso concreto, e será relevante para aferir a legitimidade de certas cláusulas contratuais que, embora lícitas, atinjam diretamente interesses externos à estrutura contratual – cláusulas de sigilo, de exclusividade e de não concorrência, dentre outras.” (Pessoa humana, direito civil e função social. Separata de Liber Amicorum: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 371-372). Já Humberto Theodor Júnior pondera: “As cláusulas ajustadas em determinado contrato correspondem, ou não, ao modo de se comportar das pessoas de bem, segundo o juízo crítico da sociedade? Eis a indagação que se passou a permitir fosse feita pelo jurista diante do caso concreto de qualquer contrato” (*O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004., p. 99).

¹⁰³ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 940.

¹⁰⁴ A causa não foi expressamente elencada pelo ordenamento civilista pátrio como requisito do negócio jurídico. Entretanto, encontra-se implicitamente na vedação do objeto ilícito, assim como no sobrelevo recebido pela boa-fé dos contraentes, que é objetiva, assim como na função social do contrato. Sobre a causa dos contratos, Cf.: BODIN DE MORAES, Maria Celina. BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa dos contratos. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v.21. Rio de Janeiro: Padma, jan/março/2005, pp. 95-119.; e, KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

funcionalização do contrato visa precipuamente identificar os efeitos e objetivos dos contratos, ou seja, “a funcionalização significa no exame de um fato jurídico privilegiar o perfil funcional – os efeitos buscados, o fim almejado – em detrimento do perfil meramente estrutural”.¹⁰⁵

Nessa perspectiva, há uma relativização da relatividade contratual como resposta ao reconhecimento de que o contrato não é uma abstração jurídica afeta apenas às partes contraentes, mas sim um instrumento que gera externalidades para a sociedade na qual se desenvolve, devendo, pois, ser um meio de efetivação dos fundamentos e valores constitucionais.¹⁰⁶

No âmbito do contrato de seguro¹⁰⁷, verifica-se a incidência do princípio da função social, tanto por ação direta do legislador, quanto por intermédio da interpretação jurisprudencial. Assim, a título de ilustração, o artigo 757 inaugura o capítulo do seguro do Código Civil de 2002, trazendo o interesse legítimo como fundamento de todo e qualquer contrato de seguro, o que significa que poderá ser segurável todo e qualquer interesse funcionalizado, ou seja, em consonância com os valores ético-sociais. E, corroborando essa tese, o artigo 762 determina a nulidade do contrato que visar garantir o risco proveniente de ato doloso do segurado, à medida que “o problema se situa na ilicitude do objeto e no desvio do contrato dos seus fins econômicos e sociais, os quais induzem a nulidade do ato”.¹⁰⁸

Os Tribunais, por seu turno, vêm aplicando o princípio da função social ao contrato de seguro, por exemplo, em relação à mora do segurado e no que diz respeito à renovação do contrato. O artigo 763 do Código Civil de 2002 dispõe que “não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação”. A interpretação literal do dispositivo leva a crer que havendo mora, não haverá

¹⁰⁵ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 32.

¹⁰⁶ “A complexidade dos negócios contemporâneos alia-se a uma nova valoração do fenômeno contratual, demandando a superação do modelo que observava o contrato como um acontecimento isolado de interferências externas, e igualmente incapaz de surtir efeitos para além das partes contratantes. A declarada função social do contrato impõe reconhecê-lo como um evento inserido em um contexto social e capaz de sofrer interferências dos demais negócios que o cercam, assim como apto a neles causar perturbações”. (KONDER, Carlos Nelson, *Contratos Conexos: Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 8).

¹⁰⁷ Para uma análise mais detalhada acerca da função social do contrato de seguro, ver: RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Função social nos contratos de seguro: a nova ordem contratual e sua implicação para os contratos de seguro à luz do CDC e do Código Civil. In. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 41, ano 11. Rio de Janeiro: Padma, jan-mar./2010, pp.45-70.

¹⁰⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais títulos de crédito, responsabilidade civil e privilégios creditórios (arts.421 a 965)*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 569.

indenização. Entretanto, a partir de uma interpretação funcionalizada do dispositivo e consoante com os artigos 187 e 244 do Código Civil e 51, IV do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 763 vem sendo aplicado no sentido de que o inadimplemento suspende a exigência da indenização, não autorizando, contudo, o cancelamento automático do seguro¹⁰⁹.

Por fim, questão bastante recorrente nos Tribunais diz respeito à negativa das seguradoras em renovar os contratos após longo período de relação negocial. Lides dessa natureza vêm sendo decididas no sentido do afastamento da cláusula permissiva de não renovação ou de resolução, por considerá-la abusiva face ao Código de Defesa do Consumidor e à função social do contrato. Ocorre que, em regra, a seguradora expressa a sua intenção de não renovar o contrato quando o segurado passa a apresentar maiores probabilidades de sofrer o sinistro¹¹⁰. Semelhante solução tem sido adotada em relação a alterações unilaterais por parte da seguradora, como condição para a renovação da avença, especialmente em relação ao valor do prêmio e a cobertura dos riscos.¹¹¹

Em suma, o princípio da função social do contrato é invocado para limitar a autonomia privada, no caso da seguradora, atuando tal funcionalização como instrumento de concretização do princípio da solidariedade social e tutela efetiva da dignidade da pessoa humana.

1.3.3. Superação do critério da licitude-ilicitude pela injustiça do dano

A obrigação de indenizar tradicionalmente esteve vinculada ao ato ilícito, concebido como conduta culposa e antijurídica que gera um dano a outrem. Assim, o critério da ilicitude concretizava satisfatoriamente os objetivos pretendidos pelo instituto da responsabilidade

¹⁰⁹ Este foi o entendimento da Segunda Seção do STJ: EMENTA: “CIVIL E PROCESSUAL SEGURO AUTOMÓVEL. ATRASO NO PAGAMENTO DE PRESTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA CONSTITUIÇÃO EM MORA. IMPOSSIBILIDADE DE AUTOMÁTICO CANCELAMENTO DA AVENÇA PELA SEGURADORA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO. COBERTURA DEVIDA. I. O mero atraso no pagamento de prestação do prêmio do seguro não importa em desfazimento automático do contrato, para o que se exige, ao menos, a prévia constituição em mora do contratante pela seguradora, mediante interpelação. II. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 2ª Seção. REsp. 316.449-SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. Julg.: 09/10/2002).

¹¹⁰ Neste sentido: TJRJ, 1CC. EI 2008.005.00309. Rel. Des. Camilo Ribeiro Ruliere, julg.: 18/11/2008; TJRJ, 3CC. AC. 2007.001.56684. Rel. Des. Ricardo Couto, julg.: 12/08/2008; TJRJ, 6CC. AC. 2007.001.45924. Rel. Des. Francisco de Assis Pessanha, julg.: 25/06/2008; TJRS, 3ª T, JEC. RI. 71001736701, j. 09/09/2008.

¹¹¹ TJRS, 5CC. Agr.Inst. 70023477995. Rel. Des. Leo Lima, 13/08/2008.

civil, conformado nas primeiras codificações, de sancionar o ato lesivo e moralizar¹¹² o agente causador do dano. A sanção era justificada pela voluntariedade da conduta que ensejava o dano e o caráter moralizante respaldava-se no fato de que, com aquela conduta, o indivíduo tinha ultrapassado a fronteira da sua esfera de liberdade, cujo óbice era a liberdade alheia e, sendo assim, a obrigação de reparar os danos causados que poderiam ter sido evitados, seria justa¹¹³.

Contudo, a Revolução Industrial iniciada em meados do século XVIII na Inglaterra e espreada no cenário internacional no século XIX impôs uma ruptura paradigmática no fundamento do instituto. O conjunto de mudanças tecnológicas, muito mais do que terem propiciado a alteração na forma de produção, impuseram reais transformações socioeconômicas, modificando sobremaneira as relações inter-privadas, assim como, aumentando exponencialmente o quantitativo de acidentes e, com isso, paradoxalmente, ora despertou, ora incrementou a coesão entre os grupos mais diretamente suscetíveis aos novos riscos¹¹⁴.

O grande feito, em termos de orientação jus-filosófica, da Revolução Industrial foi trazer a tona e em larga escala, o sentimento de solidariedade. Nesse sentido, Louis Josserand¹¹⁵ afirma que a causa essencial para a evolução da responsabilidade civil foi a multiplicidade dos acidentes e o caráter cada vez mais perigoso da vida, especialmente

¹¹² Georges Ripert, afirma que a regra moral incide e condiciona o direito das obrigações como um todo, sendo refletido nos institutos do abuso do direito e da responsabilidade civil, assim como nos princípios da função social e da boa-fé. No âmbito da responsabilidade civil, a regra moral teria a função de fundamento, encarnado no princípio do “dever de não fazer mal injustamente aos outros”, de tal sorte que a reparação consubstancia-se, segundo o autor, em um dever moral. (*A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Saraiva, 1937, p.14.).

¹¹³ François Ewald, comentando a filosofia justificadora da noção de culpa insculpida no artigo 1382 do Código Civil francês, afirma que a razão para positivar a culpa deriva da filosofia liberal do direito que, por seu turno, reflete a tese do individualismo. Assim, nessa perspectiva, afirma que a razão para positivar a culpa: “[...] está ligada à filosofia liberal do direito, imposta por esse grande princípio de regulação social – que é o princípio de responsabilidade –, que consiste em que ninguém pode transferir para outrem a responsabilidade daquilo que lhe acontece, excepto no caso em que o dano sofrido advenha da culpa de outrem. A generalidade do artigo 1382 do Código Civil impôs-se como instrumento jurídico destinado a assegurar o respeito pelo princípio, já ele político, de responsabilidade.” (*Foucault, a norma e o direito*. 2.ed. Lisboa: Veja, 2000, p. 170).

¹¹⁴ Em verdade, as transformações socioeconômicas decorrentes da Revolução Industrial potencializaram um sentimento de cooperação, inicialmente entre aqueles que eram suscetíveis a riscos comuns e, em seguida, por parte da sociedade como um todo, sob a inspiração de novos valores de cunho personalista e umbilicalmente atrelados à solidariedade.

¹¹⁵ “A causa essencial, a mais tangível e que mais toca ao espírito, é ao mesmo tempo de ordem social e mecânica, científica e material; deve ser procurada na multiplicidade dos acidentes, no caráter cada vez mais perigoso da vida contemporânea. (...) Numa época em que reinava só a pequena indústria, quando o operário manejava individualmente utensílios inofensivos, quando as viagens, mesmo consideráveis, eram feitas a pé ou em veículos a tração animal, os fatos suscetíveis de importar em responsabilidade delitual, puramente civil, eram pouco frequentes, e o homem se sentia em segurança, na rua como na oficina ou na loja.” (JOSSEMAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 86, n. 454/456, abr.-jun./1941, pp.548-559, p. 549).

porque, na fase pré-industrial poucos eram os fatos que potencialmente podiam ensejar a responsabilidade

De fato, a evolução social não tardou demonstrar que a exigência cabal da prova da culpa, muitas vezes, acabava por gerar graves iniquidades, à medida que o ideário da igualdade formal era insuficiente para dar conta da realidade social que, inequivocamente, ressaltava a condição de desigualdade fática: “a repetição do mesmo gênero de prejuízos, causados pela mesma categoria de pessoas à mesma categoria de vítimas”,¹¹⁶ atestava essa desigualdade.

A solução encontrada pelos ordenamentos foi no sentido de relativizar o pressuposto culpa até se chegar ao estágio atual de objetivação da responsabilidade que, segundo Alvino Lima, foi implementado através de quatro processos técnicos de expansão do conceito de culpa¹¹⁷ (facilitação da admissibilidade da existência de uma culpa; reconhecimento de presunções de culpa; transformação da responsabilidade aquiliana em contratual; e, na extensão do próprio conceito de culpa), a permitir a sua substituição gradativa pelo risco¹¹⁸.

Atenuando o princípio geral segundo o qual a culpa tinha que ser cabalmente provada por aquele que alegava ter sofrido o dano, inclinou-se à aceitação mais facilitada da existência da culpa, a partir da releitura do brocardo romano *in lege aquilia et culpa levissima venit* que, adaptado à esfera cível, foi traduzido no conceito de culpa mínima ou culpa leve¹¹⁹, o que não deixou de suscitar críticas, à medida que existem interpretações no sentido de que tal máxima dizia respeito a responsabilidade penal, tratando, pois de individualizar a pena que tinha a função de punir e de prevenir¹²⁰.

¹¹⁶ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Saraiva, 1937, p.213.

¹¹⁷ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2ed. rev.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 70.

¹¹⁸ Sistematização bastante semelhante foi proposta por Louis Josserand (Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 86, n°. 454/456, abr.-jun./1941, pp. 548-559, p. 551), nos seguintes termos: “Os processos técnicos a que recorreu para esse fim, visando a realizar a praticabilidade da responsabilidade e assegurar uma reparação à vítima, alinham-se nas seguintes categorias: 1°. Admitiu muito facilmente a existência da culpa; 2°. Estabeleceu ou reconheceu presunções de culpa; 3°. O legislador francês, também, substituiu por vezes a noção de culpa pelo conceito de risco: daí, a responsabilidade, de subjetiva que era, tradicionalmente, tornar-se objetiva; 4°. Enfim, a jurisprudência estendeu outra medida à responsabilidade contratual, eliminando assim a responsabilidade delitual e colocando a vítima numa situação mais favorável quanto à prova.”

¹¹⁹ Louis Josserand afirma que esse processo foi encarnado pelas teorias do abuso do direito e da culpa negativa (atos omissivos). (Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 86, n. 454/456, abr.-jun./1941, pp.548-559, p. 552).

¹²⁰ Nesse sentido, Georges Ripert adverte que deveria haver um equilíbrio entre a culpabilidade e a reparação o que, no entanto, não existe porque a reparação é integral, independentemente do grau de culpa. Aduz o referido autor que a gravidade da culpa não influi na extensão da obrigação de indenizar porque a culpa, independentemente do seu grau, obriga moralmente à reparação integral: “a reparação não é uma pena, é a satisfação que exige a vítima para que a culpa desapareça”. (*A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 247).

A conceituação de culpa atrelada a um significante moral tornava demasiadamente árdua a tarefa da sua prova, qualificada por diabólica, como requisito inafastável para a obtenção da reparação. Ou seja, a partir do reconhecimento de que o ônus da prova da culpa, ainda que leve, era, por vezes, muito gravoso, e que acabava por representar, em muitos casos, real impeditivo para a reparação do dano suportado, a jurisprudência e o próprio legislador introduziram o expediente da presunção, consistente na inversão desse ônus que passou a pesar sobre os ombros do demandado e não mais sobre a vítima¹²¹.

Entretanto, se inicialmente o expediente das presunções permitiu uma melhora na situação da vítima sem derogar o fundamento da culpa, este, em muitos casos, evoluiu para a presunção absoluta¹²², como na hipótese da responsabilidade pelos atos do preposto que, no ordenamento jurídico brasileiro, configurou, num primeiro momento, presunção absoluta, nos termos da súmula 341 do Supremo Tribunal Federal: “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

Nas hipóteses de presunções absolutas, nas quais a culpa é irrefutável, bastando a demonstração do fato causalmente ligado ao dano, se está diante da responsabilidade objetiva e “dizer o contrário é procurar mascarar com um nome, apenas, aquilo que a realidade desmente”¹²³, ou seja, a partir do momento em que as presunções de culpa, seja por interpretação judicial, seja por expressa opção do legislador, tornaram-se absolutas, o sistema de responsabilidade civil já, evidentemente, assumia uma tendência a apreciação objetiva¹²⁴.

Ademais, a própria concepção de culpa atrelada a uma reprovação moral, a culpa psicológica, foi substituída por uma concepção normativa, baseada na idéia de erro de conduta, propugnando que a responsabilidade civil subjetiva decorresse do desvio de modelos de comportamento *standards*, determinados pela boa-fé e pela diligência médias. Tal proposta

¹²¹ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 86, n. 454/456, pp.548-559, abr.-jun./1941, p. 555.

¹²² “Ideologicamente, a presunção de culpa representava uma solução intermediária, que impedia as injustiças perpetradas pela severa exigência da prova da culpa, ao mesmo tempo em que negava acolhida à teoria do risco como novo fundamento de responsabilidade. Na prática, todavia, as presunções de culpa foram passando, por meio da atuação jurisprudencial, de presunções relativas para presunções absolutas, de tal modo que o juiz, ao final, já presumia de forma tão definitiva a culpa do ofensor que isso equivalia a dispensá-la para fins de responsabilização” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 30).

¹²³ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. rev.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.75.

¹²⁴ Como bem observa Alvino Lima, “Dentro do critério responsabilidade fundada na culpa não era possível resolver um sem-número de casos, que a civilização moderna criara ou agravara; imprescindível se tornara, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, **para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano. O fim por atingir é exterior, objetivo, de simples reparação, e não interior e subjetivo, como na imposição da pena.**” (grifou-se) (*Culpa e Risco*. 2. ed. rev.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.115).

recente, datada do início do século XX, por fundar-se em parâmetros objetivos, permitia “a elaboração de um juízo de proporcionalidade entre a conduta e o dano”,¹²⁵ ao mesmo tempo em que facilitou a apreciação da prova da culpa¹²⁶.

O terceiro expediente técnico empregado em favor da expansão do conceito de culpa consistiu na transformação da responsabilidade aquiliana em contratual¹²⁷. Wilson Melo da Silva¹²⁸ noticia que esse procedimento foi levado a cabo na França, pela presunção da existência de uma cláusula implícita de segurança em certos tipos contratuais, notadamente, nos pactos laborais e nos de transportes, com o fim de tornar mais leve o encargo da vítima em fazer prova da culpa, à medida que o próprio fato – inadimplemento, má execução – por si só, demonstrava a culpa.

Ora, tal proposta só ganha eco em um ambiente jurídico inspirado por valores solidaristas e personalizantes. Pressupor a existência de uma cláusula implícita significa romper com a lógica do voluntarismo jurídico, substituindo-a por outra funcionalizada por valores ético-sociais, que permitem reconhecer, para além das obrigações expressamente assumidas, um dever implícito de cunho sócio-protetivo e, porque não dizer, de um dever anexo.

Ainda que o artifício da transformação da responsabilidade aquiliana em contratual não traduza uma dissociação com o critério da ilicitude, mas tão somente um distanciamento, sem dúvida, representa um caminhar em direção ao dano injusto, cujo percurso veio a ser dividido com a teoria do abuso do direito.

¹²⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.212.

¹²⁶ Na medida em que essa, ao invés de ser perquirida no campo anímico, nas intenções do causador do dano, será apreciada à luz de um padrão médio de diligência aplicado às peculiaridades da pessoa concretamente considerada, levando-se em conta toda uma gama de circunstâncias pessoais do causador do dano.

¹²⁷ Comentando essa transição, Louis Josserand questiona se não chegaria um dia em que “os tribunais declararão o médico ou cirurgião contratualmente responsável pelos danos causados aos seus clientes por um tratamento contra-indicado, por uma intervenção intempestiva ou infeliz”. (Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 86, n. 454/456, abr.-jun./1941, pp.548-559, p. 558). Esse dia não só chegou como já virou passado. Hoje, em que pese ainda se afirmar que a responsabilidade do médico é subjetiva, verifica-se que, nas obrigações de resultado, como na hipótese de intervenções estéticas, na verdade, trata-se de uma responsabilidade objetiva atenuada. É que, nesses casos, há uma presunção de culpa só elidida pela demonstração de que o dano derivou de causa alheia e, é obrigado a reparar, ainda que ausente o nexo de causalidade rigidamente comprovado. Neste sentido: Ementa: Recurso Especial. Responsabilidade Civil. Erro médico. Art. 14 do CDC. Cirurgia plástica. Obrigação de resultado. Caso fortuito. Excludente de responsabilidade. 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado [...]. 2. Nas obrigações de resultado, a **responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia.** [...]. (STJ, 3T, REsp. 1180815. Rel. Min. Nancy Andrigui, julg. 19/08/2010). Grifou-se.

¹²⁸ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p.48 e 86.

A tese do abuso do direito contribuiu largamente para a expansão do conceito de culpa, ou como sugere Louis Josserand¹²⁹, para a facilitação de sua admissibilidade, à medida que afastou a obrigação de reparar da prática de um ilícito em sentido estrito. Sendo o ato ilícito o elemento objetivo do conceito de culpa¹³⁰, sem a sua presença não há culpa e não há dever de reparar, ainda que em face de um dano. Então, quando esse elemento objetivo passa a ser representativo, tanto de uma violação objetiva do direito, quanto de uma violação genérica, atentatória aos valores e não as regras, amplia-se o próprio conceito de culpa.

Diversas foram as teses que se ocuparam de conceituar o abuso do direito, defendendo o seu caráter autônomo ou subsidiário, assim como criticando o instituto. Para os fins da presente dissertação, no entanto, importa destacar que a figura do abuso do direito denota a transição de uma concepção individualista e de plena soberania do direito subjetivo para uma concepção relativista e funcionalizada¹³¹.

Em uma perspectiva constitucionalizada, quando já é aceito com certa tranquilidade, que a norma comporta tanto regras como princípios, e iluminada pelo princípio de proteção máxima a pessoa em suas múltiplas dimensões, defende-se uma tipologia aberta dos atos ilícitos, incorporando o ato atentatório aos valores orientadores do ordenamento, em contraposição a concepção hermética – dominante entre os oitocentistas e, entre nós, absorvida pelo Código Civil de 1916 –, segundo a qual, o ato ilícito resultava apenas de previsão legal ou inexecução contratual.

Assim, rompendo-se a lógica meramente repressiva posterior à lesão e tratando o ilícito pela sua dimensão prospectiva, admite-se que pode haver violação de direito de outrem sem licitude e sem dano indenizável, como nas hipóteses de legítima defesa e de exercício regular de um direito, assim como pode haver dano indenizável, sem a presença do ilícito, como se observa nos casos de exercício abusivo do direito e nos de responsabilidade objetiva. Então, crucial tornou-se a valoração dos fatos jurídicos e a ponderação entre os interesses contrapostos, a fim de determinar qual ato será merecedor de tutela¹³².

¹²⁹ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 86, n. 454/456, abr.-jun./1941, pp.548-559, p.552.

¹³⁰ Alvino Lima define a culpa como “um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato”. O erro de conduta, elemento objetivo do conceito, significa a violação ao direito de outrem, a prática de um ato contrário ao direito, o ilícito. (LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2.ed. rev.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 69).

¹³¹ “O não-exercício e o exercício segundo modalidades diversas daquelas que derivam da função da situação subjetiva devem ser considerados abusos” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 122).

¹³² Segundo a lição de Pietro Perlingieri, “Muito importante é a valoração do fato jurídico. [...]: o fato pode ser conforme ou não ao direito; quando é não conforme, pode ser também ilícito [...]. Em linha de máxima é lícito o que não é ilícito para o

O trajeto da ilicitude da conduta para a injustiça do dano é levado a cabo pela objetivação da responsabilidade, pelo total desinteresse acerca do caráter reprovável ou tolerável, legítimo ou ilegítimo da conduta do ofensor, em prol da sobrelevada relevância do resultado dessa conduta na esfera da vítima, importando, sobretudo, a observação da qualidade do dano, quando presente.

Isto porque, paralelamente à fixação de presunções legais de culpa, observou-se o desenvolvimento da objetivação da responsabilidade, através da adoção da teoria do risco que, de certa maneira, foi sendo introduzida paulatinamente nos ordenamentos modernos através da própria evolução no caráter das presunções legais de culpa.

A objetivação da responsabilidade em si não é uma novidade tão recente, embora, sem dúvida, em sua manifestação mais contemporânea, tenha alterado substancialmente o sistema de responsabilidade civil. As primeiras medidas nesse sentido na legislação estrangeira foram observadas a partir de meados do século XIX na Europa¹³³ e, no Brasil, a primeira lei com esse teor foi o Decreto n. 2.681, de 1912, que versava sobre a responsabilidade do transportador ferroviário, seguida pela Lei de Acidentes de Trabalho, Decreto Legislativo n. 3.724, de 15 de janeiro de 1919, este último baseado na teoria do risco profissional.

No caso brasileiro, em que pese o legislador de 2002, não ter inovado criando uma modalidade sem precedente, alterou sobremaneira o sistema em voga, de forma que hoje pode-se afirmar que a responsabilidade objetiva é a regra, restando a responsabilidade fundada na culpa um papel subsidiário, assertiva essa baseada na inegável constatação de que, em que pese persistir um sistema dual, a cláusula geral inculpada no parágrafo único do

ordenamento. O fato (aqui: contrato) é ilícito quando é contrário a normas imperativas, à ordem e ao bom costume [...]. Em tema de responsabilidade extracontratual, isto é, de responsabilidade fora de uma relação específica, o art. 2.043 Cód. Civ. define como ilícito 'qualquer fato (aqui: ato) doloso' – portanto, intencional – 'ou culposo, que provoque a outros um dano injusto'. Mesmo prescindindo do perfil da responsabilidade, isto é, da obrigação de ressarcir o dano que é a carga de quem responde pelas consequências do fato, não se pode dizer que toda forma de responsabilidade tem sua causa em um fato doloso ou culposo [...]. Essencialmente ilícito é o fato doloso ou culposo que causa um dano injusto. Nem todos os fatos não conformes ao ordenamento são ilícitos, porque nem todo o ordenamento é composto de normas imperativas, de princípios de ordem pública e de bom costume. Existem normas dispositivas, isto é, derogáveis pelos sujeitos. Os atos (portanto: fatos) dos particulares que derogam normas dispositivas são não conformes, diferentes das leis, não ilícitos." (*Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.91-92).

¹³³ Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, a primeira lei a reconhecer a responsabilidade sem culpa foi a lei prussiana sobre acidentes ferroviários, editada em 1838, seguida pela promulgação da lei de minas, em 1861 e, "posteriormente, a partir de 1884, no que seria a primeira lei específica de acidentes de trabalho, o governo de Bismarck determinou que o empreendedor passasse a suportar, através de um seguro social, a reparação do dano causado por ocasião do trabalho, respondendo assim pelos riscos inerentes ao exercício de sua atividade" (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp.847-881, p. 848.). Cita-se também, a decisão proferida pela Corte de Cassação em 16 de junho de 1896 e a promulgação da Lei sobre acidentes de trabalho, de 9 de abril de 1898.

artigo 927, somado a disciplina consumerista, abarca, em termos quantitativos, a maioria das hipóteses de responsabilidade.

A teoria do risco se insere em uma dogmática renovada, onde os contornos da liberdade são reformulados a fim de cindir com a lógica do individualismo egoísta e despreocupado com a esfera de interesses alheios. Ademais, a função promocional do direito enuncia que a liberdade assume um papel relativo, cuja tutela depende da sua funcionalização a outros valores, notadamente o da solidariedade. Nessa perspectiva, “quem cria um risco deve, se esse risco vier a verificar-se a custa de outrem, suportar as conseqüências”.¹³⁴

Nesse sentido, e a despeito das correntes objetivista e subjetivista, que também levam a cabo a discussão acerca do fundamento da responsabilidade civil fundada no risco, para o direito civil-constitucional, o fundamento da teoria em voga é o princípio da solidariedade social¹³⁵. Esse princípio é o fundamento constitucional para a desculpabilização da responsabilidade civil, à medida que o objetivo do instituto não é mais o de se buscar um culpado, mas sim o de proteger e amparar a vítima de um dano injusto. Ou seja, ultrapassada a concepção de reparação-sanção, o fundamento ético-jurídico da responsabilidade é reorientado pelo valor solidarista de proteção daquele que sofreu um dano injusto.

Em suma, no âmbito da responsabilidade civil, a influência da axiologia constitucional propiciou a substituição do critério da licitude-ilicitude pelo da injustiça do dano, assim como permitiu a construção do princípio da reparação integral do dano, ambos operacionalizados por um conjunto de procedimentos técnicos de expansão do conceito de culpa e, conseqüentemente de sua relativização.

¹³⁴ JOSSEERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 86, n. 454/456, abr.-jun./1941, pp.548-559, p.556.

¹³⁵ Neste sentido: “Já para o chamado direito civil-constitucional, como se sabe, não pode haver norma jurídica que não seja interpretada à luz da Constituição e que não se coadune com seus princípios fundamentais. Caberá, então, buscar o fundamento ético-jurídico na Constituição da República e lá será fácil identificar o princípio que dá foros de constitucionalidade, generalidade e eticidade à responsabilidade objetiva em todas as hipóteses em que ela se manifesta: é o princípio da solidariedade social”. (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp.847-881, p. 866).

2. DILEMA DA SOCIEDADE DE RISCO: A CAUSA DOS DANOS

Mas, ao mesmo tempo em que o homem é objeto de transformações, porque vive em um contexto em mutação, é também sujeito de transformações, porque é capaz, com sua atividade, que também é energia, que também é força transformadora, de direcionar processos causais e provocar mudanças no mundo circundante. Essa realidade, esse fenômeno mutante e transformador não é ignorado pela ordem jurídica.

Cezar Roberto Bitencourt

A fim de instrumentalizar a análise que será feita nos dois capítulos seguintes, o presente descreverá genericamente, o que se qualificou como dilema da sociedade de risco: a causa dos danos.

Os danos são cada vez mais usuais em decorrência dos contornos atuais de uma sociedade onde os riscos, além de serem latentes, são produzidos por diversos atores sem que seja possível, em muitas vezes, identificar a responsabilidade por sua produção e, conseqüentemente, quando da sua concretização, resta também muito difícil determinar a causa do dano.

Ante esse cenário, se tornou essencial qualificar e delimitar o próprio dano. Ademais, sendo a hipótese da presente dissertação a convergência entre os institutos da responsabilidade civil e do seguro com o objetivo de reparar o dano, mostra-se necessário tecer algumas considerações sobre o dano e suas causas, destacando as especificidades próprias desta inter-relação para fins securitários e de responsabilidade civil.

2.1. A difícil tarefa de conceituar causa

A aparente simplicidade do conceito de causa é uma falácia, visto que encobre questões complexas¹³⁶, tais como: definição jurídica de causa e, desta no âmbito específico do instituto jurídico no qual será aplicada; determinação da causa necessária de um certo efeito;

¹³⁶ “O nexa de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Trata-se de noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade, mas as aparências por vezes enganam. O conceito de relação causal, além de se revestir de um aspecto filosófico, apresenta dificuldades de ordem prática, porque na maioria das vezes o evento danoso está cercado de condições que se multiplicam, dificultando a identificação da causa do dano”. (CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 18.).

função do nexa causal na responsabilidade civil; e, causa do dano como determinante da manutenção ou da exclusão da cobertura securitária, dentre tantas outras.

A definição jurídica de causa e, mais do que isso, a definição jurídica de causalidade para fins de responsabilidade civil, assim como para a delimitação da cobertura securitária, é de sobrelevada importância porque a acepção comum do termo é diferente das diversas conotações jurídicas que, por sua vez, divergem da conceituação dada por outras ciências.

A acepção ordinária de causa, em certa medida, já que nesta causa e condição são equivalentes, relaciona-se com a terceira Lei de Newton (ação e reação)¹³⁷ e, significa o “vínculo que correlaciona os próprios fenômenos e que faz com que um ou vários deles apareçam como condição de existência de outros”.¹³⁸

A formulação de Newton, apesar de em uma perspectiva empirista, remonta à causa eficiente aristotélica. Aristóteles¹³⁹, ao estudar a causa como pressuposto para a análise do movimento¹⁴⁰, a sistematizou em quatro espécies: i) causa material, sendo a causa entendida como a matéria prima da qual as coisas são feitas; ii) causa formal, no sentido de contorno, forma ou padrão definidos e essenciais; iii) causa eficiente, no sentido daquilo que determina algo posterior, ou seja, causa e efeito; e, iv) causa final, entendida como objetivo, fim (*telos*).¹⁴¹

As quatro causas de Aristóteles podem ser evocadas para explicar algumas das diversas significâncias que o termo adquire no âmbito jurídico, evidenciando, desde já, que nesta seara o conceito de causa também não é uno, variando conforme é empregado em um ou outro ramo, assim como dentro da mesma disciplina.

¹³⁷ “A uma ação sempre se opõe uma reação igual, ou seja, as ações de dois corpos um sobre o outro sempre são iguais e se dirigem a partes contrárias”. (FRANCO, Hugo. *Evolução dos conceitos da Física*. In: *IFUSP*, 1336/98, 2.ed., 2002. Disponível em: <<http://plato.if.usp.br>> Acesso em 20 ago. 2010).

¹³⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 1. ed., 3 impr. Editora Nova Fronteira, p. 300.

¹³⁹ A obra de Aristóteles pode ser consultada em: <<http://www.perseus.tufts.edu>> Acesso em: 20 ago. 2010.

¹⁴⁰ “Causa (aitia/aition) em Aristóteles pode ser entendida como sinônimo de princípio (*arche*), pois explica não somente as mudanças que sobrevêm a um ente, mas também, é o que torna possível a mudança ou o movimento”. (SILVA, Luciana Rohden. Sobre as causas em Aristóteles. In: *Intuitio*. v.2, nº.1, jun-2009. Porto Alegre, pp. 67-80, p. 70. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br>> Acesso em: 20 ago. 2010).

¹⁴¹ ““Cause” means: (a) in one sense, that as the result of whose presence something comes into being—e.g. the bronze of a statue and the silver of a cup, and the classes which contain these; (b) in another sense, the form or pattern; that is, the essential formula and the classes which contain it—e.g. the ratio 2:1 and number in general is the cause of the octave—and the parts of the formula. (c) The source of the first beginning of change or rest; e.g. the man who plans is a cause, and the father is the cause of the child, and in general that which produces is the cause of that which is produced, and that which changes of that which is changed. (d) The same as “end”; i.e. the final cause; e.g., as the “end” of walking is health. For why does a man walk? “To be healthy,” we say, and by saying this we consider that we have supplied the cause. (e) All those means towards the end which arise at the instigation of something else, as, e.g. fat-reducing, purging, drugs and instruments are causes of health;” (ARISTÓTELES. *Física*. Livro II, Cap. III. Disponível em: <<http://www.perseus.tufts.edu>> Acesso em: 20 ago. 2010).

Aquele que intenta uma tutela jurisdicional, seja na esfera cível, seja na penal ou na trabalhista, por exemplo, tem que em um primeiro momento demonstrar os elementos identificadores da sua ação, quais sejam, as partes; o pedido; e, a causa de pedir. Esta última consiste na narração, pelo autor da ação, dos fatos relativos ao direito que alega ter, ou seja, a uma qualificação fática do seu pedido. A causa de pedir no âmbito processual pode ser entendida de forma análoga a causa material aristotélica, à medida que esta é “aquilo a partir de que algo vem a ser e que está imanente naquilo que vem a ser”.¹⁴²

Já no direito civil, a causa é estudada em, no mínimo, três perspectivas diferentes. No campo obrigacional há a causa dos contratos que, quando analisada em abstrato, permite a qualificação e a diferenciação dos tipos negociais, desvendando o porquê da existência do negócio jurídico e o para que serve, ou seja, a razão jurídica de ser do ato de autonomia¹⁴³ e, assim, desempenha a importante tarefa de selecionar os negócios mercedores de tutela¹⁴⁴. Aqui a analogia que se faz é com a causa como fim (o em vista de que), como a saúde é a causa do caminhar, no exemplo de Aristóteles.

Ainda dentro do direito das obrigações, a causa surge em um dos princípios mais importantes na dogmática civilista tradicional, que é o da vedação ao locupletamento. O enriquecimento sem causa seria uma fonte genérica de obrigações¹⁴⁵, configurada a partir do preenchimento de três requisitos: i) existência de um enriquecimento; ii) obtenção desse à custa de outrem; e, iii) ausência de causa justificativa. Este último requisito pode ser apreciado à luz da causa formal a *contrario sensu*.

A causa no sentido formal proposto por Aristóteles é a forma ou o modelo que vai especificar a existência do ente. Sendo a causa formal o enunciado da essência, os seus gêneros têm que segui-la e esta, no caso em tela, é ditada pelo artigo 170 da Constituição

¹⁴² ARISTÓTELES, *Física*. Livro II, Cap. III. Disponível em: <<http://www.perseus.tufts.edu>> Acesso em: 20 ago. 2010.

¹⁴³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa dos contratos. In. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 21. Rio de Janeiro: Padma, jan/março/2005, pp. 95-119, p. 101.

¹⁴⁴ Maria Celina Bodin de Moraes (A causa dos contratos. In. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 21. Rio de Janeiro: Padma, jan/março/2005, p. 95-119) adverte que “a noção de causa do contrato é tida como das mais difíceis e complexas em todo o direito civil” (p. 95) e isto porque, dentre outros motivos, “embora a causa seja uma, ela cumpre três papéis diferentes mas interdependentes, daí a confusão em que se vê envolvido o termo: i) serve a dar juridicidade aos negócios, em especial a contratos atípicos, mistos e coligados; ii) serve a delimitá-los através do exame da função que o negócio irá desempenhar no universo jurídico; iii) serve, enfim, a qualificá-los, distinguindo seus efeitos e, em consequência, a disciplina a eles aplicável” (p. 107). Ao concluir o seu artigo, afirma que o princípio da causalidade negocial está contido na cláusula geral do artigo 421 do Código Civil de 2002, “embora nós talvez continuemos a dizer, simplesmente, que determinado negócio não cumpre sua função social” (p. 119).
Sobre causa dos contratos ver: KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

¹⁴⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. In. *R. CEJ*, Brasília, n. 25, abr./jun. 2004, pp.24-33, p. 25.

Federal que condiciona a livre iniciativa aos ditames da justiça social. Assim, a falta de justa causa para um enriquecimento afasta este da causa formal exigida pelo ordenamento, sendo, pois, vedado.

Por fim, a causa eficiente sistematizada por Aristóteles pode ser tida como pressuposto teórico para a definição da causa, (*sic.*, da relação de causalidade) para fins de responsabilidade civil, à medida que, para este instituto importa aquilo que produz um efeito na esfera de terceiros, assim como para a delimitação da cobertura securitária, tendo em vista que só os danos decorrentes de riscos predeterminados são indenizáveis.

Entretanto, como será posteriormente apresentado, resta definir o alcance da cadeia regressiva que será relevante para a determinação de causa jurídica de um determinado efeito danoso, gerando assim o dever de indenizar, seja no âmbito da responsabilidade civil, seja na seara securitária, à medida que a relação causal que aqui importa, vai muito além de uma simples coincidência.

Por todo o exposto, conclui-se pela necessidade de uma definição de conceitos circunscritos a área de atuação. Por isso afirma-se não ser possível utilizar o conceito de causa desenvolvido em outras ciências ou até mesmo na jurídica, para definir nexos de causalidade, enquanto pressuposto da responsabilidade civil, embora os Tribunais pátrios muitas vezes o façam, especialmente a partir da apreensão do conceito de causa epidemiológica¹⁴⁶ que abarca todos os fatores que influenciam o desenvolvimento de uma doença¹⁴⁷ e, por isso mesmo, não oferece a segurança necessária para a aplicação jurídica pretendida.

De forma análoga, o dever da seguradora em compensar ou indenizar um dano é determinado pelos riscos cobertos pelo contrato, sendo nesse aspecto imprescindível a verificação da causa real do sinistro, à medida que, o agravamento intencional do risco, nos termos do artigo 768 do Código Civil, excluirá o dever de indenizar sempre que, preenchido os demais requisitos, houver nexos de causalidade entre a conduta agravadora e o sinistro.

Em suma, a análise da causa de um dano, além das complexidades inerentes, deve observar também a relação à qual este dano está vinculado, ou seja, a uma obrigação contratual ou a uma responsabilidade contratual ou extracontratual.

¹⁴⁶ “A epidemiologia como método genérico para determinar a causalidade na responsabilidade civil pelo produto. Segundo a teoria da causalidade adequada, aplicada ao âmbito da responsabilidade civil pelo produto, para que se configure o nexo de causalidade, basta que haja séria probabilidade de ocorrência do dano, sendo suficiente que este não seja atribuível a circunstâncias extraordinárias ou situações improváveis, que não seriam consideradas por um julgador prudente. Nesta perspectiva do nexo causal epidemiológico, subministrado pelas regras do que ordinariamente acontece, a prova coligida aos autos conforta a presença do liame de causalidade entre o tabagismo e a neoplasia pulmonar que produziu a morte da vítima”. (TJRS, 9ª CC. AC 70016845349. Rel. Des. Odone Sanguiné. Julg: 1/12/2007, p. 64).

¹⁴⁷ “Uma causa pode ser entendida como qualquer evento, condição ou característica que desempenhe uma função essencial na ocorrência de uma doença” (MEDRONHO R. *Epidemiologia*. Rio de Janeiro: Atheneu, 2003).

2.2. Apreciação jurídica do dano

Dano, em uma acepção comum significa um prejuízo pessoal ou material¹⁴⁸. Esta, em essência, não difere da acepção jurídica segundo a qual o dano denota a lesão a um interesse juridicamente tutelado, ou seja, também para o Direito, o dano pode corresponder a uma diminuição patrimonial ou a uma lesão aos atributos iminentes à pessoa humana. Entretanto, este não é o único significado para o termo, que pode indicar também a consequência jurídica de uma lesão.

Ademais, não são todos os danos que geram consequências jurídicas e, dentre os juridicamente relevantes, diversas são as respostas ofertadas pelo ordenamento jurídico em razão de a ação ou omissão geradora do dano ser de competência cível ou penal, ou ainda interessar a ambas, por exemplo¹⁴⁹.

Como elucida Clóvis do Couto e Silva¹⁵⁰, a composição dos danos na seara civil não se relaciona propriamente à valorização do ato em si, mas sim, a apreciação dos seus efeitos, de tal sorte que a intenção mostra-se, a princípio¹⁵¹, irrelevante para a reparação civil, ao passo que é valorada na seara criminal, onde a tentativa também é punida¹⁵².

De forma genérica, pode-se afirmar que, quando da apreciação de um dano na esfera criminal, a atenção redobra-se em direção ao agente ofensor, na medida em que as sanções decorrentes importarão em restrição à sua liberdade, enquanto que na esfera cível, esta

¹⁴⁸ “Dano. [Do lat. *damnu.*] S.m. 1. Mal ou ofensa pessoal: prejuízo moral: *Grande dano lhe fizeram as calúnias*. 2. Prejuízo material causado a alguém pela deterioração ou inutilização de bens seus. 3. Estrago, deterioração, danificação: *Com o fogo, o prédio sofreu enormes danos*. Dano emergente. *Jur.* Prejuízo efetivo, concreto, provado. [Cf. *lucro cessante*]. Dano infecto. *Jur.* Prejuízo possível, eventual, iminente” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 1.ed., 3 impr. Editora Nova Fronteira, p. 421).

¹⁴⁹ “Na linguagem vulgar entende-se por dano todo prejuízo que alguém sofre na sua alma, corpo ou bens, quaisquer que sejam o autor e a causa da lesão. [...]. Na linguagem científica (jurídica) parte-se inicialmente numa acepção semelhante da palavra dano (*damnum*). É dano todo prejuízo que o sujeito de direitos sofre através da violação dos seus bens jurídicos, com exceção única daquele que a si mesmo tenha inferido o próprio lesado: esse é juridicamente irrelevante. Na verdade, dentro do direito positivo o dano só interessa enquanto facto que condiciona a aplicação dum pena ou a constituição dum dever de indemnizar como consequências jurídicas” (FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1938, p. 7).

¹⁵⁰ COUTO E SILVA, Clóvis do. Dever de indenizar. In. FRADERA, Vera Maria Jacob (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp.191-215, p. 191.

¹⁵¹ A intenção pode e deve ser valorada na quantificação da indenização por dano moral.

¹⁵² Nos termos do artigo 14 do Código Penal brasileiro, um crime é tentado “quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”, sendo a tentativa punida “com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”.

apreciação oxigenada pelos valores constitucionais tem como foco a vítima e o dano por ela suportado.

Ademais, as ações e/ou omissões serão relevantes criminalmente se forem anteriormente tipificadas como crime, visto que, nesta seara, dentre outros, vigoram os princípios da tipicidade e da anterioridade que, conjuntamente implicam em que a imputabilidade de um crime a um determinado sujeito dependa de que o mesmo tenha sido previamente descrito como tal em lei penal incriminadora¹⁵³.

Na esfera cível, no entanto, não há um rol de danos reparáveis. Em verdade, neste campo, o dano relevante será aquele relacionado a uma das fontes das obrigações: declarações de vontade, lei ou ato ilícito, importando distinguir o título que originou a obrigação de reparar o dano. Isto porque, se é verdade que a responsabilidade por ações ou omissões geradoras de prejuízos patrimoniais ou morais na esfera jurídica de terceiros decorre do princípio genérico do *neminem laedere*, também é verossímil a afirmação de que a ocorrência de determinados danos concretiza a obrigação de garantia assumida por uma entidade seguradora.

Em outros termos, e para os fins específicos da presente dissertação, do dever jurídico de não lesar outrem deriva a cláusula geral de responsabilidade civil por danos¹⁵⁴, assim como a obrigação pelo ressarcimento de um dano pode existir, independentemente do dever jurídico acima descrito, por estar diretamente relacionada ao objeto de uma obrigação, como no caso do contrato de seguro.

Esta observação é de capital importância porque para fins de responsabilidade civil o dano gerador do dever de indenizar será aquele qualificado como certo, imediato e injusto, enquanto que no escopo de uma relação securitária, o dano indenizável (ou compensável) será aquele decorrente de um risco contratualmente predeterminado. Ou seja, para fins securitários, dano “é todo prejuízo material ou pessoal sofrido por um segurado, passível de indenização, de acordo com as condições de cobertura de uma apólice de seguro”.¹⁵⁵

¹⁵³ Esses princípios constituem corolários do direito fundamental da reserva legal em matéria penal, insculpido no Art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, nos seguintes termos: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

¹⁵⁴ Georges Ripert, descrevendo o dever de não prejudicar outrem a partir da “regra de moral elementar *neminem laedere*”, insculpida no artigo 1382 do *Code* francês, afirma que “o legislador reprimiu primeiro certas faltas; depois, desistindo de atingir por uma discriminação precisa das faltas a regra moral que se impõe, visto tratar-se de dar uma direção justa às ações humanas, tomou o partido de ditar uma regra geral de conduta” (RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Saraiva, 1937, p.204).

¹⁵⁵ SOUZA, Antônio Lober Ferreira [et.al]. *Dicionário de Seguros*. 2ed. rev.e ampl. Rio de Janeiro: Funenseg, 2000, p.40.

Ilustra-se essa diversidade de tratamento com o conhecido caso do escorrega¹⁵⁶, que em linhas gerais pode ser resumido nos seguintes termos: um jovem em viagem com amigos para um hotel fazenda, após uma confraternização subiu em um escorrega e mergulhou dentro da piscina. Tendo em vista que a piscina não tinha profundidade suficiente para comportar aquele mergulho específico, o jovem sofreu danos à saúde, restando tetraplégico.

A apreciação jurídica dessa situação no âmbito da responsabilidade civil depende da espécie, se subjetiva ou objetiva, enquanto que no bojo de uma relação securitária importa observar se o risco invalidez permanente estava ou não coberto pelo contrato. A conduta da vítima é relevante em ambas as abordagens: i) no caso da responsabilidade civil, insta verificar se o dano decorreu de fato exclusivo da vítima, o que importa em exoneração da responsabilidade do terceiro (do hotel, no caso), ou se de culpa concorrente, o que influenciará a quantificação do dano; e, ii) no caso do seguro importaria observar se a conduta da vítima caracteriza ou não o agravamento do risco, de sorte a excluir a cobertura securitária ou não¹⁵⁷.

Outra diferenciação que merece destaque diz respeito aos danos causados pela própria pessoa que os experimenta. O fato da vítima, como já mencionado, é causa de exclusão da responsabilidade civil¹⁵⁸ e, se configura quando o dano decorre de ato ou fato exclusivo da própria vítima, sendo o responsável aparente mero instrumento da lesão.

Já no âmbito securitário, é do provável fato da vítima que muitas vezes se estabelece a cobertura securitária, de sorte que o legislador se limitou a decretar a nulidade do contrato de seguro para a garantia de risco proveniente de ato doloso, o que autoriza a conclusão de que “a negligência, a imprudência e a imperícia não anulam o contrato de seguro, a menos que a gravidade do ato resvale para o dolo”¹⁵⁹, ou que reste comprovado o agravamento do risco¹⁶⁰.

¹⁵⁶ STJ, 4T. REsp. 287.849/SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr, Julg: 17/04/2001. DJ: 13/08/2001. Para uma análise mais detalhada deste caso, cf.: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

¹⁵⁷ O caso em comento foi julgado à luz do sistema de responsabilidade civil objetiva, visto que o dano decorreu de uma relação de consumo. Sendo assim, em que pese o STJ ter reconhecido a culpa concorrente da vítima, o hotel fazenda onde o dano se efetivou foi responsabilizado. Destaca-se que se o mesmo evento tivesse ocorrido em uma piscina particular, dificilmente haveria responsabilização, já que, nos termos do acórdão comentado, o elemento culpa só foi atribuído a própria vítima.

¹⁵⁸ Em que pese esta excludente só ter sido prevista no Código de Defesa do Consumidor, doutrina e jurisprudência entendem ser a eximente também aplicável às hipóteses de responsabilidade em relações paritárias.

¹⁵⁹ ALVIM, Pedro. *O seguro e o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 34.

¹⁶⁰ Ementa: “O recorrido segurado, mediante o uso de escada de acesso, escalou torre metálica de cerca de 15 metros, com o intuito de admirar a vista. Sucede que, de lá, veio a cair, o que lhe causou a paraplegia. Anote-se não estar afixado na torre qualquer alerta de periculosidade e ser a escalada constantemente realizada por vários moradores da localidade. Nesse contexto, vê-se não haver o aumento do risco coberto pelo seguro a ponto de excluir sua cobertura (arts. 1.454 do CC/1916 e 768 do CC/2002), tal como alegado pela recorrente, visto se tratar de comportamento aventureiro normal, fato absolutamente previsível. Anote-se não existir má-fé do segurado, além de o ato não se constituir em padrão a ponto de justificar a

Ademais, se o fato culposo da vítima fosse hábil a excluir a cobertura securitária, impossível seria a comercialização de seguros de responsabilidade civil que essencialmente tem por fundamento a culpa da vítima.

Em síntese, não é todo dano que enseja ressarcimento, seja na órbita da responsabilidade civil, seja na seara securitária. Dessa forma, a apreciação jurídica do dano e, mais do que isso, a análise da causa do dano se torna imprescindível, seja para deflagrar o dever sucessivo de indenização, seja para tornar exigível o pagamento em pecúnia de uma prestação assumida contratualmente.

Neste sentido, Caitlin Mulholland, respaldada em doutrina alienígena, defende um conceito bipartido de dano onde à acepção ordinária de diminuição patrimonial ou de lesão a interesses determina a vinculação material, ou seja, “o nexos de causalidade interno existente entre um ato humano e próprio dano”¹⁶¹, soma-se uma conotação jurídica consistente nos efeitos que serão tutelados pelo ordenamento.

Esta conceituação bipartida é apresentada pela autora como intróito para análise do nexos causal na responsabilidade civil, contexto no qual conclui que o dano em uma acepção jurídica permite a verificação do nexos causal externo entre a ação ou omissão humana e o dano e, com isso, a delimitação da extensão da responsabilidade civil¹⁶².

No entanto, a concepção do dano sob essa perspectiva é também perfeitamente aplicável na análise da eventual obrigação da seguradora em ressarcir danos. Isto porque, na seara contratual também há que se distinguir causalidade material e jurídica, a fim de determinar deveres e responsabilidades.

2.3. A causa dos danos e a responsabilidade civil

comunicação de agravamento de risco à seguradora recorrente. Todavia, no caso, a recusa de pagamento não representou comportamento hábil a validar a reparação por danos morais”. (STJ, 4T. REsp 795.027-RS. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Julg.: 18/03/2010.)

¹⁶¹ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 98.

¹⁶² “O dano é a diminuição do patrimônio ou interesse, mas também se constitui como a consequência a ser tutelada pelo ordenamento. [...] Pelo primeiro (conceito), determina-se o nexos de causalidade interno existente entre o ato humano e o próprio dano (vinculação material); pelo segundo, verifica-se o nexos causal externo, através do qual se estabelecem quais as consequências danosas que deverão estar cobertas pela obrigação de indenizar (delimitação da extensão da responsabilidade civil)”. (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 98).

Para fins de responsabilidade civil, causa deve ser entendida como toda ação ou omissão de um agente que interfira negativamente na esfera jurídica de outrem, gerando-lhe um dano patrimonial ou extrapatrimonial. Em outros termos, a causa será todo ato humano, voluntário e imputável, assim como a inércia ou a não ação (omissão), quando existir o dever de agir, que implicar, necessariamente, em diminuição patrimonial ou lesionar a dignidade de terceiros.

Contudo, a delimitação acima proposta de causa para fins de responsabilidade civil não resolve todas as questões potencialmente emergentes. Isto porque, não raras vezes, uma série de eventos atua conjuntamente em direção e sentido da consecução de danos, da mesma forma que, há situações em que a identificação do evento gerador do dano é factível, porém a individualização do agente responsável por aquela conduta não é.

A primeira situação corresponde ao problema da concorrência de causas, bastante afeto à uma sociedade de risco. Este, por não relacionar-se diretamente ao tema dessa dissertação, será apresentado sinteticamente, com o objetivo de ilustrar a problemática em torno do nexos causal na responsabilidade civil. Já a segunda situação diz respeito ao dano causado por membro indeterminado de um grupo, problema-tema desse estudo, razão pela qual será mais detidamente analisado no capítulo 3.

2.3.1. Concorrência de causas e a dupla função do nexos causal na responsabilidade civil

A relação causal que importa para a responsabilidade civil, gerando efeitos na esfera de terceiros, vai muito além de uma simples coincidência¹⁶³, não sendo suficiente, para deflagrar o dever de reparar, ser a pessoa errada, na hora e local errados: a coexistência fática de uma culpa ou de um risco com um dano não induz à responsabilização civil, que só subsistirá em face de uma ligação específica de causalidade jurídica¹⁶⁴.

¹⁶³ Leciona Agostinho Alvim que, em certos casos “a inexecução da obrigação coincide com certo prejuízo sofrido pelo credor, sem que, entretanto, haja relação de causa e efeito. Suponha-se que uma ponte, existente em estrada pública, parte-se quando por ela passa um auto-ônibus lotado resultando daí danos aos passageiros. Ainda mesmo que a empresa de ônibus não estivesse executando fielmente o contrato celebrado com os passageiros, como no caso de motorista não habilitado, nenhuma responsabilidade haveria para ela, desde que não é possível estabelecer que o dano derivou daquele abuso. Aquela incorreção e o dano coincidiram; mas não há relação de causa e efeito entre um e outro, e pois não há dano ressarcível, em relação à empresa”. (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3. ed., São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965, p.324-325.).

¹⁶⁴ “What does it mean that an event A actually causes event B? This a question that goes beyond mere philosophical speculation. (...) in many legal settings, what needs to be established (for determining responsibility) is not a counterfactual

Sobre este aspecto, Sérgio Cavalieri¹⁶⁵ alerta que o nexa causal é a primeira questão a ser enfrentada na solução de qualquer caso envolvendo responsabilidade civil, já que, antes de perquirir a imputação (subjativa ou objetiva), deve-se apurar se o agente deu ou não causa ao resultado e, mais do que isso, deve-se verificar se a relação existente entre o dano e o fato pode ser considerada como causa juridicamente relevante.

O nexa causal desempenha uma dupla função¹⁶⁶ na responsabilidade civil, servindo para identificar o responsável pelo dano, ou seja, individualizando aquele a quem se deve atribuir o resultado lesivo e o dever jurídico sucessivo de reparação e, também, serve como parâmetro para a verificação da extensão do dano a ser indenizável.

O atuar do nexa causal em sua primeira função, objeto mediato dessa dissertação, se torna bastante complexo, à medida que “a realidade não corresponde ao esquema demasiado simples de uma conduta-causa que produz um dano-efeito”.¹⁶⁷ Ao revés, na grande maioria das vezes, a um resultado danoso relacionam-se diversas causas possíveis e, de fato, quando se analisa determinado efeito, comumente constata-se a associação de “múltiplas fontes possíveis, sendo indispensável estabelecer a relação de causa e efeito entre ao menos uma delas e o dano, para que surja o dever de reparação”.¹⁶⁸

Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes já afirmou que o problema da responsabilidade civil é o de determinar as condições segundo as quais o dano será suportado por aquele que o causou ou pela própria vítima, enfatizando que o contorno do instituto “deve muito mais a escolhas político-filosóficas do que a evidências lógico-rationais”.¹⁶⁹

kind of causation, but cause in fact”. (HALPERN, Joseph Y, PEARL, Judea. *Causes and explanations: a structural-model approach*. Disponível em: <<http://www.cs.cornell.edu/home/halpern/papers/actcaus.pdf>> Acesso em: 15 set. 2010).

¹⁶⁵ “Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 70).

¹⁶⁶ “El concepto de causa y El de causalidad se utilizan em matéria de responsabilidad civil, para tratar, básicamente, de dar respuesta a dos tipos de problemas: el primero es encontrar alguna razón por la cual el daño pueda ligarse con una determinada persona, de manera que se pongan a cargo de ésta, haciéndola responsable, las consecuencias indemnizatorias, para lo cual utiliza el concepto de causa el artículo 1.902 CC al imponer el deber de indemnizar a el que causa daño a otro; en segundo lugar, se trata de relacionar, a la inversa de lo que hacíamos anteriormente, al daño con la persona, pues el precepto, remarcando el uso de la palabra causa, dice que se indemniza el daño causado” (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*. Madri: Civitas, 1999, p. 331.)

¹⁶⁷ EWALD, François. *Foucault, a norma e o direito*. 2.ed. Lisboa: Veja, 2000, p. 169.

¹⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.378.

¹⁶⁹ BODIN de MORAES, Maria Celina. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 20-21.

Assim, se a imputabilidade diz respeito a uma construção jus-filosófica, a uma opção, então, o debate sobre a causalidade remonta aos limites do dever de indenizar¹⁷⁰. A relevância dessas considerações prévias repousa no fato de que se a definição jurídica de causa é uma tarefa difícil, mais árdua é a de identificar o fato que constitui a verdadeira causa de um dano, especialmente quando diversos fatores contribuíram para a sua ocorrência, notadamente a partir do reconhecimento de que a função de identificar o responsável pela lesão é do nexo de causalidade e não da culpabilidade¹⁷¹.

Neste sentido, Luis Díez-Picazo adverte que o problema da relação de causalidade na responsabilidade civil se agrava sensivelmente pelo fato de que, em regra, os efeitos danosos resultam não de uma única causa, mas sim de uma pluralidade de circunstâncias, ou seja, de uma concorrência de causas que podem ser, de acordo com a forma de atuação, complementares ou concorrentes.¹⁷²

As causas serão complementares ou concausas quando o resultado danoso for, obrigatoriamente, conseqüência da atuação de todas elas, de tal sorte que a ausência de uma delas obstará o efeito verificado.¹⁷³ A título de ilustração, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁷⁴, recentemente, condenou uma empresa de telefonia a indenizar a esposa de um cliente falecido após desgastantes tentativas de cancelamento de um serviço.

Em que pese todas as críticas que podem ser tecidas a esta decisão, em tese, pode-se concluir que: o cliente sofria de doença cardíaca que, quando somada ao aborrecimento

¹⁷⁰ “De esta manera, además de dar respuesta a un problema de imputación, El debate en torno a la causalidad es un debate sobre los límites del deber de indemnizar” (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*. Madri: Civitas, 1999, p. 332).

¹⁷¹ Em que pese o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil prever a possibilidade de redução equitativa da indenização baseado na gradação da culpa. Sobre a interpretação do referido dispositivo, ver: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. Art.944 do Código Civil: O problema da mitigação do princípio da reparação integral. In. TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor RICARDO PEREIRA LIRA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp.757 a 796.

¹⁷² “Es notorio que el problema causal se plantea de manera especialmente aguda cuando se reconoce o se puede establecer que, como es normal en la vida social, todo hecho, y, por consiguiente, también los hechos dañosos, son consecuencia de la concurrencia de una extraordinaria pluralidad de circunstancias a las que as veces se denomina concausas o causas adicionales. El problema de las concausas o de las causas adicionales aparece en dos tipos de hipótesis que de algún modo conviene mantener distintas. En la primera, el daño es producido por la conjunción o yuxtaposición de una serie de condiciones, de manera que sólo la suma de todas ellas determina el resultado dañoso. Puede decirse que $C_1 + C_2 + C_3 + \dots + C_n = D$. En la hipótesis anteriormente descrita es indiferente que cada una de las concausas o condiciones haya seguido con anterioridad un curso independiente o que se haya puesto en juego mediante una acción de consuno. El segundo tipo de supuestos, que se puede denominar cadena causal, aparece cuando cada una de las circunstancias o de las condiciones produce por sí misma un daño y este daño es el que a su vez es causa de un daño posterior y así sucesivamente. Por expresarlo gráficamente que $C_1 \rightarrow D_1 = C_2 \rightarrow D_2 = C_3 \rightarrow D_3 \rightarrow$ ” (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*. Madri: Civitas, 1999, p. 331).

¹⁷³ “Verifica-se a ocorrência de causas complementares quando duas ou mais causas concorrem para a produção de um resultado que não teria sido alcançado de forma isolada por nenhuma delas” (CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 28).

¹⁷⁴ TJRS, 3 T. Recurso Inominado 711002173979. Rel. Des. Carlos Eduardo Richinitti, julg: 08/04/2010.

provocado pela empresa, veio a sofrer o dano morte. Ou seja, a soma das duas causas (doença pré-existente) e o aborrecimento decorrente de conduta negligente da empresa (embora esta apreciação subjetiva seja dispensável, por se tratar de relação de consumo e, sendo assim, de responsabilidade objetiva) gerou o dano morte.

Por outro lado, serão concorrentes quando “cada uma das causas teria, de forma isolada, determinado a produção do resultado”¹⁷⁵. Imaginemos a seguinte situação hipotética: João celebra um contrato de transporte aéreo, tendo em vista que precisa se deslocar para outro país a fim de celebrar importante negócio. Entretanto, é impossibilitado de embarcar tendo em vista não portar passaporte, documento de identificação pessoal indispensável para a viagem pretendida. Posteriormente, João vem a saber que, mesmo que tivesse cumprido todas as exigências, a viagem não teria se efetuado, pois a companhia aérea não dispunha de assento para ele. Os prejuízos decorrentes da não celebração do negócio teriam se operado por uma ou outra causa.

Além disso, no que tange ao momento da atuação, as causas complementares, assim como as causas concorrentes, podem ser simultâneas, quando forem realizadas no mesmo instante de tempo, ou sucessivas, quando ocorrerem uma depois das outras. A pluralidade de causas associadas a um resultado danoso dificulta o atuar do nexos causal na sua função de identificar a quem deve ser imputada a obrigação de indenizar.

Dito de outra forma, como para a imposição do dever de reparar é imprescindível determinar a causa que efetivamente gerou o dano, ante a uma pluralidade de causas importa verificar se elas são sucessivas ou concausas concorrentes e concomitantes, a fim de destacar a causa necessária e, havendo mais de uma causa desta natureza, estabelecer a preponderância entre elas e o efeito ou, sendo impossível, reconhecer a solidariedade entre os agentes causadores, impondo a repartição do dever de indenizar¹⁷⁶.

¹⁷⁵ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29.

¹⁷⁶ “Da análise da jurisprudência brasileira, conclui-se que, diante de uma pluralidade de causas, a investigação do magistrado realiza-se mediante três indagações: (1ª) Cuida-se de causas sucessivas (uma direta e as demais indiretas, que lhe deram causa) ou simultâneas (todas diretas e concorrentes)? Se todas as causas são diretas, evidenciando-se, pois, o vínculo de necessariedade de todas elas em relação ao dano, procedendo-se em seguida à valoração da preponderância, de modo a excluir algumas delas, ou à repartição do dever de indenizar entre os seus responsáveis, quando não se é possível estabelecer a preponderância. Em se tratando, ao revés, de causas sucessivas, pergunta-se: (2ª) há necessariedade entre o conjunto de causas e o evento danoso? Se a resposta for negativa, exclui-se o dever de indenizar. Se positiva, passa-se à terceira indagação (3ª), relativamente à preponderância ou equivalência de uma ou algumas causas indiretas. Em se tratando de pluralidade de causas necessárias (concorrentes ou sucessivas), a solução se desloca para o critério da preponderância das causas ou, considerando-as equivalentes, para a repartição do dever de reparar”. (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade, in *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 6. Rio de Janeiro: Padma, abril/junho/2001, pp.3-19, p. 18-19).

Existe uma série de condições que podem atuar de forma determinante na realização de um dano. A inserção desses fatores ou condições na esfera jurídica, tornando-os relevantes para fins de responsabilidade civil, dependerá da teoria da causalidade adotada, já que, em apertada síntese, todas as condições serão relevantes para a teoria da *condition sine qua non*, ao passo que para a teoria da causalidade adequada só importará aquela que possuir uma aptidão genérica para a produção do resultado e, por fim, para a teoria do dano direto e imediato na formulação de Pothier, só adentrarão na esfera jurídica aquelas condições que superarem o teste da *necessariedade*.

A título de ilustração, em junho de 2009, um hotel localizado na região serrana do estado do Rio de Janeiro foi condenado a indenizar os familiares de dois hóspedes que vieram a falecer em decorrência de moléstia transmitida por picada de carrapato.¹⁷⁷ As vítimas se hospedaram no hotel, ou seja, celebraram contrato de consumo, sendo cediço que em tais casos a responsabilidade do fornecedor independe de culpa. No curso desta relação foram picadas por carrapato, sendo-lhes transmitida febre maculosa, moléstia que só oferece risco de morte quando não diagnosticada e tratada em tempo hábil.¹⁷⁸

As vítimas, após apresentarem sintomas genéricos de mal-estar e cansaço, foram submetidas à avaliação médica e erro de diagnóstico, não lhes sendo conferido tratamento adequado em um primeiro momento, tendo, ambas, vindo a falecer dias depois. A vigilância sanitária inspecionou a área do hotel, não encontrando a presença de carrapatos, transmissores da doença. Contudo, em uma área externa indicada como aprazível para uma caminhada, foram encontrados vetores da moléstia.

Como já afirmado, todos os fatores ou condições que tiverem uma ligação com o dano serão, potencialmente, causas desse dano. Então, a investigação passa a visar a forma pela qual essas causas potenciais estão entre si interligadas. Inicialmente, há duas possibilidades: as causas potenciais podem ser complementares (ou concausas) ou concorrentes (ou cumulativas).

Se forem complementares, todas terão contribuído para o dano, devendo-se, então, perquirir se são sucessivas e, neste caso, verificar qual delas produziu diretamente o dano,

¹⁷⁷ TJRJ, 48 Vara Cível da Comarca da Capital. Proc. no. 2007.001.188.017-2, julg.: 03/06/2009.

¹⁷⁸ “No Brasil, a doença transmitida por carrapatos que mais preocupa é a febre maculosa: se não tratada corretamente, ela pode levar à morte em até duas semanas! Mas, por ser característica das zonas rurais e aparecer normalmente em focos isolados, infelizmente a febre maculosa acaba caindo no esquecimento. A situação se agrava pelo fato de ser uma doença difícil de diagnosticar, já que seus sintomas se assemelham ao de várias outras moléstias. Quando essa dificuldade no diagnóstico se junta ao desconhecimento por parte da população e à negligência e desinformação de médicos e governos, o número de mortes por febre maculosa pode chegar a 80% dos casos não tratados”. (RAMOS, Maria. Febre Maculosa. In: *Invivo. Saúde*. Fiocruz. Disponível em: <<http://www.invivo.fiocruz.br>> Acesso em: 25 ago. 2010).

afastando, pois, a causa indireta, ou se são causas concomitantes, buscando neste caso identificar qual delas foi a preponderante para a consecução do dano, afastando assim a causa remota ou, não sendo possível determinar a preponderância, fixar a responsabilidade solidária, nos termos do artigo 942 do Código Civil¹⁷⁹.

A febre maculosa, transmitida pelo carrapato e a demora no diagnóstico e tratamento configuram a hipótese de causas complementares sucessivas, ou seja, ambas contribuíram para o resultado danoso, tendo uma atuado após a outra e, do atuar de todas adveio a morte. O Tribunal de Justiça entendeu que a febre maculosa foi a causa direta e, sendo assim, reconheceu a responsabilidade do hotel.

Caso se tratasse de hipótese de causas concorrentes ou cumulativas, apenas uma seria determinante para o efeito danoso e, conseqüentemente, as demais seriam desconsideradas, por não serem qualificadas como causas jurídicas do dano a ser reparado. Neste ponto, ou seja, quando em face de uma pluralidade de causas, é que reside a grande dificuldade de se estabelecer a forma pela qual será selecionada a causa do dano.

Além disso, o desempenho da primeira função do nexo causal é bastante dificultado quando, ao invés de uma multiplicidade de causas possíveis em torno de um dano, há uma multiplicidade subjetiva, ou seja, quando a causa apesar de única ou passível de determinação, há uma pluralidade de sujeitos envolvidos, não sendo possível determinar qual deles desencadeou a cadeia causal em direção ao dano. Trata-se da hipótese de danos causados por membro indeterminado de um grupo, problema central para esta dissertação e que, por essa razão, será abordado em mais detalhes no capítulo 3.

2.3.2. O dano ressarcível pela responsabilidade civil

O dano ressarcível pelo instituto da responsabilidade civil é qualificado pela certeza, imediatidade e injustiça.

O elemento certeza significa que não são ressarcíveis os danos hipotéticos, mas tão somente aqueles comprovados, na seara dos danos patrimoniais, e os alegados, tendo em vista a sua natureza *in re ipsa*, no âmbito dos danos extrapatrimoniais. Isto porque, “a lesão ao

¹⁷⁹ Art. 942, CC/2002. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

interesse do prejudicado deve ser real e efetiva sem deixar dúvida acerca da sua existência ou realidade”.¹⁸⁰

Destaca-se que o elemento certeza comporta o dano emergente, consistente na efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito, e os lucros cessantes, representativos do que razoavelmente se deixou de lucrar. O dano emergente corresponde à diferença patrimonial resultante do dano, ou seja, equivale à diferença do que se tinha antes e depois do ato ilícito. Já os lucros cessantes apresentam maior dificuldade de mensuração, visto que a sua quantificação depende não de uma simples operação matemática, mas sim, da aplicação do princípio da razoabilidade.

Segundo a lição de Sérgio Cavalieri, os lucros cessantes consistem “na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima”.¹⁸¹ Disto decorre que aquele que alega um prejuízo sob esse fundamento deve instrumentalizar o seu pedido de forma a permitir a apreciação judicial dessa frustração de lucro futuro. Esta instrumentalização mínima, no entanto, não significa prova cabal, dirigindo-se ao juízo de convencimento do magistrado, exatamente porque os lucros cessantes são presumidos a partir do ganho usualmente percebido até a ocorrência do dano¹⁸².

Ainda sobre o elemento certeza, cumpre noticiar, em breves linhas, a proposta ofertada pela teoria da perda de uma chance¹⁸³, desenvolvida na França¹⁸⁴. Por esta teoria, a chance perdida configura um dano indenizável, ou seja, não se trata de dano futuro nem hipotético, mas sim, de uma extensão do próprio conceito de dano. Glenda Gondim¹⁸⁵ afirma que a perda de uma chance é caracterizada pela união dos seguintes elementos: “a conduta do agente; um resultado que se perdeu, podendo ser caracterizado como dano; o nexos causal entre a conduta e as chances que se perderam”.

¹⁸⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 164.

¹⁸¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2006. p. 97.

¹⁸² Cf.: NALIN, Paulo Ribeiro. Presunção de lucros cessantes: reflexões em torno de uma tendência jurisprudencial. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 3. Rio de Janeiro: Padma, julho/setembro/2000, pp.3-14.

¹⁸³ Para uma análise mais aprofundada do assunto, ver, por todos, SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

¹⁸⁴ Paulo de Tarso Vieira Sanseverino noticia que o precedente mais antigo no direito francês foi apreciado em 1889, quando a Corte de Cassação acolheu a demanda indenizatória pela perda da chance de prosseguimento de um processo – e da possibilidade de ganhar o referido processo – provocada pela conduta negligente de um oficial ministerial. (*Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 166).

¹⁸⁵ GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. In: *Revista dos Tribunais*. – RT, n.840, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./2005, pp.11-36, p.23.

Nessa perspectiva, “a chance é a possibilidade de um benefício futuro provável, consubstanciada em uma esperança para o sujeito, cuja privação caracteriza um dano pela frustração da possibilidade de alcançar esse benefício possível”.¹⁸⁶ Em outros termos, o dano consubstanciado na chance perdida congrega a certeza da privação de uma oportunidade e a dúvida acerca do proveito obtido caso a oportunidade tivesse sido exercida.

A teoria da perda de uma chance vem recebendo acolhida dos tribunais pátrios, especialmente em pretensões relativas à responsabilidade civil do médico e do advogado. Entretanto, foi no caso do Show do Milhão, decidido pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁸⁷ que a teoria teve maior repercussão no ordenamento brasileiro.

No referido concurso de perguntas e respostas promovido pela rede SBT, os candidatos ao prêmio de um milhão de reais em barras de ouro eram submetidos a uma série de questionamentos que, uma vez respondidos corretamente, lhes assegurava a permanência no programa e a chance de ganhar o prêmio máximo. Após acertar um determinado número de perguntas e garantir um prêmio de quinhentos mil reais, a candidata se deparou com a pergunta derradeira que versava sobre o percentual do território brasileiro reconhecido constitucionalmente aos indígenas¹⁸⁸. As opções de respostas traziam diferentes percentuais, implicando assim na inexistência de alternativa correta, já que a Constituição Federal, em seu artigo 231 não traz previsão dessa natureza.

A candidata não respondeu a pergunta, recebendo o prêmio de quinhentos mil reais e, fato seguinte, ingressou com demanda judicial, julgada procedente em primeira instância e mantida pelo Tribunal da Bahia, condenando a rede de televisão ao pagamento da diferença do prêmio, ou seja, a quinhentos mil reais. Em sede de recurso especial, o STJ deu parcial provimento ao recurso, reduzindo a indenização para cento e vinte cinco mil reais, ao argumento de que esse valor correspondia à probabilidade matemática de acerto da questão.

¹⁸⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 167.

¹⁸⁷ Ementa: RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (STJ, 4T. REsp. 788.459. Rel. Min. Fernando Gonçalves, julg.: 8/11/2005).

¹⁸⁸ Como noticia Sergio Savi, a última pergunta era a seguinte: “A Constituição reconhece direitos dos índios de quanto do território brasileiro?” As alternativas de resposta foram: 22%; 2%; 4%; ou, 10%. (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 76).

Além da certeza, o dano ressarcível pela responsabilidade civil deve ser imediato, o que denota a íntima conexão entre essa qualidade do dano e o nexos de causalidade, encerrando certa dificuldade, tendo em vista inexistir consenso acerca de qual teoria sobre causalidade foi adotada pelo ordenamento brasileiro. Entretanto, como atentamente observado por Caitlin Mulholland¹⁸⁹, a diferenciação entre as teorias é de pouca relevância, visto que às formulações originais são apostas novas premissas que acabam por misturar ambas as teses.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que o requisito da imediatidade, por um lado, obsta o ressarcimento dos danos indiretos ou por ricochete e, por outro, abarca os danos que, ainda que não diretamente decorrentes do fato lesivo, sejam um seu efeito necessário.

Isto porque, adotando-se a teoria da causalidade adequada, como já alertou Clóvis do Couto e Silva, após uma análise em abstrato, com o fito de verificar se o fato tem a aptidão genérica para produzir aquele efeito, deve-se proceder a uma valoração da situação concreta, a fim de verificar se “foi causa ou concausa, *in concreto*, ou se não contribuiu para o acontecimento”.¹⁹⁰ E, pela subteoria da necessariedade da causa, os adjetivos “direto” e “imediato” são interpretados em conjunto, significando necessário.

Assim, como regra, não são ressarcíveis os danos indiretos¹⁹¹, a exemplo do dano reflexo ou por ricochete, ou seja, ainda que os efeitos da ação ou omissão repercutam negativamente em pessoa estranha a relação jurídica na qual o dano tenha sido diretamente

¹⁸⁹ “Em resumo: a adoção de uma ou outra teoria não traz, na prática jurisprudencial, grandes diferenciações. Na medida em que as teorias, tanto a da causalidade adequada, quanto a do dano direto e imediato, vêm sendo relativizadas através da adoção de critérios outros que não aqueles originalmente dispostos por seus formadores, parece perder terreno o debate em torno de qual a doutrina a ser aplicada.” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 193).

¹⁹⁰ “Aludiu-se que é necessário que o fato em geral possa ser causador do dano. A valorização, porém, não é subjetiva. Não pode ser respondida em abstrato, mas em face da situação concreta. Se alguém lançou uma pedra contra outrem, atingindo-o temos o problema. [...] Se alguém morreu logo após receber a batida, temos a presunção de que esta foi a causa, ou pelo menos concausa. Mas, poderia também não significar elemento capaz de gerar a morte e nessa hipótese estaria excluída a participação de quem a lançou no nexos de causalidade. [...] Não se perguntará, portanto, se, em geral, o golpe sofrido poderia acarretar morte; mas, se em concreto a morte seria resultado do impacto sofrido. [...] O estar lesionado, ou ferido, por outro agente, não exclui a participação do autor do segundo golpe. O necessário, para colhê-lo nas malhas do nexos de causalidade, é que seu ato possa, em geral, ocasionar o evento. Em segundo momento, verificar-se-á se foi causa ou concausa, *in concreto*, ou se não contribuiu para o acontecimento” (COUTO E SILVA, Clóvis. Dever de indenizar. In.: FRADERA, Vera Maria Jacob (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp.191-215, p. 195-196).

¹⁹¹ “Regra no direito brasileiro é a indenização do dano direto e imediato, assim entendido o dano derivado necessariamente da conduta do ofensor. Por conta disto, no comum dos casos, é a vítima imediata do dano a pessoa legitimada a pleitear indenização. Exceção a esta regra ocorre, no Brasil, na chamada responsabilidade por dano-morte ou por homicídio, em que se indeniza não o falecido, mas as pessoas atingidas pela morte da vítima, e, portanto, apenas indiretamente pelo evento que lhe deu causa. Assim é que os danos indiretos, reflexamente causados a terceiros (“danos por ricochete”), sem qualquer violação à relação contratual ou extracontratual, não encontram guarida no ordenamento jurídico brasileiro justamente porque não decorrem direta e imediatamente do ato ilícito” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais títulos de crédito, responsabilidade civil e privilégios creditórios* (arts.421 a 965). vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 870).

produzido, não são indenizáveis¹⁹², exceto na hipótese de homicídio que gera a obrigação de prestar alimentos àqueles que dependiam do morto¹⁹³. Excepcionalmente, no entanto, estes danos serão reparáveis, visto que o parâmetro determinante do dever de indenizar funda-se na necessidade.

Por fim, em que pese o legislador brasileiro não ter previsto expressamente a qualidade do dano ressarcível por intermédio do instituto da responsabilidade civil, essa apreciação mostra-se necessária, na medida em que dispensá-la significaria aceitar que o princípio da reparação fosse submetido unicamente ao conceito naturalista do dano, quando na verdade, o mesmo é orientado pela norma e, sendo assim, a noção jurídica torna-se indispensável para a seleção dos danos ressarcíveis, assim como para a determinação da extensão do dever de reparar¹⁹⁴.

Nessa perspectiva, a qualificação do dano ressarcível pelo instituto da responsabilidade civil mostra-se necessária porque há uma imensidão de hipóteses experimentadas cotidianamente de danos justos que devem ser suportados pela vítima por serem decorrentes de atividades tuteladas pelo ordenamento e exercidas dentro do padrão ditado pelos valores ético-sociais.

Luis Díez-Picazo¹⁹⁵ ilustra essa assertiva citando o exemplo do pequeno comerciante que suporta o dano resultante da concorrência com a grande empresa e o do proprietário que tem sua casa desvalorizada em função da desativação de um campo de golfe antes situado nas proximidades, dentre outros. Este último exemplo é comumente analisado nos manuais de economia sob o título de externalidades¹⁹⁶.

¹⁹² Sobre o dano indireto, leciona Sérgio Cavalieri: “Os efeitos do ato ilícito podem repercutir não apenas diretamente sobre a vítima mas também sobre pessoa intercalar, titular de relação jurídica que é afetada pelo dano não na sua substância, mas na sua consistência prática”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 124).

¹⁹³ Art. 948, CC: No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima. O artigo 1537 do Código de 1916 disciplinava igualmente a matéria.

¹⁹⁴ “Não se deve pensar que o princípio da reparação se submeta unicamente a um conceito puramente naturalista do dano. A noção de reparação é comandada pela norma jurídica. Em consequência, é preciso examinar se há interesse jurídico na reparação a fim de que o pedido não seja arbitrário. [...] A importância da noção jurídica de interesse é que ela determina a extensão do dano que alguém esteja obrigado a indenizar. Se a noção de dano fosse simplesmente um conceito naturalista, seriam as leis da física que dariam as regras próprias para a fixação dos limites do dano indenizável. Entretanto, há uma noção física de dano e uma noção jurídica. Como sucede muitas vezes, a norma jurídica seleciona uma fração do fato social para transformá-lo numa situação jurídica.” (SILVA, Clóvis do Couto. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp.217-234, p. 219).

¹⁹⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*. Madri: Civitas, 1999, p. 294.

¹⁹⁶ “Dizemos que uma situação econômica envolve uma externalidade de consumo se um consumidor se preocupa diretamente com a produção ou o consumo de outro agente. [...] De forma similar, uma externalidade na produção surge

Destaca-se que, não só um dano patrimonial pode ser justo, como também o extrapatrimonial. Retornando à análise econômica das externalidades, usualmente também é apresentado o caso da vacinação. Um indivíduo vacinado representa uma externalidade positiva para toda a população, à medida que contribui para o controle de determinada moléstia, assim como o não vacinado representa uma externalidade negativa. Existe um rol obrigatório de vacinas, entretanto, existe um sem-número de outras vacinas que, embora recomendáveis, não são obrigatórias. Assim, a recusa está inserida na esfera de liberdade individual, mesmo que dessa decorra o incremento da exposição da coletividade ao risco.

A qualificação do dano como injusto foi a solução encontrada pelo direito civil italiano, insculpida no artigo 2043, do Código de 1942, para tais hipóteses. Sem embargo das divergências referentes ao real significado da cláusula geral, defende-se nesta sede que ela se presta a dois papéis: a permitir a ressarcibilidade dos danos decorrentes de atos lícitos e, também, a reprimir demandas infundadas¹⁹⁷.

Carlos Edson Monteiro Filho¹⁹⁸ afirma que o primeiro plano de investigação na responsabilidade civil diz respeito à demonstração dos seus pressupostos. No entanto, deve-se ir além da mera demonstração (dano patrimonial) ou alegação (dano moral¹⁹⁹), buscando os elementos que caracterizem o dano como injusto, a partir de um procedimento de ponderação²⁰⁰ dos interesses conflitantes. Dito de outra forma, a qualidade da injustiça do

quando as possibilidades de produção de uma firma são influenciadas pelas escolhas de uma outra firma ou consumidor. [...]. A característica crucial das externalidades é que há bens com os quais a pessoa se importa e que não são vendidos nos mercados. Não há mercado para música alta às 3 da manhã ou para fumaça levada por charutos baratos, ou um vizinho que mantém um bonito jardim de flores. É a falta destes mercados para externalidades que causa problemas” (VARIAN, Hal R. *Microeconomia: princípios básicos*. 4.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1994, p. 597).

¹⁹⁷ “*Modernamente, sin embargo, aunque se admite que el criterio de la injusticia del daño tiene por objeto circunscribir el área de los daños resarcibles y evitar que una propagación irracional de los mecanismos de la tutela indemnizatoria (...). Hay que identificar aquellos intereses que sean dignos de la tutela jurídica y que, por eso cuando son lesionados, hacen nacer acciones indemnizatorias, frente a otros que no se encuentran en tal caso. (...) A nuestro juicio, es cierto que el ordenamiento jurídico organiza un sistema de protección de intereses, de manera que las lesiones que éstos puedan experimentar son resarcibles, frente a otros intereses que no se encuentran en el mismo caso. (...) Dicho de otro modo, el problema es si sólo generan pretensión indemnizatoria los intereses especialmente protegidos o la generan todo tipo de intereses, salvo que exista una específica desprotección legal. A nuestro juicio no puede olvidarse que, como se señaló más arriba, el principio general es la libertad de actuación respecto del cual el sistema de derechos de daños actúa como tope. Para delimitar los daños resarcibles es preciso encontrar, en el ordenamiento jurídico, un sistema de protección o de valoración. En este caso se encuentran sin duda, los bienes que aparecen constitucionalmente protegidos.* (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*. Madri: Civitas, 1999, p. 294-297).

¹⁹⁸ MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 124.

¹⁹⁹ O dano extrapatrimonial, não deve ser demonstrado, mas tão somente alegado, tendo em vista ser este *in re ipsa*.

²⁰⁰ “A ponderação consiste, em uma técnica de decisão jurídica aplicável aos casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas”. (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p.358).

dano só será verificada em concreto, isto porque, injusto é o dano “quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida”.²⁰¹

O fato de se advogar a tese de que somente os danos injustos devem ser ressarcíveis, não significa que os danos justos não possam ser compensados. Para estas situações que, apesar de legítimas, podem implicar em prejuízos, há a solução oferecida pelo contrato de seguro. Assim, os danos justos podem ser compensados por meio de uma obrigação primária, direta e contratual, enquanto que só os injustos devem derivar de uma obrigação sucessiva, qual seja, da responsabilidade.

2. 4. A causa do dano e a cobertura securitária

No âmbito de um contrato de seguro, o dano ressarcível será aquele decorrente de um risco predeterminado e, além disso, para cujo implemento a própria vítima, na qualidade de segurado ou de beneficiário (ou ambos, simultaneamente), ou terceira pessoa em proveito daqueles, não tenha direta e propositadamente contribuído.

Isto porque, em que pese o contrato de seguro consistir em um instrumento a favor do ressarcimento da vítima, a técnica securitária pressupõem uma base comunitária que precisa ser protegida e, além disso, deve estar em consonância com o preceito de ordem pública²⁰², consubstanciado na função social do contrato²⁰³.

Neste contexto, preliminarmente a análise da relação entre causa dos danos e cobertura securitária, faz-se necessária a apresentação, ainda que sintética, dos elementos essenciais do

²⁰¹ BODIN de MORAES, Maria Celina. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 179.

²⁰² Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

²⁰³ Para uma análise crítica acerca do conteúdo e alcance da função social do contrato, ver: TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In. TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor RICARDO PEREIRA LIRA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp.395-405; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito Contratual contemporâneo: a função social do contrato. In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor RICARDO PEREIRA LIRA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 369-394.

contrato de seguro, enumerados pelo legislador de 2002, tendo em vista que a conjugação desses impõe a conclusão de que o dano ressarcível pelo seguro é aquele afeto a um interesse legítimo do segurado e decorrente de um risco predeterminado no contrato, pelo qual o segurado paga um prêmio correspondente a garantia ofertada pelo segurador desde a celebração da avença.

Embora não seja função precípua do legislador definir os institutos jurídicos, o contrato de seguro foi conceituado tanto pelo Código Civil de 1916, quanto pelo Código Civil de 2002. A comparação de ambos os conceitos legais evidencia a evolução e o amadurecimento no que diz respeito ao tratamento dispensado a espécie contratual em voga.

No Código de 1916, artigo 1432, o contrato de seguro era definido como “aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la de prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato”. Esta conceituação, ao determinar como prestação principal do segurador a indenização e a do segurado o pagamento do prêmio, encerrava dois graves problemas: i) insuficiência do conceito para abarcar as duas modalidades de seguro (dano e pessoas); e, ii) incompatibilidade da definição com o caráter bilateral do contrato. Além dessas questões, o conceito trazido pelo Código de Beviláqua ensejou uma divergência doutrinária em relação à natureza jurídica do contrato de seguro, se comutativo ou aleatório.

Em primeiro lugar, o fundamento indenitário, em que pese estar presente no seguro de dano, inexistente no seguro de pessoas, à medida que, enquanto o seguro de dano não ultrapassa o valor da coisa segurada, sendo este o valor máximo permitido para o ressarcimento, no seguro de pessoa o valor do prêmio corresponde ao valor consignado no contrato, que é o reflexo da vontade e das possibilidades do segurado. Assim, este último não possui caráter indenitário, mas sim compensatório.

Conseqüentemente, o conceito insculpido no artigo 1432 do Código de 1916, não englobava as duas modalidades de contrato de seguro disciplinadas pelo Código Civil, fato este corroborado pela disposição do artigo 1471 do mesmo diploma que definiu o seguro de vida como aquele que “tem por objeto garantir, mediante o prêmio anual que se ajustar, o pagamento de certa soma a determinada ou determinadas pessoas, por morte do segurado”.²⁰⁴

Destaca-se que, ainda que essa crítica possa ser flexibilizada pelo reconhecimento de que o Código revogado adotava uma conceituação plural, definindo o seguro de dano em seu

²⁰⁴ Destaca-se que, ainda que essa crítica possa ser flexibilizada pelo reconhecimento de que o Código revogado adotava uma conceituação plural, definindo o seguro de dano em seu artigo 1432 e o seguro de pessoas no artigo 1.471, permanece a crítica referente ao não atendimento dos diversos seguros de responsabilidade.

artigo 1432 e o seguro de pessoas no artigo 1.471, permanece a crítica no que diz respeito ao não atendimento dos diversos seguros de responsabilidade.

Em segundo lugar, sendo a indenização a prestação principal do segurador, a bilateralidade do contrato subordinava-se à condição suspensiva de ocorrência do sinistro, já que, não ocorrendo este, “o segurador nada pagaria ao segurado em contrapartida ao pagamento do prêmio”.²⁰⁵ Em decorrência desta conceituação, doutrina tradicional afirmava o caráter aleatório²⁰⁶ do contrato de seguro, exatamente porque, enquanto que para o segurado sempre existia o dever de pagar integralmente o prêmio, para o segurador a prestação de pagar a indenização era incerta.

O Código Civil de 2002, se não finalizou estas discussões, certamente, instrumentalizou eficazmente o debate, visto ter positivado uma definição unitária fundamentada em um conceito suficientemente amplo para abarcar as duas modalidades de seguro, assim como, ao estabelecer o dever de garantia como principal prestação do segurador, confirmou a bilateralidade do contrato e, com isso, indicou a natureza comutativa do mesmo.

Nos termos do artigo 757 do Código Civil de 2002, “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”. Desta conceituação depreendem-se os elementos essenciais do contrato de seguro – prêmio; garantia; interesse legítimo (segurável); risco; e, empresarialidade²⁰⁷.

O prêmio é a principal obrigação do segurado e consiste em uma prestação pecuniária correspondente ao preço do risco coberto ou, como propõe Ernesto Tzirulnik²⁰⁸, o “prêmio é o preço da garantia”. No entanto, o que o faz essencial é a técnica securitária, ou seja, o caráter oneroso do contrato de seguro é uma decorrência necessária da natureza comunitária do seguro, fundamentada no mutualismo²⁰⁹, base de toda operação securitária.

²⁰⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais títulos de crédito, responsabilidade civil e privilégios creditórios* (arts. 421 a 965). vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 561.

²⁰⁶ Cf.: ALVIM, Pedro. *O Contrato de seguro*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. III. 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.; GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.; SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de seguro no cotidiano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

²⁰⁷ Este último elemento encontra-se previsto no parágrafo único do mesmo dispositivo que determina que “somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada”.

²⁰⁸ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro: de acordo com o novo Código Civil Brasileiro*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais: 2003, p. 38.

²⁰⁹ “É o prêmio, também, elemento essencial do contrato, na medida em que representa, tecnicamente, o valor do risco garantido, não sendo possível, sem ele, formar o fundo comum necessário a fazer frente aos pagamentos das indenizações

Como já afirmado no capítulo 1, o mutualismo pode ser compreendido como a união de esforços para um fim comum que, no caso, consiste na pulverização dos efeitos negativos da materialização de um risco. O mutualismo, assim como o seguro, não imuniza dos riscos, mas, permite a minimização dos prejuízos decorrentes da sua concretização, tendo em vista que, para suportá-los, é gerido um fundo comum que congrega os prêmios de um universo de interesses sujeitos ao mesmo risco²¹⁰.

A técnica securitária consiste precisamente na pulverização dos riscos entre o conjunto de segurados a partir da constituição do fundo comum que, simultaneamente, distingue o seguro do jogo e da aposta e impõe a natureza comunitária da espécie contratual. No jogo e na aposta, a álea é essencial, visto que é o fator sorte que determinará a quem será devido “o pagamento de certa soma em dinheiro, ou a entrega de certo objeto determinado, ao ganhador, conforme o resultado de um evento fortuito”.^{211, 212}

No contrato de seguro, a álea, além de não ser essencial, desaparece, visto que a incerteza quanto a ocorrência de um evento futuro e incerto, torna-se certeza matemática a partir da aplicação da Lei dos Grandes Números²¹³, desde que os riscos sejam corretamente mensurados, o que requer a empresarialidade da entidade seguradora e a predeterminação contratual dos riscos assumidos.

securitárias”. (GOULART, Úrsula Santos de Ávila. *O agravamento do risco no contrato de seguro*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 72).

²¹⁰ “O segurador nada mais é do que um garante do risco do segurado, uma espécie de avalista ou fiador dos prejuízos que dele podem decorrer. Tão forte é essa garantia que até costuma-se dizer que o seguro transfere os riscos do segurado para o segurador. Na realidade, não é bem isso o que ocorre. O risco, de acordo com as leis naturais, é intransferível. Com o seguro ou sem seguro, quem continua exposto a risco é a pessoa ou coisa [...]. O que o seguro faz é transferir as consequências econômicas do risco caso ela venha a se materializar em um sinistro. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 437).

²¹¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais títulos de crédito, responsabilidade civil e privilégios creditórios (arts.421 a 965)*. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 625.

²¹² Em sua fase embrionária, em decorrência da inexperiência natural em relação a algo novo, o seguro foi por vezes confundido com o jogo e com a aposta, quando era utilizado não para cobrir um risco real, mas sim um risco criado pelo próprio contrato. Neste sentido, Luis Eduardo Meurer Azambuja noticia que “sobre a forma de seguro, realizavam-se apostas sobre a vida de pessoas importantes, como príncipes e dignitários da Igreja, comprometendo-se uma das partes ao pagamento de certa soma em dinheiro se sobrevivessem a certa data” (*Direito Securitário e Boa-fé: o dever de informação nos contratos de seguros*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Patrimonial). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, p. 22).

²¹³ “Nessa técnica estatística singela e prosaica, reside o segredo do negócio jurídico de seguro. Os riscos, aqueles eventos danosos que nos podem afetar no futuro, absolutamente imprevisíveis quando os tratamos individualmente, ou em ocorrências de pequenas grandezas numéricas, tornam-se matematicamente previsíveis quando os podemos referir a ‘grandes números’ de ocorrências”. (SILVA, Ovídio A. Baptista. *Relações jurídicas comunitárias e direitos subjetivos. I Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho* (anais). São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 37).

Por esta razão, o seguro só existe enquanto contrato comunitário, cuja técnica específica é baseada no mutualismo²¹⁴, ou seja, na cooperação implícita entre um conjunto de pessoas. Em virtude de ser a solidariedade endógena a própria técnica securitária, alguns juristas declararam a natureza aleatória deste contrato, olvidando que, a mesma só subsiste a partir dessa cooperação que não precisa ser declarada, ou seja, não é necessário que um conjunto de pessoas detentoras de interesses sujeitos ao mesmo risco se una para a constituição do fundo comum, podendo restar essa função de seleção e agrupamento de tais interesses, a cargo da seguradora.

Contudo, esta conclusão deriva da análise meramente estrutural do instituto, isto porque quando observado isoladamente, o contrato de seguro se apresenta, de fato, como aleatório: a incerteza quanto à prestação do segurador é patente. Contudo, a análise funcional aponta a sua natureza comutativa. Isto porque, só pode ser qualificado como seguro o contrato desenvolvido à luz da técnica securitária, que pressupõe a existência de um conjunto de contratos objetivamente semelhantes²¹⁵, impondo assim a natureza comutativa do contrato²¹⁶.

Dito de outra forma, embora seja impossível precisar qual dos segurados sofrerá o sinistro, é possível calcular aproximadamente quantos sofrerão e prestar, desde a celebração do contrato, a garantia de ressarcibilidade dos prejuízos ou danos concretizados²¹⁷. Esta

²¹⁴ Como já afirmado em outra sede, “embora o contrato de seguro seja um negócio autônomo entre segurador e segurado, só se torna viável se existe base mutua para custeá-lo” (PEYNEAU, Fernanda Paes Leme; BELTRÃO, Kaizô Iwakami; SUGAHARA, Sonoe; MENDONÇA, João Luís; FIFUEIREDO, Simone. *Potencial do mercado de seguros no Estado de São Paulo*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2009, p. 1).

²¹⁵ “Os contratos individuais, por meio dos quais os segurados aderem ao sistema, funcionam como uma espécie de ‘contratos-meio’, como elementos formadores do contrato de seguro. Este não poderá existir sem os contratos individuais que o formam; e nem essas relações jurídicas individuais formarão um contrato de seguro se não se constituir, pela reunião de uma infinidade de instrumentos deste tipo, o ‘contrato-fim’. Certamente os contratos individuais não são apenas negócios instrumentais, como se fossem componentes de um contrato complexo e servissem somente para formar o contrato unitário de seguro. Não se trata disso. O que se pretende significar é que o contrato individual constituirá um negócio jurídico de seguro se o segurador contratar uma infinidade de contratos análogos”. (SILVA, Ovídio A. Baptista. *Relações jurídicas comunitárias e direitos subjetivos. I Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho* (anais). São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 44.)

²¹⁶ Defende-se nessa sede a natureza comutativa do contrato de seguro, sendo a principal obrigação do segurado o pagamento do prêmio e da seguradora a garantia contra riscos predeterminados. Contudo, merece destaque a reflexão da Ministra Nancy Andrigui sobre essa questão: “Assim, a necessidade de segurança contra riscos que são individualmente incertos leva um grupo de pessoas, sob a administração de uma seguradora, ao um esforço mútuo e recíproco para se precaver contra prejuízos que são coletivamente, e segundo cálculos estatísticos, certos. Tal fato revela a natural dificuldade doutrinária de se classificar um contrato que é individualmente aleatório, mas coletivamente comutativo”. (STJ. 3T. REsp. 988.044/ES. Rel.: Min. Nancy Andrigui. Julg: 17/12/2009).

²¹⁷ Ricardo Bechara Santos crítica essa posição afirmando ser “equivocado o argumento de que a sociedade seguradora, na medida em que exercendo sistematicamente a sua atividade na função de gestora de um mutualismo do qual faz parte cada segurado, chegando a reunir um fundo de prêmios suficiente para pagar os capitais segurados e estabelecendo um sistema tal de provisionamento técnico que torna remota a sua insolvência, liberaria por isso mesmo o contrato de seguro de seu caráter aleatório. Nada mais equivocado e anacrônico, porque o contrato de seguro é aleatório mesmo por sua própria natureza [...] porque, desassombadamente, os ganhos e as perdas das partes, por mais atuarial que seja a atividade da seguradora, por mais que se faça resseguro, co-seguro, retrocessão, estão na dependência de circunstâncias futuras e incertas do risco” (SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de seguro no cotidiano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. XXIII).

inclusive foi a orientação do legislador pátrio ao determinar como prestação principal da seguradora o dever de garantia.

Apesar de instigante a divergência doutrinária acerca da natureza jurídica do contrato de seguro, importa mais observar que, essa espécie contratual principalmente evidencia a crise atual pela qual passa o direito subjetivo²¹⁸. Isto porque a sua noção clássica atrelada à idéia de poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito para a realização de seus próprios interesses, contemporaneamente é funcionalizado aos valores sociais. E, se é verdade que, hodiernamente, um interesse para ser tutelado tem que, além de atender os interesses do seu titular, observar também os da coletividade, mais rígida ainda torna-se esta obrigação quando se trata de um contrato que, por natureza é comunitário e fundado em bases solidárias²¹⁹.

Nesse sentido afirma-se que a funcionalização do contrato de seguro é peculiarmente caracterizada pela necessidade de compatibilização de três centros de interesses: i) do segurado e do segurador, em uma perspectiva individual; ii) do conjunto de segurados e do fundo por eles constituído, em uma perspectiva coletiva interna; e, iii) dos centros de interesses acima descritos com o da coletividade externa.

Em outros termos, sendo o seguro um contrato comunitário, a relação estabelecida entre seguradora e segurado deve atender não apenas os objetivos perquiridos pelas partes em suas relações isoladas, mas sim o fim almejado pelo conjunto de relações que compõem a base mutuarria do sistema, permitindo a sua própria existência e, além desses, os objetivos socialmente relevantes, à medida que, além da sua função econômica própria, o contrato de seguro deve atender a função social dos contratos²²⁰.

²¹⁸ O direito subjetivo nasceu atrelado à idéia de um poder conferido ao indivíduo para a realização de seus próprios interesses sob a égide da já ultrapassada doutrina voluntarista que reconhecia na autonomia um valor em si. O direito subjetivo, tal qual tradicionalmente concebido, atendia aos propósitos individualistas e, por isso mesmo, não realiza os anseios de uma sociedade solidária e instruída por valores personalistas, na qual reconhece-se que as situações subjetivas em uma perspectiva funcional são complexas, alternando para as partes que a conformam momentos de poder e de dever. Neste sentido, Pietro Perlingieri resume a crise do direito subjetivo nos seguintes termos: “Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional” (*Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 121).

²¹⁹ Sobre esta questão, Miguel Reale Júnior adverte que “se o contrato deve atender ao interesse geral, não há contrato mais significativamente voltado ao interesse geral do que o contrato de seguro. [...] Nos contratos de seguro há uma comutatividade que decorre da existência de um conjunto, da existência de um grupo social. Este grupo social é constituído pela comunidade dos segurados, que é a parte destinatária do seguro. [...] Há um interesse geral de que esta comunidade seja atendida ao lado do interesse particular do segurado” (REALE JÚNIOR, Miguel. *Função Social do contrato: integração das normas do Capítulo XV com os princípios e as cláusulas gerais. III Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho”* (anais). São Paulo: IBDS, 2003, p. 47).

²²⁰ Nessa perspectiva, Úrsula Goulart afirma que a função social do contrato de seguro é “triplamente pacificadora, vez que traz garantia para o segurado contratante, para o grupo de segurados e, ainda, para os terceiros que contam com a existência e validade do seguro firmado para ter a paz de contrair obrigações e realizar negócios jurídicos com o segurado, sem receios de respingar-lhes as conseqüências do implemento de um risco não desejado” (GOULART, Úrsula Santos de Ávila. *O agravamento do risco no contrato de seguro*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 43).

Conseqüentemente, nos termos do artigo 757 do Código Civil de 2002, apenas os riscos relativos a interesse legítimo predeterminados no contrato de seguro é que são garantidos pelo segurador e ressarcíveis quando da eventualidade de ocorrência do sinistro. Isto porque, o interesse é o objeto mediato do seguro: quem contrata um seguro busca tranqüilidade, consubstanciada na certeza de que na eventualidade de ocorrência de um dano ou de determinada situação²²¹, as conseqüências pecuniárias do evento serão neutralizadas pelo fundo constituído pelo seguro, restando protegido o seu interesse²²².

Nesse sentido, a garantia oferecida pelo segurador na qualidade de prestação principal e, portanto, de objeto imediato do contrato, desde o momento do aperfeiçoamento da avença, é que permite que a segurança seja alcançada, independentemente da ocorrência ou não do sinistro²²³.

Ao avocar o interesse legítimo como fundamento do contrato de seguro, o legislador não apenas ofertou um conceito suficientemente amplo para abarcar as duas modalidades de seguros existentes, como, principalmente, positivou no âmbito do contrato de seguro uma das teses principais da contemporaneidade, consubstanciada na refutação da concepção da autonomia com dogma, em favor da submissão de todos os atos de autonomia a um juízo de merecimento de tutela.

Importante frisar que o interesse legítimo relaciona-se com o motivo determinante, representativo de uma relação de valor²²⁴ entre aquele que contrata o seguro e o bem ou as faculdades da vida (própria ou alheia), sendo certo que esse não pode ser ilícito, assim como deve ser merecedor de tutela, o que impõe concluir que os danos causados propositadamente

²²¹ Não é correto afirmar que o sinistro sempre diga respeito a um dano, visto existirem situações cobertas por seguro que, na verdade, representam algo bom, usualmente observável no seguro de vida com cobertura por sobrevida no seguro de vida. Cf. SOUZA, Antônio Lober Ferreira [et.al]. *Dicionário de Seguros*. 2ed. rev.e ampl. Rio de Janeiro: Funenseg, 2000, p.136.

²²² Gustavo Tepedino; Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza, comentando a definição insculpida no artigo 757 do Código Civil de 2002, afirmam que “trata-se de definição que consolida o conceito unitário de contrato de seguro, abrangendo, em seu âmbito, tanto os seguros de danos como os seguros de pessoas – isto é, da relação de valor existente entre o segurado e determinada coisa ou pessoa – como sendo objeto do contrato” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais títulos de crédito, responsabilidade civil e privilégios creditórios* (arts.421 a 965). vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 561).

²²³ A garantia oferecida pelo segurador é “representada pela segurança e tranqüilidade que é outorgada ao segurado, desde logo, pela contratação do seguro” (POLIDO, Walter Antônio. *Contrato de seguro: novos paradigmas*. São Paulo: Roncarati, 2010, p. 132).

²²⁴ Neste sentido, insta citar a lição de Fábio Konder Comparato: “o interesse segurável, como objeto material do contrato de seguro, não é pois uma coisa, mas uma relação, como o indica a própria etimologia (inter esse); mais precisamente, ele é a relação existente entre o segurado e a coisa ou pessoa sujeita ao risco” (COMPARATO, Fabio Konder. *O seguro de crédito: estudo jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 26).

pelo segurado, pelo beneficiário ou por terceiro a favor de um daqueles, não são cobertos pelo seguro.

Explica-se: além de o interesse não poder recair sobre objeto ilícito, como por exemplo, um seguro contra danos relativos a mercadoria guardada em depósito, consistindo essa em drogas ilícitas, deve atender também ao requisito da legitimidade. Por essa razão é que, por exemplo, ainda que seja permitida a contratação de seguro sobre a vida de outrem, essa deve ser justificada.

Em regra o seguro de vida é celebrado entre segurado e segurador, partes do contrato, em favor de um beneficiário, que pode ser o próprio segurado na hipótese de cobertura por sobrevivência ou terceira pessoa por ele indicada no caso de cobertura por morte. Na hipótese de seguro de vida com cobertura por morte pode-se, excepcionalmente, “fazer a operação inversa, isto é, o seguro do terceiro a favor do estipulante”²²⁵, sendo neste caso restringida a liberdade do estipulante²²⁶.

Excepcionando a regra do artigo 140 do Código Civil de que “os motivos que levaram o agente a praticar determinado negócio jurídico são irrelevantes para o direito”²²⁷, a validade do contrato de seguro de vida sobre a vida de outrem fica subordinada a justificação do interesse²²⁸ sobre a vida daquela pessoa, evitando-se assim que o seguro seja desvirtuado em um jogo ou aposta, atentando contra os preceitos de ordem pública²²⁹, ou até mesmo criminosos²³⁰.

²²⁵ ALVIM, Pedro. *O seguro e o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 153.

²²⁶ Art. 790, CC/2002. Art. 790. No seguro sobre a vida de outros, o proponente é obrigado a declarar, sob pena de falsidade, o seu interesse pela preservação da vida do segurado. Parágrafo único. Até prova em contrário, presume-se o interesse, quando o segurado é cônjuge, ascendente ou descendente do proponente.

²²⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações* (arts. 1º a 420). vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 277.

²²⁸ José Augusto Delgado esclarece que “o interesse a ser declarado é de natureza econômica ou jurídica. Tem de representar razões sociais, de moralidade e de conduta que justifiquem a atitude do estipulante. O interesse em preservar a vida da pessoa segurada não pode ser negativo. Ele há de representar ação a ser tomada pelo segurado no sentido de agir de modo que preserve a vida do segurado”. (DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil: das várias espécies de contrato. Do seguro* (arts. 757 a 802). vol. XI. tomo I. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 724).

²²⁹ Destaca-se que o legislador brasileiro optou por exigir a justificação pelo interesse na preservação da vida do terceiro, salvo se este for moral e presumido em função dos laços de parentesco. Neste sentido: “o requisito de justificação do interesse assegurável, portanto, desponta em relação ao seguro sobre a vida de terceiro, eis que assim o exigem os interesses ligados à ordem pública, no intuito de se evitar a formação de contratos para fins ilícitos ou mesmo criminosos”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais títulos de crédito, responsabilidade civil e privilégios creditórios* (arts.421 a 965). vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 600).

²³⁰ Sérgio Cavalieri Filho ilustra bem a questão, comentando o seguinte caso: “um empresário francês, dono de um restaurante na França, fazia seguro de vida para seus empregados, depois pagava-lhes um passeio turístico no Brasil e aqui os mandava matar (simulação de assalto ou acidente) para receber a indenização. Um deles sobreviveu e revelou a trama”

Ainda em decorrência da legitimidade do interesse enquanto fundamento do contrato de seguro, é nulo o contrato que visar garantir risco proveniente de ato doloso do segurado²³¹, visto que, além de desviar o contrato dos seus fins econômicos e sociais²³², afetaria o equilíbrio do fundo constituído, especialmente porque os riscos deixariam de ser homogêneos, o que inevitavelmente, repercutiria negativamente na esfera dos demais componentes da base mutuarial do seguro²³³.

A complexidade das situações subjetivas que se formam a partir do contrato de seguro, envolvendo três distintos centros de interesses, somado a qualidade do interesse segurado, obrigatoriamente valorado como legítimo, assim como à comutatividade do contrato, que impõe ao segurador o dever de garantia contra riscos predeterminados desde a celebração da avença, impõe, como já afirmado, a empresarialidade daquele que irá gerir o fundo, e, a estreita correlação entre os riscos cobertos e os danos ressarcíveis.

No que tange à empresarialidade da entidade seguradora, o legislador brasileiro demonstrou, desde a fase formativa do setor securitário, e ao longo do seu desenvolvimento, preocupação com as entidades que operacionalizavam seguros. Como já afirmado em outra sede²³⁴, a atividade seguradora iniciou com a vinda para o Brasil da Família Real²³⁵, sendo a época regida pelas Regulações da Casa de Seguros de Lisboa (de 1791) que, dentre outras coisas, estabelecia que todos os comerciantes instalados nas cidades do Reino, nacionais ou

(CAVALRI FILHO, Sérgio. A trilogia do seguro. *I Forum de Direito do Seguro 'José Sollero Filho* (anais). São Paulo: IBDS, 200, pp.85-98, p.94-95).

²³¹ Art. 762, CC/2002. Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro.

²³² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais títulos de crédito, responsabilidade civil e privilégios creditórios* (arts.421 a 965). vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 569.

²³³ A esse respeito, seja consentido remeter ao nosso: Função social nos contratos de seguro: a nova ordem contratual e sua implicação para os contratos de seguro à luz do CDC e do Código Civil. In. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 41, Rio de Janeiro: Padma, jan-mar./2010, pp.45-70.

²³⁴ BELTRÃO, Kaizô Iwakami; PEYNEAU, Fernanda Paes Leme; PINHEIRO, Sonoe Sugahara; MENDONÇA, João Luís Oliveira. *O perfil dos consumidores de previdência privada no Brasil: evolução de uma demanda (1992-2001)*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2004, p. 33.

²³⁵ A atividade seguradora inicia-se ainda no período colonial, quando foram autorizadas a funcionar a Companhia de Seguros Boa Fé (Decreto s.n., de 24 de fevereiro de 1808) e a Companhia de Seguros Conceito Público (Carta Régia de 24 de outubro de 1808), ambas na Bahia e voltadas para a operação de seguros marítimos. Cf. *Ementário histórico da legislação sobre seguros*. Rio de Janeiro: CPDOC-FGV, 1996, p.2-3; Weber José Ferreira. *Coleção introdução a ciência atuarial*. v.1. Rio de Janeiro: IRB, 1985, p. 222.

estrangeiros, que ostentassem boa fama ou crédito e que tivessem seus nomes inscritos na Casa de Seguros de Lisboa, podiam operar seguros²³⁶.

Posteriormente, com a edição do Código Comercial de 1850²³⁷, a atividade seguradora teve a primeira regulamentação genuinamente brasileira, sendo esta restrita ao seguro marítimo. Embora o Código Comercial não tenha estabelecido requisitos para o desempenho da função de segurador, já na década seguinte, em razão do rápido desenvolvimento do setor, foram promulgados dois decretos com o objetivo de formar uma legislação mínima, estabelecendo, principalmente, a obrigatoriedade de as seguradoras apresentarem seus balanços contábeis e outros documentos, assim como impondo o pedido de autorização para o funcionamento e a aprovação do estatuto²³⁸.

No final do século XIX, o país contava com “41 empresas nacionais e 160 estrangeiras autorizadas a operacionalizar seguros no país, representando o investimento dessas últimas, 17,4%, entre 1860 e 1902, do total de investimento estrangeiro no país”.²³⁹ A grande penetração das companhias alienígenas despertou a preocupação governamental, sobretudo no ramo vida que, por tratar de investimentos de longa duração, exigia maior atenção com a constituição das reservas técnicas²⁴⁰.

Conseqüentemente, nesta época foi efetivamente promulgada a primeira regulamentação específica para o setor, a Lei 294, posteriormente complementada pelo Regulamento Murtinho²⁴¹. Os diplomas referidos não representaram regulamentações completas, mas impuseram medidas de caráter fiscalizador, tais como: autorização prévia para o funcionamento da companhia; capital mínimo; autonomia financeira em relação às matrizes

²³⁶ COSTA, Ricardo Cesar Rocha. A atividade de seguros nas primeiras décadas da República. In: ALBERTI, Verena (coord.). *Entre a solidariedade e o risco: história do seguro privado no Brasil*. 2.ed. rev.atual. Rio de Janeiro: FGV, 2001, pp.23-80, p. 24.

²³⁷ Lei n.º. 556, de 25 de junho de 1850, tit. VIII, cap. IV, arts. 666 a 796.

²³⁸ Decretos n.º. 2679, de 2 de novembro de 1860, e n.º. 2711, de 19 de novembro de 1860.

²³⁹ BELTRÃO, Kaizô Iwakami; PEYNEAU, Fernanda Paes Leme; PINHEIRO, Sonoe Sugahara; MENDONÇA, João Luís Oliveira. *O perfil dos consumidores de previdência privada no Brasil: evolução de uma demanda (1992-2001)*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2004, p. 33.

²⁴⁰ Segundo Pedro Alvim, “impressionava também aos congressistas o fato de serem transferidos para as matrizes no estrangeiro os recursos financeiros obtidos por essas companhias pelos prêmios cobrados dos segurados [...]. Nenhuma garantia local possuíam os direitos contratuais dos segurados, estabelecidos por longos períodos. Se a companhia resolvesse, de uma hora para outra, encerrar suas atividades, graves danos poderiam advir à massa de segurados. Ficariam na dependência das matrizes no estrangeiro, sem que nossas autoridades pudessem intervir legalmente” (ALVIM, Pedro. *A política brasileira de seguros*. São Paulo: Manuais Técnicos de Seguros, 1980, p. 60).

²⁴¹ Lei n.º. 294, de 5 de setembro de 1895, regulamentada pelo Decreto n.º. 2.153, de 1º de novembro do mesmo ano e Decreto n.º. 4.270, de 10 de dezembro de 1901.

no exterior; criação do primeiro órgão fiscalizador da atividade no país; separação obrigatória entre os ramos vida e elementares, proibindo a atuação simultânea em dois ramos, etc.

O controle imposto por esses diplomas desagradou, sobretudo as companhias estrangeiras que rapidamente se articularam e, efetivamente, conseguiram a aprovação de um regulamento mais liberal já no final de 1903²⁴², pelo qual a recém-criada Superintendência Geral de Seguros foi extinta, sendo criada em seu lugar a Inspeção de Seguros que funcionou durante toda a Primeira República.

O Código Civil de 1916, disciplinando os seguros de coisas e de vida, foi o passo seguinte na construção do aparato normativo para a área securitária, tendo em vista que, conjuntamente com o Código Comercial de 1850, fixou os princípios essenciais do contrato de seguro, disciplinando ainda os direitos e obrigações das partes, mas, contudo, foi omissivo em relação a exigências acerca da constituição do segurador.

Nos anos que se seguiram e, especialmente no período militar, o setor securitário se desenvolveu, tendo sido instituído, a partir do Decreto-Lei n.º 73, o sistema nacional de seguros privados. Além disso, pode-se afirmar que, ainda que não explicitamente, o requisito da empresarialidade do segurador, foi por este diploma introduzido. Isto porque, em seu artigo 24, determinou que pudessem “operar em seguros privados apenas Sociedades Anônimas ou Cooperativas, devidamente autorizadas”, restringindo em seu parágrafo único a atuação das sociedades cooperativas aos seguros agrícolas, de saúde e de acidentes de trabalho²⁴³.

Certamente que a época o referido dispositivo não foi interpretado dessa forma, mesmo porque, o ordenamento brasileiro filiava-se a teoria dos atos de comércio e não da empresa. No entanto, é exatamente este dispositivo que integra o parágrafo único do artigo 757 do Código Civil de 2002 e, por esse motivo, conclui-se que o requisito é preexistente ao Código de 2002. Por outro lado, o legislador de 2002 impôs que a autorização para a exploração da atividade securitária decorra obrigatoriamente de lei, o que não era exigido até então.

Como já exposto em outra sede, “a disciplina legal do contrato de seguro é complexa, visto ser composta por três diplomas principais – Código Civil, Código de Defesa do

²⁴² Decreto n.º 5.072, de 12 de dezembro de 1903. Este regulamento, apesar de mais liberal, impunha uma série de deveres e restrições às companhias seguradoras inexistentes no Decreto n.º 434, de 04 de julho de 1891, regulador das sociedades anônimas e ao qual estavam submetidas. Em virtude disso, as companhias se recusavam a cumprir uma série de exigências impostas pelo Decreto de 1903, ao argumento do direito adquirido, tese esta acolhida pelo STF, acórdão 1400, de 4 de dezembro de 1909. Cf. ALVIM, Pedro. *A política brasileira de seguros*. São Paulo: Manuais Técnicos de Seguros, 1980, p. 78.

²⁴³ A Lei n.º 5.136, de 14 de setembro de 1967, transferiu a operacionalização do seguro de acidentes de trabalho para o Estado, que passou a ter competência exclusiva.

Consumidor e Decreto-Lei 73, de 21/11/1966, além das normas expedidas pelo órgão fiscalizador”.²⁴⁴ Assim, a interpretação sistemática dos dispositivos impõe o reconhecimento de que apenas pessoas jurídicas, constituídas sob a forma de sociedades anônimas ou cooperativas, estas últimas excepcionalmente para os casos de seguros agrícolas e de saúde, legalmente autorizadas para tal fim, podem operacionalizar seguros privados no Brasil.

Independentemente de se tratar de uma inovação introduzida pelo Código Civil de 2002 ou não, importa frisar que a exigência do atributo da empresarialidade vai ao encontro do que foi defendido até então em relação à natureza comutativa do contrato de seguro e a necessidade de impor exigências mais rígidas para atuação em um ramo de atividade que congrega diferentes centros de interesses.

A empresarialidade consiste na obrigatoriedade de a entidade operadora de seguros ser constituída sob a forma de sociedade empresária²⁴⁵, o que se justifica pelo fato de a obrigação principal do segurador ser a garantia, desde a celebração do contrato até a sua extinção, contra riscos predeterminados.

Esta obrigação para ser cumprida a contento, requer a observação de uma série de deveres anexos, especialmente os relativos à capacidade de gestão do fundo comum, constituído pelos prêmios pagos pelo conjunto de segurados e a constituição de reservas técnicas apropriadas.

Em outros termos, tendo em vista que o objeto imediato da atividade securitária é garantir segurança em face de riscos predeterminados, ela só pode ser exercida pela sociedade empresária especificamente criada para tal fim, congregando estrutura adequada de capital, mão-de-obra especializada e tecnologia, visto ser isto que permite a homogeneização e pulverização dos riscos assumidos e a solvência do próprio fundo constituído.

2.4.1. Os riscos cobertos e os danos ressarcíveis pelo seguro.

²⁴⁴ A esse respeito, seja consentido remeter ao nosso, Função social nos contratos de seguro: a nova ordem contratual e sua implicação para os contratos de seguro à luz do CDC e do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 11, vol. 41, jan./mar 2010, p. 58.

²⁴⁵ “Empresarialidade significa o atributo da atividade econômica organizada em forma de empresa. Quer dizer, a atividade econômica ostenta empresarialidade quando é organizada como empresa. Se ela não apresenta os traços específicos da organização empresarial (articulação de mão-de-obra, insumos, tecnologia e capital), não é dotada de empresarialidade” (COELHO, Fábio Ulhoa. A empresarialidade da entidade seguradora. *III Fórum de Direito do seguro “José Sollero Filho”* (anais) São Paulo: IBDS, 2003, p.228-229).

A essencialidade do elemento risco²⁴⁶ é imanente ao próprio seguro, visto que este só se justifica na existência de um risco²⁴⁷ do qual se pretenda precaver, de sorte que o segurador que expedir uma apólice de seguro para cobrir um risco que ele saiba inexistente será punido com o pagamento em dobro do prêmio estipulado²⁴⁸. Isto porque, o risco coberto por um contrato de seguro deve ser real, ou seja, apto a ocorrer em um tempo futuro.

Risco é o acontecimento futuro e incerto previsto no contrato de seguro, suscetível de causar lesão ao interesse garantido que, quando se materializa passa a ser chamado de sinistro. Destaca-se que não é necessário existir incerteza quanto a sua concretização, bastando apenas a incerteza relativa ao momento da sua ocorrência, visto que se assim não fosse, seria impossível a contratação de seguro de vida com cobertura por morte.

A característica essencial do risco coberto por um contrato de seguro é a sua predeterminação no contrato²⁴⁹, não sem razão que o legislador em diversas oportunidades²⁵⁰ disciplinou expressamente o risco, iniciando pelo artigo 757 que inaugura o capítulo referente ao seguro, definindo este contrato, assim como enumerando os seus elementos essenciais, dentre os quais, o risco predeterminado²⁵¹. Destaca-se ainda, que a predeterminação pressupõe a clara indicação do objeto ou pessoa sobre a qual incide o interesse legítimo que se pretende proteger de riscos mediante o seguro²⁵².

²⁴⁶ “O risco é o evento incerto ou de data incerta que independe da vontade das partes contratantes e contra o qual é feito o seguro. O risco é a expectativa de sinistro. Sem risco não pode haver contrato de seguro” (Lober Ferreira [et.al]. *Dicionário de Seguros*. 2ed. rev.e ampl. Rio de Janeiro: Funenseg, 2000, p.104).

²⁴⁷ Há quem defenda, inclusive, que o risco é o objeto do contrato de seguro. Neste sentido, cf. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. III. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 393.

²⁴⁸ Art. 773, CC/2002. O segurador que, ao tempo do contrato, sabe estar passado o risco de que o segurado se pretende cobrir, e, não obstante, expede a apólice, pagará em dobro o prêmio estipulado.

²⁴⁹ “Não há contrato de seguro sem que exista risco definido. É da sua própria natureza que o risco seja identificado para que possa haver levantamento do grau de possibilidade do seu acontecimento. O contrato de seguro não pode ser celebrado para garantir ocorrência de risco indefinido” (DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil*: das várias espécies de contrato. Do seguro (arts. 757 a 802), vol. XI. tomo I. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 181).

²⁵⁰ Art. 757; Art. 760; Art. 761; Art. 762; Art. 764; Art. 768; Art. 769; Art. 770; Art. 773; Art. 779; Art. 782, todos do Código Civil de 2002.

²⁵¹ Neste sentido: CIVIL. SEGURO. SINISTRO: FALTA DE DEVOLUÇÃO AO SEGURADO DE VEÍCULO QUE EMPRESTOU A UM AMIGO. O contrato de seguro tem por objeto a cobertura de riscos predeterminados, os quais, tratando-se de seguro de automóvel, são aqueles decorrentes de acidentes, furtos, roubos e quejandos; o risco resultante da falta de devolução ao segurado de veículo que emprestou a um amigo não é inerente ao seguro de automóvel, e a seguradora só estaria obrigada a indenizar esse sinistro se estivesse coberto por outro seguro, o de fidelidade. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, 3T. REsp. 917.356/ES. Rel. Min. Ari Pargendler. Julg. 17/06/2008. DJe: 22/08/2008.

²⁵² Neste sentido: Sistema Financeiro de Habitação. Recurso Especial. Ação de indenização securitária. Embargos de declaração. Ausência de indicação de omissão, contradição ou obscuridade. Súmula 284/STF. Seguro habitacional. Contrato de gaveta. Morte do promitente comprador. Impossibilidade de quitação do contrato. [...]. Hipótese em que o imóvel financiado, segundo as normas do SFH, foi transferido por meio de contrato de promessa de compra e venda, popularmente denominado de “contrato de gaveta”. Nessa situação, apenas a morte do mutuário original obriga o agente financeiro e a seguradora, que não anuíram com a transferência do financiamento, a cumprir a cláusula contratual que prevê a quitação do

Como afirmado no capítulo 1, os sociólogos contemporâneos estudiosos do tema risco, reformularam seu conceito, dissociando-o da noção de perigo e alocando-o como resultado de uma decisão. Esta mesma concepção é aplicável ao contrato de seguro, onde o dano ressarcível será aquele atrelado a uma decisão e não simplesmente decorrente de um perigo.

O risco coberto, sendo derivado de uma decisão, é predeterminado e, não poderia deixar de ser, sob pena de impor um perigo²⁵³ para a mutualidade. Isto porque, o prêmio pago pelo segurado corresponde a garantia ofertada pelo segurador que, por sua vez, reflete a apreciação pecuniária do risco ao qual está exposto²⁵⁴. Por esta razão é que a boa-fé no contrato de seguro deve ser qualificada, tendo em vista que o correto dimensionamento do risco depende sensivelmente das informações prestadas pelo segurado e toda omissão ou inverdade afeta a coletividade atrelada ao fundo constituído.

A importância do risco, entendido como uma decisão é de tal ordem no contrato de seguro, que o legislador pune com a perda do direito a garantia, o segurador que agravar intencionalmente o risco²⁵⁵ predeterminado no contrato, assim como, impõe ao segurado o dever de comunicar ao segurador todo incidente que puder agravar consideravelmente o risco coberto²⁵⁶.

contrato. Recurso especial não provido (STJ, 3T. Rel. Min. Nancy Andrigui. REsp. 957.757/SC. Julg.: 15/12/2009. DJe: 02/02/2010).

“SEGURO RESIDENCIAL. INCÊNDIO. ALTERAÇÃO DE ENDEREÇO SEM ENDOSSO DA APÓLICE. AUSÊNCIA DE COBERTURA. I. Caso em que o autor contratou seguro residencial para sua casa habitual, porém mudou-se para outro imóvel sem endossar a apólice, sendo que a nova residência incendiou totalmente. II. Não tendo havido o endosso da apólice para substituição do objeto segurado, não prospera a pretensão do segurado de estender os efeitos do contrato a imóvel distinto. Não se trata de agravamento de risco, como equivocadamente trabalhou a sentença, mas sim de inexistência de contrato, que é de onde nasce a obrigação discutida. Recurso provido. Unânime”. (TJRS, 2 CC. AC. 71002329050. Rel. Des. João Pedro Cavalli Junior. Julgado em 30/07/2010).

²⁵³ “Risco não se confunde, assim, com infortúnio ou perigo, mas a infortúnios ativamente avaliados em relação a possibilidades futuras. A palavra só passa a ser comumente utilizada em sociedades ‘orientadas para o futuro’, sendo característica primordial da civilização industrial moderna. [...] Os riscos crescentes foram acompanhados pelo desenvolvimento dos sistemas de seguro, base a partir da qual as pessoas estão dispostas a assumir riscos, especialmente os das atividades náuticas do século XVI, época dos primeiros seguros marítimos. Seguro é ‘algo concebível quando acreditamos num futuro humanamente arquitetado’, sendo um dos meios de operar o planejamento e redistribuir o risco”. (BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade Civil em Face das Pesquisas em Seres Humanos: Efeitos do Consentimento Livre e Esclarecido. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e Responsabilidade*. Forense: Rio de Janeiro, 2009, pp.205-233, p. 211).

²⁵⁴ Neste sentido: “Não se ignora, portanto, que o contrato de seguro se assenta sobre a de seleção de riscos, pois é inviável que um grupo de pessoas pretenda segurar-se contra todo e qualquer risco e, por outro lado, é inútil proteger-se contra nenhum risco. É no processo de seleção de riscos que se revela o entrechoque de interesses que, em última instância, leva à celebração do contrato. O segurador busca maximizar as receitas que auferir para administrar o fundo comum que irá cobrir riscos bem delimitados, enquanto o segurado quer se proteger contra o maior número de riscos pelo menor custo possível”. (STJ, 3T. REsp. 763.648/PR. Rel. Min. Nancy Andrigui, Julg.: 14/06/2007. DJ: 01/12/2007, p.272).

²⁵⁵ Para uma análise completa do agravamento do risco no âmbito securitário, cf. Úrsula Santos de Ávila. *O agravamento do risco no contrato de seguro*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

²⁵⁶ Artigos 768 e 769 respectivamente, ambos do Código Civil de 2002: Art. 768. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato. Art. 769. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se

Na verdade, em sendo o seguro obrigatoriamente um contrato de trato sucessivo ou de execução continuada – na medida em que não pode ser efêmero e instantâneo, visto que a própria existência do risco depende de certo lapso temporal –, é de se aviltar a possibilidade de, ao longo do seu curso, fatores externos romperem com o equilíbrio originalmente estabelecido, de sorte que é imperiosa a existência de mecanismos aptos a readequar o pacto.

Nessas hipóteses, além dos institutos genericamente previstos para obrigações que se protraem no tempo, o legislador previu a possibilidade de revisão contratual sempre que, em virtude de alterações no risco, seja quando ele diminui, seja quando é agravado, o contrato se tornar desequilibrado.

Ressalta-se, contudo, que a possibilidade de revisão contratual em decorrência de uma variação considerável no risco não se confunde com a obrigatoriedade de pagamento integral do prêmio. Na verdade, o princípio da indivisibilidade do prêmio, insculpido no artigo 764 do Código Civil de 2002²⁵⁷, deriva da natureza comutativa deste contrato, determinando que, independentemente da concretização do risco, ou seja, da ocorrência do sinistro, o prêmio deve ser integralmente pago pelo segurado, já que ele representa a remuneração da garantia contraprestada pelo segurador, desde a celebração do contrato²⁵⁸.

Ademais, não será toda e qualquer variação no risco que ensejará a revisão do contrato. Esta só será devida quando a prestação do segurado (prêmio) e a do segurador (garantia) se tornarem desproporcionais em virtude de fatores externos e supervenientes que alterem o risco, sob o qual as prestações foram calculadas.

Por todo exposto, conclui-se que, no âmbito securitário, a causa do dano será relevante sempre que for diretamente relacionada aos riscos predeterminados no contrato.

provar que silenciou de má-fé. § 1º O segurador, desde que o faça nos quinze dias seguintes ao recebimento do aviso da agravação do risco sem culpa do segurado, poderá dar-lhe ciência, por escrito, de sua decisão de resolver o contrato. § 2º A resolução só será eficaz trinta dias após a notificação, devendo ser restituída pelo segurador a diferença do prêmio.

²⁵⁷ Art. 764, CC/2002. Salvo disposição especial, o fato de se não ter verificado o risco, em previsão do qual se faz o seguro, não exime o segurado de pagar o prêmio.

²⁵⁸ Para aqueles que entendem que o contrato de seguro é aleatório, a indivisibilidade do prêmio se justifica porque a vantagem possível do segurador reside exatamente na não ocorrência do sinistro. Neste sentido: José Augusto Delgado (*Comentários ao novo Código Civil: das várias espécies de contrato. Do seguro (arts. 757 a 802)*, vol. XI. tomo I. 1 ed. 3 tir. Rio de Janeiro: Forense, 2007); Pedro Alvim. (*O seguro e o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007). Mais acertada parece ser a posição de Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barsboza e Maria Celina Bodin de Moraes que, reconhecendo a comutatividade do contrato de seguro, justificam a indivisibilidade do prêmio nos seguintes termos: “em sendo a obrigação do segurador de garantia do interesse segurado contra o implemento dos riscos previstos contratualmente (ou seja, não se trata de obrigação de simples pagamento de indenização, tal como preceituava o diploma anterior), disto se infere que o prêmio é devido pelo segurado, ainda que alguns desses riscos jamais se concretize, sem que daí se possa aduzir a existência de eventual contradição com o caráter bilateral do contrato” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais títulos de crédito, responsabilidade civil e privilégios creditórios* (arts.421 a 965). vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 571).

Tal como ocorre na responsabilidade civil, a simples coincidência aqui também não enseja o dever de ressarcir, sendo necessária a relação de causalidade entre o risco e o dano. A título de ilustração, se Pedro celebra um contrato de seguro para cobertura do risco morte acidental exclusivamente e vem a falecer de morte natural, nada será devido pela seguradora aos beneficiários indicados na apólice.

Ademais, ainda que exista uma ligação direta entre o risco predeterminado e o dano, haverá exclusão da cobertura sempre que, por fato próprio e intencional da vítima o risco tiver sido concretizado ou agravado, nesta última hipótese, exige o STJ nexos de causalidade entre o agravamento e o sinistro²⁵⁹.

Em suma, o dano ressarcível será o decorrente de um risco predeterminado em torno do qual se operou um acordo de vontades, ou seja, decisões convergentes, no sentido de que os efeitos negativos potencialmente incidentes sobre o interesse legítimo do segurado fossem transferidos para o segurador, mediante a paga de um prêmio.

²⁵⁹ Neste sentido: “DIREITO CIVIL. CONTRATO DE SEGURO. ACIDENTE PESSOAL. ESTADO DE EMBRIAGUEZ. FALECIMENTO DO SEGURADO. RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA. IMPOSSIBILIDADE DE ELISÃO. AGRAVAMENTO DO RISCO NÃO-COMPROVADO. PROVA DO TEOR ALCÓOLICO E SINISTRO. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. CLÁUSULA LIBERATÓRIA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. ARTS. 1.454 E 1.456 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. 1. A simples relação entre o estado de embriaguez e a queda fatal, como única forma razoável de explicar o evento, não se mostra, por si só, suficiente para elidir a responsabilidade da seguradora, com a consequente exoneração de pagamento da indenização prevista no contrato. 2. A legitimidade de recusa ao pagamento do seguro requer a comprovação de que houve voluntário e consciente agravamento do risco por parte do segurado, revestindo-se seu ato condição determinante na configuração do sinistro, para efeito de dar ensejo à perda da cobertura securitária, porquanto não basta a presença de ajuste contratual prevendo que a embriaguez exclui a cobertura do seguro. 3. Destinando-se o seguro a cobrir os danos advindos de possíveis acidentes, geralmente oriundos de atos dos próprios segurados, nos seus normais e corriqueiros afazeres do dia-a-dia, a prova do teor alcóolico na concentração de sangue não se mostra suficiente para se situar como nexos de causalidade com o dano sofrido, notadamente por não exercer influência o álcool com idêntico grau de intensidade nos indivíduos. 4. A culpa do segurado, para efeito de caracterizar desrespeito ao contrato, com preavalecimento da cláusula liberatória da obrigação de indenizar prevista na apólice, exige a plena demonstração de intencional conduta do segurado para agravar o risco objeto do contrato, devendo o juiz, na aplicação do art. 1.454 do Código Civil de 1916, observar critérios de equidade, atentando-se para as reais circunstâncias que envolvem o caso (art. 1.456 do mesmo diploma). 5. Recurso especial provido. (STJ. REsp 780757 /SP. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Julg.: 01.12.2009. DJe: 14/12/2009).

3. OS TERMOS DO PROBLEMA: DANO CAUSADO POR MEMBRO INDETERMINADO DE UM GRUPO

*Eu sei que já faz muito tempo que a gente volta aos princípios
Tentando acertar o passo usando mil artifícios
Mas sempre alguém tenta um salto, e a gente é que paga por isso,
Fugimos prá's grandes cidades, bichos do mato em busca do mito
De uma nova sociedade, escravos de um novo rito
Mas se tudo deu errado, quem é que vai pagar por isso?*

João Luiz Woerdenbag Filho (Lobão)

Os danos, na contemporaneidade, são caracterizados, dentre outros aspectos, por serem co-produzidos, o que implica na impossibilidade de se estabelecer, em alguns casos, uma relação de causalidade material entre o autor da ação e o fato lesivo. Essas situações, tradicionalmente, eram resolvidas pela irresponsabilidade, restando à vítima suportar os prejuízos sofridos. Entretanto, por tudo o que já foi exposto até então, na atualidade não mais se admite o desamparo da vítima que, não só tem direito a reparação, mas a uma reparação integral pelo dano suportado.

Neste contexto, é que se afirmou no capítulo 2 que o dilema da sociedade de risco é a causa dos danos. Em outros termos, se a vítima e o dano sofrido passam a protagonizar a responsabilidade civil, o impasse advindo da dificuldade, e até mesmo a impossibilidade de individualizar o responsável por um dano, fez emergir novas teorias tendo como objeto o nexo causal no desempenho de sua primeira função.

Destaca-se, contudo, que o que se observa na atualidade não é propriamente a relativização do nexo causal, mas sim, a tentativa de construção de teorias próprias para órbita civil que, certamente, tem uma lógica diversa da penal, onde o estudo da causalidade foi inicialmente desenvolvido.

Feita esta ressalva, os termos relativização e flexibilização serão aqui utilizados como sinônimos e, além disso, representativos de dois fenômenos consequenciais: i) filosófico, no sentido da reformulação do instituto da responsabilidade civil em consonância com a axiologia constitucional; e, ii) dogmático, encerrando o esforço que vem sendo empregado, sobretudo por parte da doutrina, em construir teorias próprias para o direito civil, assim como

no fortalecimento das eximentes de responsabilidade civil²⁶⁰, a fim de permitir maior e mais facilitada ressarcibilidade dos danos.

Inicialmente, a relativização do nexo causal encerra a mudança de perspectiva de parcela da doutrina contemporânea que, a partir do reconhecimento da incidência dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social no instituto da responsabilidade civil impondo a criação de um novo princípio orientador, o da reparação integral do dano, concluem que o instituto tradicionalmente desenvolvido sob um viés moralizante e sancionatório deva ser reformulado em um direito de danos, restitutivo, no qual a vítima e o dano sofrido, a um só tempo, encerram o ponto de partida e o fim pretendido.

Nesse sentido, os termos flexibilização e relativização são aqui empregados também para qualificar e agrupar as novas teorias acerca do nexo causal que, em seu conjunto, propugnam uma evolução no tratamento desse pressuposto semelhante a que foi observada em relação à culpa, no sentido: i) da facilitação da sua prova, utilizando-se para tal o expediente da presunção²⁶¹; ii) da coletivização da responsabilidade, observada, sobretudo, no desenvolvimento dos seguros de responsabilidade civil e, nas hipóteses de dano causado por membro indeterminado de um grupo²⁶²; e, iii) da dissociação da noção material de causalidade para, a partir de uma noção jurídica, permitir a responsabilização por risco integral, nos casos de dano ambiental e de atividade nuclear²⁶³.

Considerando que o objetivo imediato da presente dissertação é analisar a coletivização da responsabilidade em uma perspectiva convergente dos institutos do seguro e da responsabilidade civil, neste capítulo será apresentado o problema do dano causado por membro indeterminado de um grupo, a fim de analisar as soluções para tal questão a partir do seguro e da responsabilidade civil, identificando as vantagens, desvantagens e insuficiências de um e de outro instituto para, por fim, propugnar a convergência de ambos.

²⁶⁰ Esta questão não será aqui analisada, entretanto, para uma análise do tema, nos seja licenciado remeter ao nosso: *Da responsabilidade individual à responsabilidade social: reflexões sobre causalidade*. In: Congresso Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, XVIII Conpedi, 2009.

²⁶¹ MULHOLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

²⁶² Cf.: NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. In: *Revista dos Tribunais – RT*, n.761, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 31-44, mar./1999.

²⁶³ Cf.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor RICARDO PEREIRA LIRA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp.797-825.; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. *A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado*. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/8632/3/A_Responsabilidade_Civil.pdf>. Acesso em 25 set. 2008.

Contudo, antes de enfrentar a questão central atinente à individuação do responsável por um dano nas hipóteses de multiplicidade subjetiva relacionada ao fato ligado ao efeito que se pretende indenizar, é necessário tecer algumas considerações prévias acerca das externalidades que muito influenciam o problema que se pretende analisar.

3.1. Externalidades relevantes para a compreensão da questão

O homem é um ser social, logo, coexistente. Essa coexistência depende não só da vontade expressa das pessoas, mas também de uma inexorável realidade fática: a todo tempo o espaço público é dividido por pessoas que não possuem nenhuma ligação particular, salvo o fato de estarem, coincidentemente, no mesmo lugar, na mesma hora, como ocorre, por exemplo, com os usuários de transportes públicos.

Por outro lado, o caráter social do homem o impulsiona para propositadamente dividir espaços e experiências com aqueles que, a despeito da semelhança genérica própria da espécie, possuem traços distintivos similares: trata-se dos agrupamentos voluntariamente promovidos, como confraternizações, clubes de leitura, times de futebol formados por freqüentadores da praia, moradores do bairro, etc.

Há ainda uma situação intermediária, na qual a reunião do conjunto de pessoas decorre de um interesse comum, sem que exista entre elas qualquer relação de afinidade, como ocorre nos eventos artísticos e esportivos em geral.

Em todas essas hipóteses anunciadas exemplificativamente, pode ocorrer um dano decorrente da atividade exercida pelo grupo e incidente sobre a esfera pessoal ou patrimonial de um dos pertencentes ao próprio grupo ou de terceira pessoa estranha a este, sem que seja possível indicar precisamente quem seja o responsável. Assim, ante a impossibilidade de individualização do agente causador de um dano, mas, restando incontroverso que pertence ele a um grupo determinado de pessoas, surge a dúvida acerca da decisão a ser tomada: responsabilizar todo o grupo, ou deixar a vítima sem reparação.

A decisão, como bem sintetizado por Julio Alberto Diaz, não é fácil, “pois mistura, de um modo angustiante, dois elementos antagônicos: uma dúvida e uma certeza”.²⁶⁴ A dúvida repousa na responsabilidade individual, tendo em vista a não identificação do autor do fato,

²⁶⁴ DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade Coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 81.

enquanto que a certeza funda-se na responsabilidade coletiva, na medida em que sabe-se que o ato foi efetuado por alguém pertencente ao grupo.

A complexidade, no entanto, não se resume a decisão de um caso crítico, ou seja, à atribuição de responsabilidade em um caso específico, mas sim, diz respeito aos contornos que se pretende dar ao sistema de responsabilidade civil. Isto porque, como é cediço, o instituto muito evoluiu, entretanto, resta saber se o mesmo alcançou o desenho pretendido por um ordenamento solidarista, ou ainda tem que dar passos adiante, dentre os quais, incluir efetivamente, uma exceção ao princípio de que um agente só responde pelo dano que efetivamente causou.

Isto porque, se é verdade que o legislador previu hipóteses de responsabilidade indireta ou por fato de outrem, o fez, inicialmente, ao fundamento da culpa²⁶⁵ que, no diploma atual foi substituído pelo risco, mas nenhuma dessas hipóteses prescinde do nexu causal. A ligação entre o fato e o dano existe e é individualizada, de sorte que só após “provado o nexu de causalidade com o ato do terceiro (menor, pupilo, empregado, etc), surge para aquele que o tem sob sua autoridade o dever de indenizar”²⁶⁶.

Assim, mesmo nessas hipóteses, o nexu causal cumpre as suas funções, ocorrendo somente a atribuição de responsabilidade a quem, embora não tenha praticado o fato gerador do dano, era considerado inicialmente culpado e hoje objetivamente responsável pelo prejuízo.

A dificuldade inicial em resolver a questão repousa no próprio desenvolvimento do instituto, concebido sob um viés individual e sancionatório especialmente forjado para imputar responsabilidade àquele que por uma falta, consubstanciada em um erro de conduta, seja por dolo, seja por culpa, gerasse um dano a outrem. Assim, tradicionalmente, a culpa e o ofensor detinham, senão a totalidade, parcela substancial da atenção do julgador e da doutrina, de sorte que o elemento culpa ofuscava a relevância da causalidade.

²⁶⁵ Trata-se das hipóteses culpa *in vigilando*, dos pais pelos atos praticados pelos filhos menores sob sua autoridade e companhia, assim como dos tutores e curadores pelos atos praticados pelos pupilos e curatelados; culpa *in eligendo* do empregador pelos atos dos empregados e prepostos no exercício do trabalho ou em razão dele; e, culpa *in contraendo*, dos donos de estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, inclusive das instituições de ensino, pelos seus hóspedes, moradores e educandos, previstas no artigo 1521, incisos I, II, III, do Código Civil de 1916 e reproduzidas no artigo 932 do Código Civil de 2002 sob o fundamento da teoria do risco.

²⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais títulos de crédito, responsabilidade civil e privilégios creditórios* (arts.421 a 965). vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 830.

Na prática jurisprudencial brasileira, como observado por Anderson Schreiber²⁶⁷, o papel da culpa e do ofensor eram tão relevantes que, durante a fase moralizante do instituto, verificou-se certa confusão entre a prova da culpa e do nexa causal, no sentido de que, uma vez demonstrada aquela, considerava-se presente esta. Georges Ripert, comentando a experiência francesa, afirma que este papel subsidiário conferido ao nexa causal, era evidenciado “pela regra da liberdade de prova para os atos materiais, a livre apreciação do juiz”.²⁶⁸ Consigna-se que, a liberdade de prova não é um problema, mas, certamente, a falta de parâmetros para a apreciação da prova e, sobretudo, a ausência de fundamentação das decisões sim.

No âmbito doutrinário, a ressalva a ser feita diz respeito à importação de teorias elaboradas para o Direito Penal, onde o estudo da causalidade foi originalmente desenvolvido, com o fim de suprir uma carência sentida pelo Direito Civil em decorrência da falta de sistematização própria para o estudo e apreciação da causa.²⁶⁹

Caitlin Mulholland²⁷⁰ pondera que o atraso na sistematização própria do tema na esfera civil se deveu, principalmente, ao fato da dificuldade de se determinar o que seria causalidade jurídica, como se tentou demonstrar no capítulo 2. Ademais, o enfrentamento dessa questão pôde ser postergado visto que, como já afirmado, em que pese a ligação entre o fato e o dano sempre ter sido exigida²⁷¹ para a deflagração do dever de indenizar, a culpa, ainda que equivocadamente, acabava por desempenhar ambos os papéis²⁷².

²⁶⁷ Cf.: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas 2007, p. 51.

²⁶⁸ “Mas, porque o elemento culpa está no primeiro plano não se apercebe a importância do elemento causalidade, permitindo, aliás, a regra da liberdade de prova para os atos materiais, a livre apreciação do juiz” (RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 214).

²⁶⁹ De fato, dentre as três teorias causais mais difundidas, duas foram desenvolvidas na seara do direito repressor, a saber, as teorias da equivalência dos antecedentes causais e da causalidade adequada, ao passo que apenas a teoria do dano direto e imediato foi concebida para as relações privadas civis. Para uma análise mais abrangente das referidas teorias, ver, dentre outros, ALTERINI, Atílio Anibal. *Derecho de Daños y Otros Estudios*. Buenos Aires: La Ley, 1992; CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; Díez-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas, 1999; GOLDENBEG, Isidoro H. *La relación de causalidad en La responsabilidad civil*. 2 ed. Buenos Aires: La Ley, 2000; FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1938; MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

²⁷⁰ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 135-138.

²⁷¹ François Ewald, ao comentar o artigo 1382 do Código francês, afirma: “Com efeito, o artigo 1382 do Código Civil indexa a imputação dos danos ao princípio da causalidade. Um juízo de responsabilidade, no sentido do artigo 1382, é, em primeiro lugar, um juízo sobre a causalidade de um acontecimento. O que há de mais natural do que o facto de quem causou um dano a outrem ter de o reparar?” (EWALD, François. *Foucault, a norma e o direito*. 2.ed. Lisboa: Veja, 2000, p. 169).

²⁷² Comentando a experiência francesa, Georges Ripert, assevera que: “a jurisprudência, fiel à teoria da culpa, não evita o problema da busca da ligação de causalidade, mas basta-lhe encontrar uma falta nos antecedentes dum prejuízo para que possa atribuir o prejuízo a esse ato culpável descurando as outras causas julgadas indiferentes ou absorvidas pela culpa” (RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 219).

Contudo, ao se reconhecer que cumpre ao nexos causal a função de identificar o responsável pelo dano, necessariamente torna-se urgente a definição de causalidade jurídica, sendo preciso definir pragmaticamente o que, para fins de responsabilização, considera-se causa de um dano, sob pena de se reconhecer e aceitar absurdos jurídicos, a exemplo do verificado em caso julgado pelo Tribunal de Justiça de Goiás²⁷³ que condenou um banco a ressarcir por danos morais a esposa e os filhos de um cliente que foi assassinado por um credor insatisfeito, que teve notícia, por funcionário do banco, que a vítima, embora devedora sua, tinha saldo em conta corrente.

No caso, o preposto do banco forneceu informações sobre o saldo em conta-corrente de um cliente a terceira pessoa, o que sem dúvida, enseja responsabilidade civil contratual. Entretanto, a condenação foi pelo evento morte, tendo em vista que, munido da informação, o credor buscou satisfazer o seu crédito e, não obtendo êxito, lesionou fatalmente a vítima. A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça²⁷⁴ por unanimidade afastou a responsabilidade do banco pela morte do correntista, condenando-o somente pela quebra do sigilo bancário. O Ministro relator criticou a utilização da teoria da equivalência das condições, afirmando em seu voto que, “ainda que aplicada a dita teoria [...] minimamente, haveria de se lhe por

²⁷³ Ementa: “MORAL. NEXO CAUSAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELO PREPOSTO. PENSÃO À VIÚVA E HERDEIROS. IDADE LIMITE. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. FIXAÇÃO DO DANO MORAL. 1 - Estando evidentes nos autos a prova do nexos causal, que é a quebra de sigilo bancário pelo gerente do estabelecimento ao fornecer a terceiro o saldo existente em conta corrente particular do correntista, o que deu causa a discussão e morte deste, fica o causador do dano obrigado a indenizar os familiares do falecido. Como se trata de preposto e empregado de confiança do banco é este legitimamente o responsável pelo pagamento da indenização. 2 - A pensão a viúva e herdeiros é devida pelo banco durante a vida provável do falecido, encerrando-se, para a viúva, na data em que ele completaria 65 anos de idade, e para os filhos, até quando completarem 25 anos. 3 - O valor dessa reparação, dada a necessidade de se estabelecer o quanto percebia o falecido, em face de sua profissão pode ser feita por arbitramento. 4 - A reparação do dano moral tem finalidade inibitória. E, para a sua aferição, levar-se-á em conta a condição sócio-econômica dos dependentes e sucessores do falecido, cujo assassinato decorreu, por via oblíqua, da quebra de seu sigilo bancário, bem como a capacidade econômica do agente causador do dano (direto e indireto) e a gravidade da ofensa. Revelando-se excessivo o *quantum* atinente ao dano moral, impõe-se sua redução. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA EM PARTE.” (TJGO, AC 2003/0198756-7)

²⁷⁴ CIVIL E PROCESSUAL. Acórdão estadual. Nulidade não configurada. Ação ordinária de responsabilidade civil. Quebra de sigilo bancário. Informação dada a terceiro sobre saldo de correntista por preposto do banco. Dívida cobrada pelo credor, que culminou em assassinato do devedor. atribuição de nexos causal, pela instância ordinária, ao banco. Pedido de suspensão do feito cível, para aguardar desfecho da ação penal corretamente indeferido. Inexistência de responsabilidade do réu pelo crime. Reconhecimento, contudo, de dano moral pela revelação de informação financeira reservada. Indenização proporcionalizada. Pensionamento excluído.

I. Não padece de nulidade o acórdão estadual que enfrenta, suficientemente, as questões essenciais ao deslinde da controvérsia, apenas que guardando entendimento desfavorável à parte inconformada. II. Descabimento do pedido de suspensão do andamento da ação civil para se aguardar o desfecho da penal, porquanto a responsabilidade atribuída à ré na primeira é inteiramente dissociada da tese de ocorrência ou não de legítima defesa na órbita criminal. III. A responsabilidade civil decorre do concreto e efetivo nexos causal entre o ato e o evento danoso, não colhendo procedência o entendimento sufragado pelo Tribunal estadual, com apoio em discutível teoria da equivalência das causas antecedentes, no sentido de que o banco é culpado pela morte do esposo e pai dos autores, assassinado por credor que, obtendo de gerente de agência do réu informação sigilosa sobre existência de saldo em conta corrente pessoal suficiente ao pagamento de dívida, terminou por assassinar o devedor, ante a sua recusa em pagar o valor do cheque por ele emitido contra conta empresarial, sem fundos. IV. Condenação do banco réu que se limita ao ato ilícito de quebra de sigilo por seu preposto, traduzida em dano moral proporcionalmente fixado, afastados os danos materiais, inclusive o pensionamento. V. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido. (STJ, 4T. REsp 620.777. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Julg.: 03/11/2009.)

tempero, sob pena de se praticar uma injustiça”²⁷⁵, chegando a aviltar que, na hipótese, se o banco fosse responsável pelo dano-morte, “seriam co-responsáveis as pessoas que negociaram com o *de cuius* e não lhe pagaram, levando-o a pedir empréstimo ao assassino”.

Por outro lado, a utilização de construções filosóficas²⁷⁶, ainda que úteis, são inapropriadas e de reduzida serventia, porque nesta seara busca-se a causa natural dos efeitos, o que não resolve o problema jurídico, exatamente porque “a partir do momento em que se olhe de perto, as causalidades (naturais) são sempre complexas, múltiplas, entrelaçadas”²⁷⁷. Assim, a causalidade jurídica deve ser definida a partir de escolhas que determinarão o ponto de inflexão da cadeia regressiva, assim como, o grau de relevância da causalidade natural, a permitir ou não presunções e, principalmente, o juízo de certeza necessário para a imputação da responsabilidade.

Em apertada síntese, conclui-se que, ao prescindir do elemento culpa, o nexos causal, obrigatoriamente, é realocado para o primeiro plano de investigação. Isto porque, se tradicionalmente se elencava como pressupostos da responsabilidade civil o dano, o nexos causal e a culpa, atualmente, como consequência do processo de desculpabilização e o incremento das hipóteses de responsabilidade objetiva, recai sobre o nexos causal a função de, uma vez verificado o dano, caracterizar ou não a responsabilidade. Conseqüentemente, torna-se imperioso o estudo do pressuposto.

A falta de sistematização própria, aliada a um grande número de teorias causais que, por sua vez, desdobram-se em tantas outras a partir de subteorias, resulta em um cenário fluido e, não raras vezes, atécnico no tratamento da causalidade na seara civil. A despeito disso e, em que pese doutrina contemporânea apontar a miríade de teorias existentes e sua aplicação aleatória pelos tribunais, como pressuposto para flexibilização do nexos causal, defende-se nesta sede que, a rigor, o movimento que se está observando diz respeito à tentativa de construção de uma doutrina sobre causalidade própria.

Nessa tarefa, deve-se atentar para o fato de que os pressupostos culpa e dano já foram reconstruídos sob a perspectiva solidarista, caminhando na direção da reparação integral do

²⁷⁵ No mesmo sentido: STJ, 3ª Turma, REsp. 57163/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julg. 17.10.1995, cuja ementa afirmava: “Ainda se admita, em matéria civil, a teoria da equivalência das causas, isso não se haverá de fazer em sua absoluta pureza, pena de conduzir a absurdos, com a extensão indefinida da cadeia causal. Hipótese em que se admitiu a superveniência de causa relativamente independente, que deu início a outra cadeia”.

²⁷⁶ Ademais, deve-se distinguir o princípio da responsabilidade à luz da filosofia liberal, daquele desenvolvido em uma perspectiva solidarista. Pelo primeiro, a responsabilidade está diretamente ligada a uma falta, a uma culpa. Já pelo segundo, o fundamento da responsabilidade civil biparte-se: a culpa continua justificando a responsabilidade subjetiva, enquanto que o princípio da solidariedade social fundamenta a responsabilidade por risco.

²⁷⁷ EWALD, François. *Foucault, a norma e o direito*. 2.ed. Lisboa: Veja, 2000, p. 169.

dano. Então, se o objetivo ainda não foi alcançado é porque o fim pretendido representa uma diretriz e, sendo assim, as decisões devem ser orientadas pelo princípio da reparação integral que, embora consista em um parâmetro indicativo, não é absoluto, ou porque o conceito e configuração do nexos causal devem ser também reformulados.

Defende-se que ambas as hipóteses são verdadeiras e complementares: a reparação integral do dano não é um princípio absoluto e não será sempre alcançada no caso concreto, assim como, o tratamento dispensado ao nexos causal deve ser alterado em consonância com os valores informadores do ordenamento jurídico, notadamente a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social. Entretanto, a cautela é necessária, seja para mitigar o princípio²⁷⁸, seja para apreciar a causalidade a partir de novas lentes, como restará demonstrado a partir do estudo da teoria da causalidade alternativa.

3.2. Teoria da Causalidade alternativa: delimitações necessárias

A primeira função do nexos causal, conforme já exposto, consiste em determinar a quem se deve atribuir a responsabilidade pelo dano. Assim, a rigor, não sendo possível individualizar o ofensor, não há que se falar em nexos causal, e, sem este último, a solução deve ser a irresponsabilidade. Neste contexto, questiona-se se é justo deixar a vítima desamparada quando, apesar de não se identificar o causador do dano, identifica-se o grupo ao qual ele faz parte. A pergunta então passa a ser a seguinte: o que é mais justo (ou injusto): o desamparo da vítima ou a responsabilização de vários agentes por um dano ao qual não deram causa?

A teoria da causalidade alternativa²⁷⁹, também denominada por culpa anônima²⁸⁰, responsabilidade coletiva²⁸¹, ou causalidade suposta²⁸², tentando responder a questão acima,

²⁷⁸ O caráter não absoluto do princípio da reparação integral, por opção metodológica, será apreciado no capítulo IV.

²⁷⁹ Gustavo Tepedino leciona que “O problema da causalidade alternativa se apresenta quando, diante de um único fato jurídico ao qual se pode vincular o dano, identificam-se condutas de diversos agentes reunidos em um mesmo fato (ou atividade) considerado como causa” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 383).

²⁸⁰ MATOZZI, Ignácio de Cuevilas. *La relacion de causalidad en la orbita de derecho de daños*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 222, apud MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 216.

²⁸¹ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁸² GIUSTINA, Vasco Della. *Responsabilidade civil dos grupos: inclusive no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

propõe uma interpretação nova para o nexos causal em sua primeira função. Neste sentido, Anderson Schreiber afirma que a teoria tem “sua origem na discussão sobre o tratamento a ser dado à causalidade em hipótese em que, embora seja possível identificar o grupo de cuja atuação adveio o dano, mostra-se impraticável a determinação precisa do seu causador”²⁸³.

A designação culpa anônima é equivocada, tendo em vista que a teoria abarca não só hipóteses de responsabilidade subjetiva, nas quais a culpa figura como pressuposto necessário, mas também contempla a responsabilidade objetiva, onde a culpa desaparece, para em seu lugar atuar o risco. Já a denominação responsabilidade coletiva, em que pese parecer apropriada em uma primeira análise, pode dar a entender que, uma vez pertencente ao grupo, a responsabilidade sempre subsistirá, o que não é verdade²⁸⁴. Já a denominação causalidade suposta, por seu turno, também não parece ser a mais adequada, visto referir-se a um gênero do qual a causalidade alternativa pode vir a ser uma espécie²⁸⁵.

Pelas razões acima expostas, nesta sede será adotada a denominação causalidade alternativa para descrever a teoria que pretende responder ao problema enunciado e a expressão responsabilidade coletiva será empregada para designar um movimento mais abrangente que vem sendo observado no âmbito da responsabilidade civil e que, dentre outras coisas, permitiu a convergência deste instituto com o do seguro, como restará demonstrado no capítulo 4.

3.2.1. Operacionalização da teoria.

Uma primeira análise das obras dos autores²⁸⁶ que se dedicaram ao tema induz a errônea conclusão de que existe entre as diversas abordagens uma simetria de proposições. Na verdade, todos afirmam que a teoria tem assento quando é possível identificar o grupo do qual

²⁸³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas 2007, p. 70.

²⁸⁴ Para uma abordagem crítica acerca das denominações culpa anônima e responsabilidade coletiva, ver: MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 217.

²⁸⁵ Diverge a doutrina se a causalidade alternativa encerra uma presunção de causalidade ou uma inversão do ônus da prova. Aceita a tese da presunção de causalidade pode-se afirmar que a teoria em comento seria uma sua espécie. Esta questão será abordada com maior ênfase no item 3.2.1 do presente capítulo.

²⁸⁶ AGUIAR DIAS, José de. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1997.; DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade Coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998; GIUSTINA, Vasco Della. *Responsabilidade civil dos grupos: inclusive no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

a ação individual que gerou o dano teve origem, não sendo, contudo, viável a identificação do autor da ação. Disso defluem dois pressupostos: i) o dano deve estar causalmente ligado a um grupo determinado; e, ii) não seja possível identificar, dentre os membros do grupo, o causador do dano.

O consenso, no entanto, acaba nesses dois pressupostos. A partir de então, há quem aponte a necessidade de o grupo ser minimamente organizado, de sorte que seja factível atribuir-lhe personificação²⁸⁷, assim como há quem defenda ser necessária não uma organização propriamente dita, mas uma convergência de interesses²⁸⁸ e, ainda, há quem indique o risco como único fator vinculativo entre os integrantes do grupo, de sorte que nessa perspectiva, os grupos espontâneos e fortuitos também estariam sujeitos à incidência da teoria²⁸⁹.

Diverge ainda a doutrina em relação a possibilidade de a teoria ser aplicada às hipóteses de responsabilidade subjetiva, objetiva²⁹⁰ ou a ambas²⁹¹. Além disso, diferentes posições emergem também em relação à qualificação da atividade, se lícita ou ilícita; se perigosa, sendo essa apreciação em abstrato ou em concreto.

Nesta sede, defende-se que, a aplicação da teoria da causalidade alternativa requer o preenchimento dos seguintes pressupostos: a) multiplicidade subjetiva vinculada unitária e objetivamente a um dano, de sorte que não seja possível individualizar o autor do fato ou da atividade; b) o dano decorra de uma conduta individual, porém indeterminada; c) a potencialidade danosa da atividade desenvolvida pelo grupo deve ser analisada em concreto; d) a comprovação pelo autor da ação de um vínculo de necessariedade entre a atividade do grupo e o dano sofrido; e) a existência de um interesse comum (elemento objetivo) a

²⁸⁷ Posição defendida por Viney Geneviève, conforme afirmam Caitlin Mulholland Sampaio (*A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009, p. 227); Julio Alberto Diaz (*Responsabilidade Coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 93-94).

²⁸⁸ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009, p. 227; CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 284.

²⁸⁹ “Muitas vezes, o elemento que vincula os sujeitos integrantes de um grupo é apenas a criação do risco, inexistindo qualquer outro traço de coesão entre eles” (DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade Coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 113-114).

²⁹⁰ Apesar de a abordagem de Julio Alberto Diaz, nesse ponto, ser dúbia, ele afirma que o fator de atribuição da teoria é o risco. Essa questão será mais detalhada na seção seguinte. (DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade Coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 209).

²⁹¹ Neste sentido, GIUSTINA, Vasco Della. *Responsabilidade civil dos grupos*: inclusive no Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 63-66.; GOLDENBERG, Isidoro H. *La relación de causalidad en La responsabilidad civil*. 2 ed. Buenos Aires: La Ley, 2000, p. 153; MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 217.

desempenhar a função de elo de coesão do grupo; f) possibilidade de exoneração daqueles que provarem não ser o autor da ação.

Consigna-se que a teoria da causalidade alternativa propõe um novo sentido para causalidade, e não uma simples inversão do ônus da prova. Essa distinção pode parecer desprovida de relevância já que, em termos práticos, os resultados seriam os mesmos: partindo da premissa da possibilidade de exoneração daqueles que lograrem não terem contribuído diretamente para a consecução do dano, seria indiferente se a liberação decorresse de prova em contrário ou de interrupção do nexo causal.

Contudo, insista-se que a importância de reconhecer que a teoria da causalidade alternativa apresenta-se como uma tentativa de construção do conceito jurídico de causalidade reside no fato de que, como já afirmado na introdução do presente capítulo, a responsabilidade civil carecer de teorias próprias e, sendo assim, parece ser esta uma boa oportunidade para caminhar no sentido de construir uma dogmática particular.

Assim, ainda que a teoria da causalidade alternativa, no conjunto de suas proposições, não encontre acolhimento majoritário, se servir para assentar que causalidade para fins de responsabilização civil diverge da noção de causalidade natural, já terá contribuído sobremaneira para sanar um problema latente.

Sobre esta questão, destaca-se a análise crítica tecida por Maria Celina Bodin de Moraes²⁹² no sentido de que, se por um lado, o conjunto de transformações da responsabilidade civil permitiu que a pessoa humana estivesse mais protegida do que nunca, por outro, não veio acompanhado de um amadurecimento doutrinário apto a garantir segurança jurídica em um cenário de plena reparação do dano moral, de generalização da responsabilidade objetiva e de alargamento do nexo causal. Conseqüentemente, conclui a referida autora, que a manutenção desta situação de ausência de rigor científico põe em risco as conquistas alcançadas até então.

Em apertada síntese, a noção de causalidade jurídica que subjaz da teoria em voga pode ser compreendida dentro do contexto de afastamento necessário da noção de causalidade

²⁹² “[...] a pessoa humana nunca esteve tão protegida. Isto se deve, em grande, à radical transformação da responsabilidade civil, na qual a plena reparação do dano moral consagrada com a Constituição de 1988, a generalização da responsabilidade objetiva e o alargamento do nexo de causalidade conduziram a uma explosão das hipóteses de indenização por lesão à pessoa. Este movimento, todavia, não veio acompanhado da correlata evolução doutrinária capaz de prover rigor científico a este novo paradigma de direitos dos danos e assim garantir a necessária segurança jurídica. Assim, embora as intenções jurisprudenciais tenham sido sempre as melhores, a ausência de uma dogmática, tanto conceitual quanto procedimental, e da sua momentânea (em virtude da transição ao pós-positivismo) e aparente desnecessidade, de modo a garantir a racionalidade da decisão, isto provavelmente impedirá que a tutela se mantenha. A transformação permanente do ordenamento nacional em direção à tutela integral do seu valor maior, constitucionalmente garantido, isto é, a dignidade das pessoas humanas, corre sério risco”. (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. In: *Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 145-146).

física e material em direção a construção de um conceito jurídico, definido a partir de escolhas políticas em torno de valorações possíveis e necessárias.

Nas palavras de Clóvis do Couto e Silva²⁹³, trata-se da transformação de uma causalidade real, fundada nos postulados científicos e tradicionalmente empregada no âmbito da responsabilidade civil, para uma causalidade suposta, no sentido de possível, sendo que esta, diferentemente da natural, encerraria um conceito genuinamente jurídico.

3.2.2. Análise de alguns casos brasileiros

A fim de ilustrar a problemática do dano causado por membro indeterminado de um grupo, a presente seção colaciona alguns casos enfrentados pelos Tribunais brasileiros e solucionados a partir da aplicação da teoria da causalidade alternativa. Preliminarmente, no entanto, destaca-se o método apresentado por Anderson Schreiber²⁹⁴ para aferição do dano ressarcível.

A metodologia proposta acerca da investigação comparatista do merecimento de tutela dos interesses é composta por quatro fases. As duas primeiras referem-se à verificação em abstrato do merecimento de tutela dos interesses contrapostos, ou seja, do lesante e do lesado. Se ambos os interesses forem considerados merecedores de tutela, passa-se a terceira fase, onde será perquirida a existência ou não de uma regra de prevalência entre esses interesses. Caso inexista tal regra estabelecida, segue-se para a quarta fase, consistente na ponderação judicial.

De fato, a metodologia do direito civil-constitucional traz como um de seus pressupostos, a utilização da técnica da ponderação preferencialmente à técnica da subsunção²⁹⁵ para a aplicação das normas jurídicas em resposta ao processo unitário de

²⁹³ “La relacion de causalidad está cambiando, de una causalidad real (como era em el siglo pasado) a una causalidad (que si no hay otro término se puede llamar), supuesta, que se supone que ha existido” (COUTO E SILVA, Clóvis do. Responsabilidad alternativa y acumulativa. In. FRADERA, Vera Maria Jacob (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 235-242, p. 240).

²⁹⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas 2007, p. 155-162.

²⁹⁵ Para uma crítica acerca da técnica da subsunção, ver: TEPEDINO, Gustavo. O ocaso da subsunção. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v.34. Rio de Janeiro: Padma, Abril-Junho, 2008, Editorial.

interpretação e qualificação. Destaca-se que este procedimento reúne as tarefas de integração, interpretação e qualificação.

Deve-se, pois, considerar o caso concreto com todas as suas peculiaridades,²⁹⁶ tendo em vista que a regra só se torna norma diante do caso²⁹⁷, o que significa dizer que a integração é uma fase essencial da qualificação, ou seja, da individuação da normativa. Este inclusive encerra o que Pietro Perlingieri chamou de problema preliminar, consistente em “individuar, através de uma verdadeira e empenhada atividade hermenêutica, no *mare magnum* das fontes e das proposições legislativas, qual é a norma vigente”.²⁹⁸

Destaca-se também que a técnica da ponderação não tem lugar apenas diante da ausência de regras de prevalência. Ao contrário, a utilização da técnica justifica-se sempre, tendo em vista a necessidade de se analisar o resultado obtido através do entrechoque de regras de prevalência dentro do sistema jurídico como um todo, já que, contemporaneamente, deve-se reconhecer dois níveis distintos de validade das normas, um formal, e outro material²⁹⁹.

Nessa perspectiva, a questão do dano causado por membro indeterminado de um grupo encerra sempre, no ordenamento jurídico brasileiro, um caso crítico, tendo em vista a inexistência de regra de prevalência, ao contrário, os interesses conflitantes, na maioria das vezes, estão igualmente tutelados por valores de mesma hierarquia. Este problema emerge do entrelaçamento de sujeitos e situações que passam a atuar simultaneamente, e culmina com a

²⁹⁶ “É necessário, em especial, uma teoria da interpretação que, superando as contraposições entre *fattispecie* abstrata e *fattispecie* concreta, procure dar a máxima valorização das peculiaridades do fato – não através de um procedimento mecânico de subsunção em rígidos e não completamente correspondentes esquemas legislativos, mas – procurando, em respeito ao seu significado subjetivo, a normativa que seja mais compatível com os interesses e os valores em jogo segundo a hierarquia que deles propõe o ordenamento” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 104).

²⁹⁷ “O fato, no momento de seu acontecimento, atua como abstratamente hipotizado na previsão da lei: o ordenamento lhe atribui uma qualificação e uma disciplina. O fato concreto quando se realiza constitui o ponto de confluência entre a norma e o seu tornar-se realidade: é o modo no qual o ordenamento se atua. A norma existe na sua atuação, quando é individuada pelo intérprete em relação ao caso concreto: o momento fático atribui a concreção e a historicidade essenciais à norma”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 89-90).

²⁹⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 73.

²⁹⁹ “Tradicionalmente, tem-se sustentado que a validade é formal, ou seja que a tarefa consiste em identificar a norma aplicável conforme os critérios de identificação do suporte fático, de subsunção na norma que o descreve e de solução dos problemas de antinomias com base nos critérios de hierarquia, temporalidade e especialidade. Em um sistema complexo deve-se recorrer, além disso, aos princípios, que admitem a possibilidade de preenchimento dos espaços abertos reconhecidos aos conceitos jurídicos indeterminados, assim como de sustentação da integridade do ordenamento com base em valores.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2. ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.74).

impossibilidade de estabelecimento de uma ligação direta de causa e efeito em inúmeras hipóteses em que se verifica um dano³⁰⁰.

Soma-se a este fato denominado por causalidades complexas, a superação do critério da ilicitude, impondo a evolução do instituto em direção a uma responsabilidade independentemente de culpa³⁰¹, exatamente porque, o instituto da responsabilidade civil passa a ser orientado pelo paradigma protetivo, introduzido, no caso brasileiro, pela Constituição de 1988.

Importante consignar que paradigma nesse contexto significa um valor a ser utilizado como parâmetro orientador da decisão, sendo este extraído da axiologia constitucional e não das convicções particulares do julgador.³⁰² E, ainda assim, as premissas eleitas devem ser expostas e justificadas, permitindo o seu controle em termos de adequação, proporcionalidade e razoabilidade³⁰³.

O paradigma protetivo estrutura-se em torno da proteção da pessoa, orientado pelo personalismo jurídico³⁰⁴, a partir do reconhecimento da necessidade de promoção de uma igualdade substancial, influenciando a reformulação da responsabilidade civil que passa a reconhecer em sede constitucional os danos à pessoa e a determinar a sua reparação integral³⁰⁵. Para fins de responsabilidade civil, importa destacar que ao paradigma protetivo se une o solidarista, nos termos apresentados no capítulo 1, acerca da solidariedade global,

³⁰⁰ “Os vínculos sociais se estabelecem sobre uma base territorial cada vez mais extensa, em tempos cada vez mais intensos, com uma participação de milhares de sujeitos que atuam entre si ao mesmo tempo, incrementando a complexidade. Tudo está interconectado e os vínculos de causa a efeito se estabelecem em múltiplos níveis difíceis de discernir”. (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2. ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.67).

³⁰¹ Sobre esta questão, ver capítulo 1, item I.3.3. Ricardo Luis Lorenzetti (*Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2. ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.48-49) apresenta o tema como representativo de uma crise da teoria geral da responsabilidade civil. De nossa parte, optamos por qualificá-lo não como uma crise, mas sim, como indicativo da evolução do instituto em consonância com a historicidade da sociedade.

³⁰² Pietro Perlingieri ressalta o potencial problema da pré compreensão do intérprete, alertando para o fato de que: “quem quer que tenha de resolver um problema, o faz a partir de uma hipótese que ele próprio formula. [...]. Registram-se assunções originárias de sentido, ou seja, uma disposição inicial do intérprete a entender o texto de um certo modo [...]. Todavia, é preciso impedir que as próprias pré-opiniões entrem em jogo sem que sejam conhecidas e que impossibilitem a compreensão do texto. A pré-compreensão não pode se tornar um preconceito e impedir, assim, uma plena compreensão do texto [...]. A guiar a atividade do intérprete não deve ser a sua teimosa orientação subjetiva, mas, antes, o cumprimento da sua tarefa de respeitar e, com a própria ação, de realizar a legalidade constitucional” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 607-608).

³⁰³ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 609.

³⁰⁴ Comentando acerca da centralidade da pessoa, a partir da incidência dos direitos fundamentais, Ricardo Lorenzetti afirma que “no direito privado esses direitos têm grande repercussão, que se revela, em primeiro lugar, no princípio personalista. O grupo dos direitos fundamentais atua como um núcleo, ao redor do qual se pretende que gire o direito privado. Um novo sistema solar, no qual o Sol é a pessoa”. (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2. ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.257).

³⁰⁵ Art. 5º, X, CRFB/88. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

operando a funcionalização das liberdades individuais em prol do pleno desenvolvimento da pessoa, mas, sem com isso se confundir com caridade.

Ademais, para a análise aqui pretendida, importa aproximar o paradigma protetivo (já unido ao solidarista), do coletivo que tem por fim destacar as relações grupais, priorizando a relação coletiva sobre o individual. Importante destacar que, em que pese o paradigma coletivo estar usualmente atrelado ao reconhecimento de direitos a determinados grupos, aplica-se também à questão da legitimação passiva coletiva quando não é possível individualizar o autor de um fato danoso, sendo irrefutável somente o seu pertencimento a um grupo determinado.

Tecidas essas considerações prévias, passa-se a análise de alguns casos brasileiros, nos quais a teoria da causalidade alternativa foi aplicada.

i) Objetos lançados ou caídos de prédios

A responsabilidade daquele que habitar prédio, ou parte dele, pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido, é objetiva,³⁰⁶ tendo sido positivada no artigo 1529 do Código Civil de 1916 e mantida no Código de 2002, no artigo 938. Esta previsão tem origem no *effusum et deiectum* do direito romano, quase-delito aplicado ao habitante de prédios (casas) pelos líquidos ou objetos lançados e que causassem dano a terceiros³⁰⁷.

Conseqüentemente, a regulamentação condizente com a sua origem, indica apenas a responsabilidade daquele que habitar prédio pelos danos decorrentes do lançamento de objetos, independentemente do título que ostente. A norma foi elaborada tendo em vista uma realidade que hoje é subsidiária. Explica-se, a urbanização impôs a necessidade de conferir maior utilidade aos espaços, o que implicou em construções verticais, os ditos condomínios

³⁰⁶ Destaca-se, contudo, que Alvino Lima afirma tratar-se de responsabilidade subjetiva, ao argumento de que a culpa reside no erro de conduta, consubstanciado em lançar a coisa em lugar indevido: “exigindo o citado artigo 1529 que a coisa tenha caído ou sido lançada em lugar indevido, a culpa reside na imprudência de atirar objetos em lugares onde o público passa, podendo, pois, ser presumível a culpa”. (LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. rev.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 306).

³⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais títulos de crédito, responsabilidade civil e privilégios creditórios* (arts.421 a 965). vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 848-849.

edifícios, destinados não só para fins residenciais, mas também comerciais. E, destes, não raras vezes são lançados e/ou caídos objetos que causam danos na esfera de terceiros.

Sendo possível a identificação da unidade da qual o objeto foi proveniente, não há dúvidas quanto à aplicabilidade da regra. Entretanto, não sendo possível tal identificação, discute-se a legitimação passiva. Esta questão será analisada a partir de dois julgados paradigmáticos, com o fim de ilustrar como a eleição de um ou outro paradigma implica em soluções diversas para casos semelhantes.

O primeiro, de relatoria do então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Barbosa Moreira, a partir do emprego da técnica da subsunção, conclui pela ilegitimidade passiva do condomínio e, conseqüentemente, pela irresponsabilidade, como depreende-se da ementa abaixo transcrita:

Ementa: “Condomínio de edifício de apartamentos. -Ação em que se pleiteia o ressarcimento de danos sofridos por condômina, em virtude da queda de objetos, de ponto superior não identificado. Cabendo e responsabilidade aos moradores das unidades de que se possa cogitar como origem, não tem o condomínio legitimidade passiva ad causam, mormente quando não entra em consideração qualquer sorte de culpa *in vigilando*”. (TJRJ, 5 CC. AC 1988.001.02164. Rel. Des. Barbosa Moreira, julg.: 30/08/1988).

Na fundamentação identifica-se a forte influência do paradigma individual-patrimonialista, na medida em que a justificativa para não reconhecer a legitimidade passiva do condomínio foi construída em torno do argumento de que o condomínio é o conjunto de proprietários e não de moradores, o que possibilitaria que algum dos titulares do direito real viesse a ter que ratear a despesa da indenização, mesmo na eventualidade de não ter habitado o prédio no momento da consecução do dano.

Entretanto, deve-se ressaltar que, de alguma forma, ainda que diminuta, o paradigma protetivo já se fazia presente. Isto porque, no voto foi declarado que a demanda havia sido mal dirigida, visto que a autora deveria ter indicado “os moradores das unidades de que poderiam ter-se originado as coisas caídas ou lançadas [...] e em face dessas pessoas é que teria de ser proposta a ação”, permitindo supor que, se a autora tivesse restringido o pólo passivo da ação ao conjunto de prováveis ofensores, teria obtido êxito.

Esta tese foi defendida em doutrina, dentre outros, por José de Aguiar Dias que, apesar de propugnar pela responsabilidade solidária de todos os moradores do edifício, defendia a exoneração dos moradores da ala oposta a qual se deu a queda do objeto, exatamente porque, tal morador, “não pode, decerto, presumir-se responsável pelo dano”³⁰⁸.

³⁰⁸ “É evidente que todos os moradores corresponde a todos os habitantes cuja responsabilidade seja possível atribuir o dano. Nos grandes edifícios de apartamentos, o morador da ala oposta ao em que se deu a queda ou lançamento de objeto ou

Já no Recurso Especial de relatoria do Ministro Bueno de Souza³⁰⁹, sob a influência do paradigma protetivo e do afastamento da técnica da subsunção para buscar a validade material da norma, foi reconhecida a responsabilidade de todo o condomínio pelo dano decorrente de objetos lançados ou caídos, sendo, orientado que a possibilidade de exoneração daqueles que lograssem demonstrar que não poderiam ter causado o dano, deveria ser resolvida internamente, visto se tratar de matéria *interna corporis*.

A influência do paradigma protetivo é verificável tanto no voto do Ministro Relator ao justificar a sua decisão sob o argumento de que a exigência da comprovação do exato ponto de onde teria sido lançado ou caído o objeto, conduziria a total falta de tutela da vítima, assim como no voto vogal do Ministro Ruy Rosado de Aguiar ao afirmar que a solução pela responsabilidade do condomínio “evidencia uma significativa alteração no modo de examinar o tema da responsabilidade civil, deixando de lado o ato ilícito para olhar a existência do dano injusto”.

Em síntese, como já afirmado por Maria Celina Bodin de Moraes, “a opção jurisprudencial de responsabilizar o condomínio, se não obedece à literalidade da norma [...], vem em socorro da vítima, para quem qualquer outra solução, embora mais fiel à letra da lei, seria de difícil realização”.³¹⁰

ii) O caso dos pinheiros

O caso dos pinheiros foi julgado na década de 1970, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e pelo Supremo Tribunal Federal. Resumidamente, várias sociedades empresárias especializadas no corte de pinheiros possuíam autorização para explorar determinada região e, o faziam, simultaneamente.

líquido não pode, decerto, presumir-se responsável pelo dano” (AGUIAR DIAS, José de. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1997, p. 441, nota de rodapé 81.

³⁰⁹ RESPONSABILIDADE CIVIL. OBJETOS LANÇADOS DA JANELA DE EDIFÍCIOS. A REPARAÇÃO DOS DANOS É RESPONSABILIDADE DO CONDOMÍNIO. A impossibilidade de identificação do exato ponto de onde parte a conduta lesiva, impõe ao condomínio arcar com a responsabilidade reparatória por danos causados à terceiros. Inteligência do art.1.529, do Código Civil Brasileiro. Recurso não conhecido. (STJ, 4T, RESp. 64.682. Rel. Min. Bueno de Souza; julg.: 10/11/1998).

³¹⁰ BODIN de MORAES, Maria Celina. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 153.

A permissão era para o corte de um número determinado de árvores, porém, foram derrubadas árvores em um número superior ao consentido, não sendo possível, contudo, identificar qual das sociedades empresárias havia descumprido o contrato.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,³¹¹ interpretando os artigos 904 e 1518, ambos do Código Civil de 1916, no sentido de caracterizar a responsabilidade solidária de todas as sociedades empresárias, condenou todas. Ao que tudo indica, o paradigma do meio ambiente que, segundo Ricardo Lorenzetti³¹², funda-se no reconhecimento da natureza como sujeito, influenciou diretamente a decisão.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal³¹³, arraigado na validade formal do artigo 1518, reformou o acórdão para afastar a solidariedade das empresas, tendo sido afirmado no voto do Ministro Rodrigues Alkim, que “pela só dificuldade em identificar o autor do dano, a solidariedade não se dá”.

iii) O caso dos carros alegóricos

Este caso³¹⁴ refere-se a um desfile de carros alegóricos por ocasião da 1ª Festa da Vindima, realizada na cidade de Flores da Cunha, quando uma pessoa foi gravemente ferida por disparo de arma de fogo proveniente do carro alegórico “Os Caçadores”. Os integrantes do referido carro alegórico portavam espingardas, visto que em dado momento do desfile disparariam balas de festim em pombos que seriam soltos por eles mesmos. Porém, a arma de um dos integrantes continha balas de verdade e, quando do disparo, lesionou um espectador do desfile.

Ante à ausência de identificação do autor do disparo, na esfera criminal todos foram absolvidos. Já na esfera cível, em primeira instância, não foi configurada a responsabilidade,

³¹¹ TJRS, 3 CC, AC. 21.062, Rel. Des. Antônio V. do Amaral Braga, Julg. : 08/11/1973.

³¹² Dentre as premissas essenciais do paradigma ambiental apontadas por Ricardo Lorenzetti, destacam-se as seguintes: “assinala que o direito foi construído a partir do indivíduo, e, portanto, é antropocêntrico, de maneira que é necessário mudar essa visão, evoluindo para concepções geocêntricas, que tenham por sujeito a natureza; sustenta um novo cenário de conflitos, entre bens pertencentes à esfera coletiva ‘ambiente’ e individuais, dando preeminência aos primeiros; os direitos individuais têm uma função ambiental; o direito de propriedade encontra uma limitação na tutela do ambiente, já que não é sustentável a permanência de um modelo dominial que não o tenha em conta; baseia-se em uma concepção holística, ou seja, tudo tem uma inter-relação que deve ser respeitada, tanto na natureza, como no próprio direito” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2. ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.341).

³¹³ STF, 1T, RE 86.446/RS, Rel. Min. Antônio Nader, julg. 14/06/1977.

³¹⁴ TJRS, 1 CC, AC 11.195, Rel. Des. Oscar Gomes Nunes, julg. : 25/11/1970.

ao argumento de que eventual condenação só seria viável se identificado o culpado pelo disparo. Entretanto, o Tribunal reformou a sentença e, utilizando como fundamento a teoria da guarda, condenou todos os integrantes do grupo solidariamente.

Identifica-se, com certa clareza, que a decisão em primeiro grau atentou para a ausência de regra a permitir a responsabilização solidária dos integrantes do grupo, obedecendo ao paradigma da responsabilidade individual, ao passo que, em segunda instância, a decisão foi tomada a partir de um paradigma protetivo, privilegiando a tutela da vítima.

iii) O caso da briga de torcidas rivais

Este caso refere-se à briga de torcidas rivais ocorrida após partida de futebol, que resultou na morte de um dos envolvidos. O caso foi apreciado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³¹⁵ e pelo Superior Tribunal de Justiça³¹⁶, tendo sido decidido, em ambos, pela aplicação da teoria da causalidade alternativa, com o fito de proteger a vítima, assegurando-lhe reparação. Em ambas as esferas, a partir da adoção de um paradigma coletivo, foi afirmado que a participação no grupo envolvido em atividade perigosa era suficiente para a responsabilização. Destaca-se a ementa da decisão proferida pelo Tribunal estadual:

“Causalidade alternativa. Forma suposta de causalidade, inadmissível para efeitos penais, mas suficiente para a fixação da responsabilidade civil. Falta de prova suficiente de haver qualquer dos demandados, individualmente, golpeado a vítima de modo a concorrer efetivamente para causar-lhe a morte, fundamento da absolvição criminal, sem força, entretanto, para afastar a responsabilização civil, a cuja configuração basta a prova de integrarem os réus o grupo participante da briga durante a qual tais golpes foram desferidos. (...). Demonstração testemunhal suficiente desse pressuposto de participação, ainda que insuficiente para deslindar a exata forma e extensão da cota com que cada qual dos réus concorreu para o

³¹⁵ TJRS, 6 CC, AC. 591047451, Rel: Adroaldo Furtado Fabrício, julg. Em 10/12/199.

³¹⁶ CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MORTE DE TORCEDOR APÓS PARTIDA DE FUTEBOL POR GRUPO DO TIME RIVAL. ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DO JURI. EFEITO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL. INEXISTÊNCIA MATERIAL DO FATO. ARTS. 1.525 DO CC E 66 E 386 DO CPP. INCOMPATIBILIDADE PARCIAL.

I. Nem todas as hipóteses de absolvição no Tribunal do Júri levam à aplicação das exceções previstas no art. 1.525 do Código Civil quanto à impossibilidade de apuração da existência do fato ou da sua autoria, em face da ressalva constante do art. 66 do CPP, norma mais moderna e prevalente. II. Assim, se não firmada, categoricamente, a inexistência material do fato — e aqui ele ocorreu — permite-se a investigação no cível da ocorrência de dolo ou culpa que levaram à prática do ilícito gerador da obrigação de indenizar. III. Caso em que a prova dos autos, como reconhecido pelas instâncias ordinárias - em 1º grau até antes da decisão criminal - mostra a participação dos réus na agressão a um grupo rival de torcedores que levou à morte do esposo e pai dos autores, após partida de futebol. Demonstrada a existência material do fato na esfera criminal e a ilicitude do comportamento, no âmbito civil, procede o pedido indenizatório relativamente aos responsáveis. IV. Recurso especial não conhecido. (STJ, 4T, REsp. 26.975, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg.: 18/12/2001).

resultado lesivo.” (TJRS, 6 CC, AC. 591047451, Rel: Adroaldo Furtado Fabrício, julg. Em 10/12/1991).

A possibilidade de incidência da teoria da causalidade alternativa quando a vítima pertence ao grupo não é pacífica. Julio Alberto Diaz, por exemplo, posiciona-se pela inaplicabilidade da teoria em hipóteses como essa, ao argumento principal de que “o membro do grupo – vítima ou não – é um dos responsáveis pelo risco de dano”³¹⁷. Ou seja, o referido autor propõe que o caso seja solucionado a partir do paradigma risco em detrimento da proteção à pessoa, o que não parece mais acertado.

3.3. Em busca de um fundamento³¹⁸.

Como esclarece Gustavo Tepedino³¹⁹, alternativa é a imputabilidade, já que a causa do dano é uma só e que, dada a impossibilidade de se traçar um liame entre a conduta de um único agente considerado e o dano, desloca-se a investigação para o grupo de agentes. No mesmo sentido, Fernando Noronha elucida que o problema diz respeito à determinação das pessoas componentes do grupo determinado, que irão responder pelo dano, já que inexistente dúvida quanto à sua causa, mas sim, “relativa às pessoas a quem tal causa (e causa única) pode ser atribuída”³²⁰.

Destaca-se ainda, que a alternatividade da imputabilidade não significa possibilidade de escolha entre responsabilizar um ou outro agente, mas sim, responsabilizar todo o grupo. Esta ressalva é importante porque, em que pese a teoria propugnar a solidariedade entre os pertencentes ao grupo, não se pode analisar esse vínculo subjetivo nos exatos termos propostos pela teoria geral das obrigações.

³¹⁷ DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade Coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 116.

³¹⁸ Em doutrina alienígena usualmente são apontados como fundamentos dessa teoria, além do risco, a culpa na atividade coletiva, assim como a culpa na guarda coletiva da coisa que gerou dano. Essas propostas, em que pese serem de grande relevância, por estarem muito entrelaçadas a um viés moralizante da responsabilidade civil, não serão nesta sede abordadas. Já a proposta de Vasco Della Giustina (*Responsabilidade civil dos grupos*: inclusive no Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Aide, 1991) não será pormenorizada, tendo em vista que, em que pese a grande contribuição de sua obra, o autor adota o crime de rixa como paradigma e, como já afirmado, é necessário construir teses de causalidade próprias para o Direito Civil.

³¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 384.

³²⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 682.

Inicialmente porque, a solidariedade obrigacional não se presume, decorre sempre de lei ou da vontade das partes³²¹ e, no caso brasileiro, a solidariedade proposta pela teoria não tem fundamento em nenhuma dessas fontes. Esta, inclusive, é uma das principais críticas sofridas pela teoria: como justificar, juridicamente, a solidariedade entre os componentes do grupo?

Assim como a lei e os contratos, a responsabilidade civil é uma fonte genérica de obrigações, de sorte que o princípio segundo o qual a solidariedade não se presume, é também aplicável nesta seara. Por essa razão, quando o legislador quis estabelecer solidariedade entre os responsáveis pelo o dano o fez expressamente, como na hipótese de dano decorrente de concausas complementares, casos em que é facultado ao credor escolher qual dos devedores solidários será acionado para satisfazer o seu crédito.

Ressalta-se que na hipótese prevista no artigo 942, o nexa causal cumpre a sua primeira função, identifica os responsáveis pelo dano. No entanto, por não ser possível estabelecer rigidamente a exata extensão do dever de indenizar de cada um, a lei impõe a solidariedade entre os responsáveis, com o fito de garantir maior proteção à vítima do dano. Nessas hipóteses a vítima pode buscar a sua reparação integral de qualquer dos co-responsáveis, em observância à teoria geral das obrigações que assegura ao credor o direito de “exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum”.³²²

Já nos casos de responsabilidade por fato de outrem, como já mencionado na introdução desse capítulo, o nexa causal cumpre igualmente a sua primeira função, individualizando o agente causador do dano, ocorrendo apenas a imputação de responsabilidade a terceira pessoa que, por determinação legal, é por tal fato responsável. Então, mais uma vez, a solidariedade passiva imposta por lei³²³ visa ampliar a possibilidade de reparação da vítima que poderá escolher acionar diretamente o causador do dano ou o

³²¹ Art. 265, CC/2002. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes. Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloisa Helena Barboza, interpretam o dispositivo nos seguintes termos: “A solidariedade tem caráter excepcional e origem puramente técnica, por isto não se admite fora da lei ou do contrato. [...]. A regra, na teoria geral das obrigações, é a de que o liame obrigacional se reparte em tantas relações autônomas quantos forem os credores ou devedores. O afastamento desta regra, portanto, somente ocorrerá por imposição legal ou por convenção das partes”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações* (arts.1º a 420). vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 549).

³²² Art. 275, CC/2002. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto. Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores.

³²³ Nos termos do parágrafo único do artigo 942 do Código Civil de 2002, “são solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932”.

responsável indireto, assim como garantir que o efetivo causador do dano não fique isento de responsabilidade.

A solidariedade proposta pela teoria da causalidade alternativa também não pode ser apreciada à luz da solidariedade obrigacional porque, em segundo lugar, trata-se, na verdade, de hipótese de presunção de causalidade, de sorte que uma vez demonstrada a não causação, ou seja, a impossibilidade de autoria do fato gerador do dano, a presunção se esvai ante a certeza da não autoria. No âmbito da solidariedade obrigacional isto não seria possível. Mesmo na hipótese em que a dívida comum se agrava por culpa de um dos co-devedores, como no caso da mora³²⁴, na relação externa, ou seja, em face do credor, todos são igualmente obrigados.

Por todo o exposto, conclui-se que a teoria da causalidade alternativa não encontra respaldo na teoria geral das obrigações, restando, pois, a necessidade de identificar a fonte da unicidade obrigacional da multiplicidade subjetiva representada pelo grupo, sendo certo que, mesmo entre os defensores da teoria em voga não existe um consenso a esse respeito, merecendo destaque os posicionamentos abaixo sintetizados.

i) Risco³²⁵: a proposta de Julio Alberto Diaz.

Julio Alberto Diaz adota o risco como fator atributivo da responsabilidade coletiva, propondo a aplicação analógica do artigo 938 do Código Civil³²⁶, que contempla a responsabilidade dos habitantes de prédio pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido, para todos os casos em que, apesar de comprovado um nexos causal externo ligando o dano ao grupo, não seja possível a individualização do responsável.

³²⁴ Art. 280, CC/2002. Todos os devedores respondem pelos juros da mora, ainda que a ação tenha sido proposta somente contra um; mas o culpado responde aos outros pela obrigação acrescida.

³²⁵ Caitlin Mulholland Sampaio identifica na abordagem de Ignacio de Cuevillas Matozzi (*La relacion de causalidad em la orbita de derecho de daños*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000) a adoção do risco como fundamento para a teoria da causalidade alternativa (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 2228).

³²⁶ Na verdade, o autor menciona o artigo 1.529 do Código Civil de 1916, cuja redação foi mantida no artigo 938 do Código de 2002.

Apesar de não se partilhar da premissa adotada, tendo em vista que o fator de atribuição da responsabilidade é o nexo causal e não o risco, ressalta-se o mérito do autor que, apesar de ter como referência o Código Civil de 1916 e, conseqüentemente, como paradigma a responsabilidade subjetiva, ter empregado o risco como resultado de uma decisão tomada, independentemente da consciência exata dos perigos envolvidos³²⁷.

Entretanto, o autor não logra êxito em apartar totalmente a noção de culpa da fundamentação da sua tese, por vezes unindo as duas noções, como ao afirmar que “a razão jurídica que justifica a solidariedade dos participantes é, precisamente, o tipo de atividade (ilícita, ou ao menos, de risco)”³²⁸, o que dificulta a compreensão e, até a legitimação da mesma.

A utilização do risco como fator de atribuição de responsabilidade dependeria da delimitação da aplicação da teoria às hipóteses de responsabilidade objetiva, o que talvez tenha sido pretendido pelo autor, mas não de fato sustentado, visto afirmar que o problema atinente ao dano provocado por membro indeterminado de um grupo “consiste na impossibilidade de determinação das culpas individuais”³²⁹, em que pese ressaltar que não se trata de uma presunção de culpa, mas sim de causalidade³³⁰.

Por outro lado, se a justificativa para imputar responsabilidade a quem, não necessariamente, tenha dado causa ao dano é assegurar a reparação da vítima, não há justificativa lógica para a exclusão, *a priori*, das hipóteses de responsabilidade subjetiva do âmbito de incidência da teoria. Além disso, a utilização do risco como fator de atribuição dependeria de uma qualificação da atividade desempenhada pelo grupo, o que impõe a necessidade de determinar em que momento esta avaliação deveria ser feita: anterior ao dano, à luz do que propõe a teoria da causalidade adequada, ou posterior, nos termos da teoria do dano direto e imediato?

Mesmo utilizando-se da cláusula geral do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, se realizada em abstrato, muitas hipóteses restariam desde já afastadas, de sorte que a

³²⁷ Julio Alberto Diaz afirma que os danos contemplados pela responsabilidade coletiva são sintetizados em duas grandes categorias “a) os danos causados por coisas que são, pela sua própria natureza, perigosas, ou seja, quando sua utilização de acordo ao seu estado natural, poderia provocar geralmente danos a terceiros”, o autor está adotando a noção de risco como decorrente de uma decisão; b) os danos causados pelo risco da atividade desenvolvida através da utilização ou emprego de uma coisa que, não sendo perigosa por natureza, tem potencializada essa aptidão para gerar danos pela própria conduta do responsável que multiplica, aumenta ou potencia as possibilidades de dano. (DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade Coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 117).

³²⁸ DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade Coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 97.

³²⁹ DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade Coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 155.

³³⁰ DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade Coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 203.

causalidade alternativa acabaria sendo empregada majoritariamente nas hipóteses já identificadas como de responsabilidade objetiva. Por outro lado, se realizada em concreto, a análise será de parcialidade duvidosa já que empenhada após a concretização do dano.

Ilustra-se essa complexidade com o seguinte caso: um grupo de crianças brincava de lançar aviõezinhos de papel uns nos outros enquanto aguardavam a chegada do professor em sala de aula. Dois dos alunos, a fim de melhorar o vôo, colocaram um alfinete na ponta dos ditos aviões e, fato seguinte, uma das crianças pertencentes ao grupo acabou sendo atingida e ficando cega³³¹. A análise em abstrato levaria a conclusão de inexistência de causalidade entre o fato e o dano, ao passo que a análise em concreto, certamente, sofreria a influência do drama da vítima.

Assim, se a princípio, a proposta de aplicação analógica do artigo 938 do Código Civil para os demais casos de responsabilidade coletiva seria correta, visto de fato existir uma lacuna na lei no que tange à responsabilização coletiva e, que da interpretação conferida ao dispositivo, tem-se uma norma cuja *ratio* consiste em assegurar a reparação da vítima na hipótese de impossibilidade de individualização do lesante dentro de um grupo determinado³³², a mesma não se sustenta em virtude da premissa adotada.

Ademais, fundamentar a teoria na aplicação analógica do artigo 938 do Código Civil não traz a solução necessária para o problema, visto que a literalidade do dispositivo, a rigor, se quer permite presumir responsabilidade solidária de todos os habitantes do prédio. Na verdade, a interpretação prevalente hoje decorreu de uma construção jurisprudencial com vistas a reparar a vítima. Assim, ainda que se espere que não sobrevenha uma interpretação que dificulte tal reparação, não há nada que assegure isso.

ii) Solidariedade social: apreciações à luz do direito civil-constitucional.

A doutrina desenvolvida à luz da metodologia do direito civil-constitucional reconhece que o instituto da responsabilidade civil foi remodelado em decorrência da incidência direta

³³¹ Este caso, segundo Julio Alberto Diaz, foi enfrentado pelos Tribunais de Córdoba, na Argentina (DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade Coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 114-115).

³³² “Por fonte do direito entende-se comumente não a norma, mas os fatos ou atos dos quais, através da interpretação, se extrai a norma” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 7)

dos princípios constitucionais, notadamente o da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade social.

Isto porque, ao consagrar a pessoa humana como centro do ordenamento jurídico e a solidariedade social como objetivo fundamental, a Constituição da República impôs uma mudança paradigmática, sintetizada pela ruptura do modelo individualista-liberal em favor de um modelo solidarista e repersonalizante, ou seja, introduziu os paradigmas protetivo e solidarista.

Conseqüentemente, se na sua gênese a responsabilidade civil era individualista e patrimonialista, visando precipuamente à reparação pecuniária e individual de um dano, contemporaneamente, assume uma função distributiva, consubstanciando-se em um instrumento de reparação integral do dano sofrido pela vítima³³³.

Parece inexistir dissenso a respeito de que, em algum grau, a relativização do nexo causal é devida, especialmente em relação a algumas hipóteses de fortalecimento das eximentes de responsabilidade civil, como no desenvolvimento da teoria do fortuito interno e até mesmo no tratamento dispensado ao fato exclusivo da vítima³³⁴, aplicados às hipóteses de responsabilidade objetiva.

Apesar de ainda não se ter alcançado um consenso no tocante a abrangência de um conjunto de transformações maiores, admite-se a aplicação excepcional da teoria da causalidade alternativa, desde que, observados alguns requisitos essenciais, ao fundamento principal da solidariedade social, operada em favor da vítima.

Caitlin Mulholland Sampaio, ao fundamento do princípio da solidariedade social³³⁵, e Gisela Cruz, evocando este mesmo princípio em conjunto com o da dignidade da pessoa humana³³⁶, posicionam-se a favor da adoção da teoria da causalidade alternativa, desde que preenchidos os seguintes requisitos: i) a pessoa que causou o dano, embora não possa ser identificada, deve pertencer a um grupo determinado, unido por um objetivo específico; ii) a

³³³ Ver: BODIN de MORAES, Maria Celina. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. e MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

³³⁴ Não obstante, alguns exageros são praticados, como adverte Anderson Schreiber ao comentar a relativização do nexo causal a partir da dificuldade do reconhecimento do fato exclusivo da vítima: “não é raro que certos comportamentos por parte da vítima ou do terceiro, ainda que incompatíveis com os standards específicos de diligência, sejam considerados inclusos no risco do responsável ou imputáveis à sua esfera por alguma outra razão, a exemplo do que ocorre com o fortuito interno” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas 2007, p. 66-67).

³³⁵ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 220.

³³⁶ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 309;

atividade praticada pelo grupo deve ser suscetível de causar dano; e, iii) que seja impossível excluir a responsabilidade dos membros.

Embora os fundamentos apresentados por uma e outra autora não coincidam literalmente, denotam a mesma orientação no sentido de assegurar reparação da vítima, considerando menos injusta a imputação de responsabilidade a quem não tenha dado causa ao dano, do que o desamparo da vítima.

Gustavo Tepedino é enfático ao afirmar que, por mais que seja compreensível e louvável o esforço doutrinário e jurisprudencial que vem sendo empreendido no sentido de mais e melhor proteger a vítima, “o dever de reparar não há de ser admitido sem a presença do dano e do nexo de causalidade entre a atividade e o evento danoso, tendo por escopo o ressarcimento da vítima”.³³⁷

Entretanto, admite que o nexo de causalidade seja, excepcionalmente, relativizado para fins de aplicação da teoria da causalidade alternativa, desde que, além do preenchimento dos requisitos acima apresentados, o autor da ação logre demonstrar um nexo de necessariedade entre a ação coletiva e o dano.

Isto significa que, não obstante a potencialidade danosa da conduta empreendida pelo grupo é também imprescindível que reste provado que, a partir de uma análise em concreto, seja estabelecido um vínculo de necessariedade entre a ação do grupo e o dano³³⁸.

Clóvis do Couto e Silva³³⁹, defensor da teoria da causalidade alternativa, afirma inexistir fundamento jurídico para a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e, sendo assim, a aplicação ou não da teoria depende de uma decisão, uma escolha valorativa. Ocorre que, esta escolha foi realizada democraticamente pelo constituinte originário, em favor da pessoa humana.

³³⁷ TEPEDINO, Gustavo. O futuro da responsabilidade civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 24. Rio de Janeiro: Padma, Out.-Dez, 2005, Editorial, p.3.

³³⁸ “A solução nos casos de causalidade alternativa depende, portanto, da inequívoca e prévia investigação da necessariedade entre a causa – o fato jurídico unificador das condutas de diversos agentes – e o evento danoso. Caso o autor não se desincumba do ônus da prova do vínculo de necessariedade entre a conduta coletiva e o dano não haverá responsabilidade, já que as condutas individualmente consideradas, ainda que potencialmente capazes de gerar o dano, não poderiam ser consideradas como causas necessárias. [...]. Nos casos de causalidade alternativa, sem a prévia definição do vínculo de necessariedade entre o fato jurídico coletivo, tomado como causa única, e o dano, não surgirá dever de reparar. Se é certo que deixar a vítima sem indenização é resultado desconfortável, mais grave ainda seria atribuir responsabilidade a quem não se encontra vinculado ao fato desencadeador do resultado danoso. (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 383-385).

³³⁹ Dissertando acerca do problema da causalidade, Clóvis Couto e Silva conclui que “es un concepto que está solamente en tendencias de los jueces y que sirve para decir que em ciertos casos hay que atribuir indemnización. Porque una fundamentación legal no existe todavía. Aunque esto no quiere decir que no se la va ver algún día” (COUTO E SILVA, Clóvis do. Responsabilidad alternativa y acumulativa In: FRADERA, Vera Maria Jacob (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 235-242, p. 242).

De fato, ante a impossibilidade de individualização do agente causador de um dano, mas, restando incontroverso que pertence ele a um grupo determinado de pessoas, surge um impasse de difícil solução: assegurar a reparação da vítima ou imputar responsabilidade a quem não tenha dado causa ao dano?

O impasse não diz respeito a um caso concreto, no qual pode o juiz ponderar os efeitos de uma ou outra decisão na esfera de interesses da vítima e dos componentes do grupo, mas sim, a um conflito valorativo em torno da base do sistema de responsabilidade civil, construído sob o princípio da imputabilidade individual³⁴⁰.

A dificuldade inerente ao problema dos danos causados por membro indeterminado de um grupo sintetiza o paradigma sob o qual a sociedade contemporânea se organiza. Como afirmado no capítulo 1, a sociedade atual é de risco, sendo esta sua qualidade o paradigma, segundo o qual se dá a sua organização que, por seu turno, gira, em grande medida, em torno da distribuição dos riscos produzidos e potencializados pelo processo de desenvolvimento.

A questão central é que os riscos na contemporaneidade, por fugirem a padrões regulares e previsíveis, não se amoldam as soluções tradicionais fundadas na razão prática e na sua pretensa aptidão para explicar as cadeias de causa e efeitos³⁴¹. Além disso, como não raras vezes os riscos são co-produzidos, quando concretizados em um dano, se torna difícil e até mesmo impossível identificar a sua causa real única ou, em que pese ser possível o estabelecimento de umnexo causal entre o dano e a ação ou omissão da qual ele derivou, não é viável individualizar o autor da conduta, já que várias pessoas agiam da mesma forma em um mesmo contexto espaço-temporal.

Assim, ao paradigma da sociedade de risco, necessariamente, é aposto o problema da responsabilidade, conformando, da união de ambos, o dilema da sociedade de risco, consistente na distribuição de riscos e na atribuição de responsabilidades pelos danos decorrentes das decisões tomadas. Intuitivamente poder-se-ia deduzir que, se um risco é produzido coletivamente, ou seja, pela ação de diversas pessoas, nada mais natural que todas elas respondam. Porém, a produção de um risco não significa autoria de um dano, mas tão somente que, independentemente de culpa, presente o liame de necessidade entre o ato e a atividade, haverá dever de reparar.

³⁴⁰ GOLDENBEG, Isidoro H. *La relación de causalidad en La responsabilidad civil*. 2 ed. Buenos Aires: La Ley, 2000, p. 152.

³⁴¹ Por essa razão, defende-se a construção de um conceito de causalidade jurídica.

Na hipótese de dano causado por membro indeterminado de um grupo, há a co-produção de um risco somada a uma causa única não individualizada³⁴², não configurando, portanto, hipótese de dano coletivamente produzido. Então, reconhecer a possibilidade de uma responsabilidade coletiva, nos termos propostos pela teoria da causalidade alternativa, significa romper com o princípio geral segundo o qual só se responde pelos danos causados, o que, só pode ser feito a partir da adoção do paradigma protetivo.

Neste sentido, reconhece-se como fundamento válido para a teoria da causalidade alternativa o princípio constitucional da solidariedade social, tendo em vista que a incidência da axiologia constitucional no âmbito do instituto da responsabilidade civil implicou na inaceitabilidade de danos injustos serem suportados pela vítima.

Contudo, a adoção da referida teoria tem que ser feita com bastante cautela, visto que em certas situações, “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-se do agente uma nova vítima”.³⁴³

O princípio da solidariedade social, de fato, autoriza a flexibilização do nexos causal, especialmente na sua primeira função de individuar o responsável por um dano, a fim de se prosseguir na busca pela reparação integral, tanto que, como já afirmado, é essencial a construção de um conceito de causalidade jurídica. Entretanto, eventual contorno mais maleável do nexos causal deve resultar de uma apreciação jurídica da causa dos danos que, sem se apartar da causalidade material, deve ir além dessa operacionalizando uma ponderação entre os valores envolvidos, a partir da incidência dos princípios da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana.

Isto porque, o princípio da solidariedade social deve ser compreendido como uma via de mão dupla, operando em conjunto com o princípio da igualdade, tanto em favor da vítima, como do responsável aparente. Assim, inexistindo norma específica para solucionar o problema, deve-se ponderar os princípios em jogo.

Esta ponderação, no entanto, deve atentar para a sua complexa tarefa de equacionar as expectativas legítimas da vítima, em ter ressarcido um dano injustamente sofrido, com as do responsável aparente, em não se ver obrigado a compensar um dano ao qual não deu,

³⁴² “Na causalidade disjunta ou alternativa, o resultado não acontece pela união de várias causas mas pela ação exclusiva de uma delas que elimina as outras. Há uma série ou diversidade de fatos que, ainda que individualmente possuam aptidão para produzir um resultado, este é apenas a consequência de um deles” (DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade Coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 118-119).

³⁴³ TEPEDINO, Gustavo. O futuro da responsabilidade civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 24. Rio de Janeiro: Padma, Out.-Dez/2005, Editorial, p.3.

efetivamente, causa³⁴⁴. Ou seja, a solidariedade global opera a favor da vítima, mas também do ofensor, especialmente quando não demonstrados os requisitos para sua responsabilização.

A favor da vítima operam o princípio da solidariedade social e o princípio da reparação integral. A favor do responsável aparente, além do primeiro princípio, há a presunção de inocência que, embora usualmente atrelada ao direito penal, não há óbice que seja argüida também na seara cível, especialmente porque, como afirma Vasco Della Giustina, “o resultado prático da presença de alguém no grupo onde foi causado o dano é a imputação do nexo causal suposto e de culpa no seu agir”.³⁴⁵

Por fim, a favor de ambos, vítima e responsável aparente, opera a tutela constitucional da pessoa humana. Maria Celina Bodin de Moraes³⁴⁶ sistematiza o conteúdo da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana a partir da noção do seu substrato material, informando que o seu fundamento é conformado por quatro corolários: i) princípio da igualdade; ii) princípio da integridade psicofísica; iii) princípio da liberdade; e, iv) princípio da solidariedade social.

A solução para os casos de dano causado por membro indeterminado de um grupo depende da ponderação desses substratos, tendo em vista inexistir regra de prevalência a indicar qual dos interesses é abstratamente merecedor de tutela. Ao contrário, ambos são tutelados constitucionalmente a partir dos princípios da presunção de inocência e da reparação integral.

A solidariedade social, como já afirmado, opera em favor de ambos. Já a integridade psicofísica atua em favor da vítima, ao passo que a liberdade atua em favor do ofensor aparente. Logo, a solução depende da concretização do princípio da igualdade que, em suas duas dimensões (formal e substancial), contemporaneamente atua a fim de assegurar a dignidade dos cidadãos.

³⁴⁴ “Esta autêntica revolução jurisprudencial, que atende a adequar o instituto originariamente individualista da responsabilidade civil à axiologia constitucional, perseguindo a nobre finalidade de alcançar um resultado mais justo no caso concreto, traz, por características inerentes à estrutura individualista das ações de reparação, o risco de se concluir com outra injustiça: a atribuição de todo ônus reparatório do dano a um único réu, que tem com o incidente uma relação não causal, mas meramente casual, gerando séria crise de legitimidade para todo o sistema de responsabilidade civil. Em outras palavras: aplica-se a solidariedade social aos pressupostos do dever de indenizar, a fim de assegurar o necessário amparo à vítima; mas, de outro lado, mantém-se como conseqüência deste processo a atribuição do dever de reparar a um único réu, que responde sozinho por um ônus que lhe compete tanto quanto compete a qualquer pessoa que integre aquele setor econômico ou, em alguns casos, a própria sociedade como um todo” (SCHREIBER, Anderson. A responsabilidade civil como política pública. In. TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor RICARDO PEREIRA LIRA. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp.743-755, p. 750-751.

³⁴⁵ GIUSTINA, Vasco Della. *Responsabilidade civil dos grupos*: inclusive no Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 142.

³⁴⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

A primeira dimensão do princípio da igualdade, qual seja, a formal, não autoriza a aplicação da teoria da causalidade alternativa, visto que informa que a “lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”.³⁴⁷

Entretanto, especialmente ao longo do século XX, a percepção de que os homens não são efetivamente iguais impôs a evolução do próprio princípio em direção a uma dimensão substancial. Isto porque, a igualdade ou desigualdade é sempre relativa a determinadas características, dentre as quais, a única comum a todas é a natureza humana³⁴⁸.

Esta constatação ganha especial relevo com o surgimento do Estado Social, quando passa a dominar o ideário de que o Estado deve atuar diretamente em alguns setores, interferindo na sociedade. Neste diapasão, ao princípio da igualdade é contraposta a questão atinente ao tratamento a ser conferido aos cidadãos: a) os homens devem ser tratados igualmente? b) o tratamento igual assegura a igualdade?

Ambas as questões foram respondidas negativamente. Em verdade, a constatação da insuficiência da igualdade formal para efetivamente assegurar tratamento equânime ao conjunto das pessoas que naturalmente possuem características distintas, impôs a construção teórica de uma nova forma de igualdade, a substancial, consubstanciada no reconhecimento da necessidade de tratar as pessoas desiguais, na medida da sua desigualdade.

Assim, chegou-se a uma situação aparentemente contraditória. Se, por um lado, o princípio da igualdade, na sua dimensão formal, veda o tratamento desigual, por outro, em uma perspectiva promocional do Direito, a lei tem como uma de suas funções precípua, discriminar situações, dispensando tratamentos desiguais. Neste sentido, a complexidade reside em compatibilizar a isonomia com a natural discriminação legal ou, em outros termos, em concretizar a dimensão substancial da igualdade sem macular o seu aspecto formal.

Sobre esta questão Pietro Perlingieri³⁴⁹ afirma inexistir qualquer antagonismo entre igualdade formal e substancial, consignando que ambas estão reciprocamente relacionadas e destinadas ao fim comum que é a igualdade na justiça social. Neste contexto, Celso Bandeira

³⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 10. Neste sentido, a Declaração dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão, de 1795, em seu artigo primeiro, determinava como direitos dos homens a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, sendo que a igualdade foi definida no artigo terceiro, nos seguintes termos: “a igualdade consiste em que a lei é a mesma para todos, quer proteja, quer puna. A igualdade não admite distinções de nascimento nem hereditariedade de poderes”.

³⁴⁸ BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, v.I, 1997, p. 598.

³⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.47-49.

de Mello³⁵⁰ afirma que o princípio da igualdade não proíbe o tratamento desigual, mas tão somente coíbe desigualdades fortuitas ou injustificadas e, sendo assim, assevera que o discrimen não desrespeitará a isonomia se forem observados os requisitos abstratamente considerados relativos ao fator de discriminação e, além disso, se em concreto, tal fator estiver afinado com os valores constitucionais.

Assim, o fator de discriminação deverá ser fundado em características inerentes às pessoas ou coisas ou situações hábeis a distingui-las das demais, ao mesmo tempo em que a discriminação não pode ser singularizadora, mas sim, deve abarcar todas as pessoas ou coisas ou situações que possuam aquela característica distintiva fundamental. Ademais, deve existir uma correlação lógica entre o fator de discriminação e a distinção alcançada. Por fim, o tratamento desigual só será consentâneo com a isonomia, se superar a análise em concreto de atendimento aos interesses socialmente relevantes protegidos constitucionalmente³⁵¹.

Transportando essas considerações para a análise da questão do dano causado por membro indeterminado de um grupo, conclui-se que a teoria da causalidade alternativa propõe uma desigualação permitida, com o fim de alcançar a justiça social, atendendo assim aos interesses socialmente relevantes. E, isto porque, quando da ponderação do princípio da igualdade entre ofensor aparente e vítima, se está na verdade, sopesando igualdade formal e substancial, devendo, por óbvio, prevalecer a última.

Contudo, como já afirmado, é necessário o reconhecimento e aceitação da teoria, a fim de que a mesma não enseje discriminações singularizadoras, a depender exclusivamente das convicções íntimas do julgador. Ademais, ausente previsão legislativa expressa, a aplicação da teoria só terá lugar excepcionalmente e quando preenchidos todos os requisitos já apresentados, visto que só assim restará fundamentada nos princípios da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana.

Conclui-se, pois, o presente capítulo, afirmando que tais casos só podem ser solucionados por meio de uma escolha que não deve ser feita exclusivamente entre a vítima e o ofensor aparente, mas também, entre a responsabilidade civil e o seguro.

³⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 18.

³⁵¹ No mesmo sentido, PERLINGIERI afirma que: “ao mesmo tempo em que se deve afirmar que as razões de distinção, ou mais exatamente, de exceção à igualdade, devem ser merecedoras de consideração, de acordo com o sistema constitucional globalmente considerado. Não se trata de identificar, em abstrato, critérios ontológicos de racionalidade ou de razoabilidade da desigualdade normativa, mas de especificar, em relação ao caso concreto, justificações que sejam tais segundo a lógica do sistema; a esta análise não pode ficar estranha a exigência de justiça social. (*Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 48)

Mais precisamente, como restará demonstrado no capítulo 4, os novos contornos da responsabilidade civil e a natureza dos riscos contemporâneos, assim como a forma em que são produzidos, permitiu a aproximação dos institutos e, indo além, a convergência de ambos pode representar uma alternativa legítima para a solução de casos de dano causado por membro indeterminado de um grupo.

Em síntese, como afirmado por Gustavo Tepedino, “há de se conjugar a técnica indenizatória própria da responsabilidade com o sistema de seguros privados, ao lado dos mecanismos impostos ao Poder Público para a promoção da solidariedade constitucional”.³⁵²

³⁵² TEPEDINO, Gustavo. O futuro da responsabilidade civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 24. Rio de Janeiro: Padma, Out.-Dez, 2005, Editorial, p.3.

4. UM CAMINHO POSSÍVEL PARA O FIM PRETENDIDO

É, pois, a socialização dos riscos, o que melhor parece atender, nessa fase de evolução ou de transição jurídica, aos reais reclamos da consciência coletiva.

Wilson Mello da Silva

A aceitação da teoria da causalidade alternativa, ainda que excepcionalmente e, desde que preenchidos os requisitos apresentados no capítulo anterior, especialmente, a demonstração de um vínculo de necessariedade entre a conduta do grupo e o dano, representa o primeiro passo em direção a concretização do princípio da reparação integral na hipótese de dano causado por membro indeterminado de um grupo.

A adoção da teoria da causalidade alternativa representa um primeiro passo em direção à reparação integral do dano, na medida em que permite o preenchimento do primeiro plano de investigação atinente à responsabilidade civil. O segundo plano diz respeito à difícil tarefa de quantificar o dano a ser reparado. Nesta sede não serão abordados os critérios para a atuação do nexo causal na função de determinação do *quantum debeatur*, por fugir ao escopo pretendido, consignando-se apenas que esta deve ter por norte a reparação plena do dano.

Neste sentido, afirma-se que a reparação integral do dano depende da correta quantificação do dano e, além desta, da solvabilidade do responsável. Neste ponto especificamente, há espaço para a convergência dos institutos da responsabilidade civil e do seguro, visto que a probabilidade de satisfação do crédito referente à reparação devida é maior quando o obrigado pela reparação é uma instituição especialmente desenvolvida para esse fim, do que o lesante individualmente considerado.

Neste contexto, o presente capítulo apresentará o princípio da reparação integral do dano, o seu fundamento, conteúdo, função e relativização (em casos muito específicos). Compreendido como o fim pretendido nas ações de reparação, defende-se que o princípio da reparação integral é potencialmente melhor concretizado a partir da convergência dos institutos da responsabilidade civil e do seguro por três razões principais: i) esse movimento é representativo da própria coletivização da responsabilidade, enquanto resultado da evolução do instituto; ii) minimiza o inconveniente da imputação do dever de indenizar aos responsáveis aparentes, a partir da diluição dos riscos e das conseqüências de sua concretização; e, iii) esvazia a possibilidade de mitigação do princípio, a partir da redução equitativa da indenização.

4. 1. O fim pretendido: reparação integral do dano na pessoa da vítima

A reparação integral do dano é o fim almejado para as pretensões de responsabilidade civil, de sorte que a própria história do instituto pode ser contada a partir dessa longa trajetória, especialmente a partir de dois marcos³⁵³: i) seleção dos danos ressarcíveis; e, ii) simplificação na configuração dos pressupostos da responsabilidade civil.

De fato, se hoje pode-se falar em um princípio da reparação integral, é devido a longa evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial que permitiu o reconhecimento da tutela da dignidade em uma cláusula geral, culminando com a atribuição de eficácia autônoma às demandas por dano moral, assim como, pelo reconhecimento da tutela prevalente da pessoa, o que implicou na funcionalização da culpa e do nexos causal aos valores personalista e solidarista.

Em outros termos, o espaço para o desenvolvimento do princípio da reparação integral foi sendo conquistado gradativamente, a partir dos mecanismos de expansão do conceito de culpa e também da flexibilização do nexos causal, temas apresentados nos capítulos 1 e 3, respectivamente. Mas, sem dúvida, de grande relevância para essa construção foi o reconhecimento da reparabilidade do dano moral, especialmente a partir da Constituição de 1988.

Isto porque, se é verdade que mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988 doutrina e jurisprudência já vinham se manifestando favoravelmente à possibilidade de se compensar o dano moral, após a promulgação daquela, tornou-se inócua qualquer discussão a esse respeito, assim como restou inexorável a autonomia desta reparação face ao dano material.

Ainda que não se pretenda descrever a evolução jurisprudencial no sentido de acolhimento do dano moral, é importante destacar que o consenso hoje existente acerca da compensação dos danos extrapatrimoniais, é relativamente recente, visto que o reconhecimento da reparabilidade de tais danos ocorreu pela primeira vez em 1966³⁵⁴, quando

³⁵³ A descrição desses marcos não segue uma linha cronológica rígida, mesmo porque os dois movimentos apresentados, em algumas ocasiões, foram implementados simultaneamente.

³⁵⁴ Maria Celina Bodin de Moraes descreve esse momento nos seguintes termos: “Até relativamente pouco tempo atrás, entendia-se como contrário à moral e, portanto, ao Direito, todo e qualquer pagamento indenizatório em caso de lesão de natureza extrapatrimonial se esta se delineava unicamente como sofrimento. O chamado *pretium doloris* (preço da dor) era inadmissível nos ordenamentos de tradição romano-germânica, com exceção dos casos expressamente previstos pelo legislador civil”. (BODIN DE MORAES, Maria Celina, *Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.145).

o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de relatoria do ministro Aliomar Baleeiro, admitiu a possibilidade de indenização dos pais por morte de filhos menores, ainda que sob o errôneo fundamento da frustração de um investimento (dano patrimonial indireto) e não da lesão à dignidade.

Além disso, até a promulgação da Constituição de 1988, o entendimento dominante era o de que o dano moral puro não era indenizável³⁵⁵, sendo só a partir de tal marco, que passou a ser admitida a reparabilidade autônoma do dano moral, independentemente de reflexos patrimoniais.

Assim, o fundamento para a reparação integral tem sede constitucional, especificamente na cláusula geral de tutela da pessoa humana, insculpida no artigo 1º, inciso III, assim como no artigo 5º, incisos V e X. Já no âmbito da legislação ordinária, a cláusula geral de ressarcibilidade dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais foi positivada nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil e o princípio da reparação integral foi expressamente previsto no *caput* do artigo 944.

Paulo de Tarso V. Sanseverino afirma que o princípio da reparação integral foi originalmente desenvolvido no direito francês, a partir da norma do artigo 1149 do *Code*³⁵⁶ que, apesar de dirigir-se à responsabilidade contratual, sempre foi utilizada como parâmetro para a quantificação do dano em sede de responsabilidade extracontratual, e que determina, genericamente, que “a indenização pelos prejuízos derivados do inadimplemento de obrigação nascida do contrato abrange os danos emergentes e os lucros cessantes”.³⁵⁷

Depreende-se que o teor daquela norma não difere muito do artigo 1059 do Código Civil de 1916³⁵⁸. Neste sentido é que pode-se afirmar que, em que pese inexistir dispositivo correspondente ao artigo 944 do Código de 2002 no Código revogado, a *ratio* já se fazia

³⁵⁵ “A espécie dos autos diz respeito a uma questão que prossegue tormentosa nos arquivos da doutrina e da jurisprudência brasileiras: a indenização do dano moral puro. (...). O *punctum dolens* da lide está na questão da reparação do dano moral puro. (...). Há referências de que na Excelsa Corte já predomina corrente dos que entendem não passível de indenização o dano moral puro. É o que se vê do acórdão publicado na RTJ 116/862, que se refere aos que, em minoria, reconhecem a indenização do dano moral, nos julgamentos do STF. É o que se vê, também, do parecer da d. Subprocuradoria da República ao mencionar iterativa jurisprudência do STF que não admite indenização pelo dano moral puro, como reparação do *pretium doloris* (TJMG, ICC. AC 70.635, Rel. Des. Oliveira Leite, julg. 21/04/1987 – trecho do voto).

³⁵⁶ Art. 1149, CC francês: “As perdas e danos devidas ao credor são, em geral, a perda sofrida e o ganho do qual se achou privado, salvo as exceções e modificações abaixo”.

³⁵⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49.

³⁵⁸ Art. 1059, CC/16. Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. Parágrafo único. O devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos, só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação.

presente, visto que aquele já estabelecia a extensão do dano como critério legal para a fixação do *quantum* indenizatório do dano material³⁵⁹.

Certamente, o artigo 1059 do Código Civil de 1916 não abarcava o dano moral, assim como não era a este último aplicado por analogia, mesmo porque, como já mencionado, o consenso acerca da reparabilidade deste só foi possível após a Constituição de 1988. Então, considerando-se, que o referido artigo 1059 foi, em substância, reproduzido pelo artigo 402 do diploma atual, afirma-se que o *caput* do artigo 944 do Código Civil de 2002, não só evidenciou um princípio até então implícito, como ampliou a sua abrangência, para que o mesmo abarcasse também os danos extrapatrimoniais, embora uma vez reconhecida a reparabilidade destes últimos não há porque, a rigor, afirmar que os mesmos não pudessem também ser contemplados pela regra do artigo 402³⁶⁰.

Não obstante isso, concorda-se com a crítica tecida por Ricardo Fiúza no sentido de que “na reparação do dano moral não há ressarcimento, já que é praticamente impossível restaurar o bem lesado, que, via de regra, tem caráter imaterial”³⁶¹. De fato, tecnicamente, não é possível se falar em indenização ou ressarcimento por dano moral, mas sim em compensação, já que indenizar e ressarcir pressupõe a possibilidade de mensuração exata do bem perecido, o que não ocorre com o dano extrapatrimonial, visto que os bens fundamentais da vida, atinentes à dignidade e à personalidade não são mensuráveis economicamente.

Em suma, defende-se que o fundamento jurídico-positivo do princípio da reparação integral dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais encontra-se nos incisos V e X da Constituição Federal, assim como no *caput* do artigo 944 do Código Civil de 2002, em que pese as críticas pertinentes em relação a uma imprecisão técnica, já que indenizáveis, a rigor, são só os danos materiais. Por outro lado, a regra de que a reparação mede-se pela extensão dos danos sofridos pela vítima encontra seu fundamento na justiça corretiva ou diortótica

³⁵⁹ Carlos Edison do Rego Monteiro Filho, afirma que o *caput* do art. 944 “significa que a indenização deve cobrir o dano em toda a sua amplitude. Ou, por outras palavras, a reparação deve alcançar todo o dano. Precisa ser integral, pois. Nesse aspecto, o legislador de 2002, “engenheiro de obras feitas”, não trouxe qualquer inovação ao sistema vigente. Com a promulgação do Código Civil, a rigor, consagrou-se de modo expreso princípio que já vigorava plenamente no ordenamento jurídico brasileiro, posto que implícito. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. Art.944 do Código Civil: O problema da mitigação do princípio da reparação integral. In. TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor RICARDO PEREIRA LIRA. Rio de Janeiro: Ed Renovar, 2008, pp.757-796, p. 765).

³⁶⁰ Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que “Como se trata de bens imateriais, acreditou-se ser impossível ‘indenizar’, seja porque a tais bens não se pode aplicar a regra *restitutio in integrum*, seja porque eles não são substituíveis por dinheiro. No entanto, verificou-se ser factível aplicar também a eles a regra geral da indenização aos bens materiais, isto é, considerando ‘o que se perdeu e o que razoavelmente se deixou de ganhar’, como a previsão do artigo 402 do novo Código Civil, correspondente ao artigo 1059 do Código Civil de 1916”. (*Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.305).

³⁶¹ FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil Comentado*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.487-488.

desenvolvida por Aristóteles em sua *Ética a Nicômaco*³⁶², usualmente conhecida como justiça comutativa³⁶³.

Aristóteles, partindo da hipótese de que a justiça é a virtude que leva os homens a desejarem o que é justo³⁶⁴, construiu a sua tese partindo de uma abordagem geral, na qual a justiça universal ligava-se à lei, seguida da análise descritiva da justiça particular, relacionada à igualdade. Neste âmbito particular, tratou da justiça distributiva e da justiça corretiva, sendo esta última subdividida em duas classes de transações privadas (voluntárias e involuntárias).

A justiça distributiva diz respeito às relações dos cidadãos com o Estado³⁶⁵, sendo estas orientadas pela lógica da progressão geométrica, a fim de que as desigualdades fáticas e ontológicas fossem consideradas³⁶⁶, já que esta manda que a sociedade dê a cada particular o bem que lhe é devido. Já a justiça corretiva incidiria sobre as relações particulares, com o fito de estabelecer uma igualdade absoluta, seguindo, pois a lógica da proporção aritmética, tendo em vista que é a justiça que preside as trocas³⁶⁷.

A justiça corretiva seria aplicada tanto às relações privadas voluntárias, como “a venda, a compra, o empréstimo a juros, o penhor, o empréstimo sem juros, o depósito e a locação”,³⁶⁸ quanto às relações involuntárias abrangentes do ilícito em geral³⁶⁹. Importante

³⁶² A obra de Aristóteles pode ser consultada em: <<http://www.perseus.tufts.edu>> Acesso em: 15 fev. 2011.

³⁶³ Neste sentido, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, afirma que “o princípio da justiça corretiva ou comutativa, na acepção esboçada com primazia por Aristóteles e complementada por Tomás de Aquino, apresenta-se como o fundamento primordial da reparação integral do dano positivada na norma do art. 944 do CC/2002”. (*Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57).

³⁶⁴ “Now we observe that everybody means by Justice that moral disposition which renders men apt to do just things, and which causes them to act justly and to wish what is just; and similarly by Injustice that disposition which makes men act unjustly and wish what is unjust” (Aristóteles, *Ética a Nicômaco*. Livro V, Cap. I. Disponível em: <<http://www.perseus.tufts.edu>> Acesso em: 15 fev. 2011).

³⁶⁵ Paulo de Tarso Vieira Sanseverino assevera que a justiça distributiva é “referente às relações do cidadão com a *polis* (ou com o Estado) em que a distribuição é feita conforme os méritos de cada um de acordo com uma proporção geométrica, sendo que o ‘justo é o proporcional’”. (*Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51).

³⁶⁶ “A justiça, distributiva, assim, deve ser entendida como um meio proporcional, os sujeitos estão para as coisas assim como uma está para outra. Em outras palavras, se os sujeitos são iguais, as partes também o serão; se são desiguais, também as partes, proporcionalmente à sua desigualdade, o serão” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Aristóteles (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro e São Leopoldo: Renovar e Unisinos, 2009, pp 68-72, p 71).

³⁶⁷ A justiça corretiva “é a que realiza a igualdade nas transações individuais, mas, diferentemente da distributiva, não leva em conta os sujeitos da relação igualitária, mas sim as coisas que devem ser igualadas. Em outras palavras, a justiça diortótica, ao contrário da justiça distributiva, à qual importa o mérito das partes, visa apenas medir impessoalmente o dano e a perda, supondo iguais os termos pessoais”. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Aristóteles (verbete). In: BARRETO, VICENTE DE PAULO (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro e São Leopoldo: Renovar e Unisinos, 2009, pp 68-72, p 71).

³⁶⁸ “Examples of voluntary transactions are selling, buying, lending at interest, pledging, lending without interest, depositing, letting for hire; these transactions being termed voluntary because they are voluntarily entered upon”. (Aristóteles, *Ética a Nicômaco*. Livro V, Cap. I. Disponível em: <<http://www.perseus.tufts.edu>> Acesso em: 15 fev. 2011).

destacar que a justiça corretiva incide na fase patológica da relação. Assim, mesmo em face de relações voluntárias, a justiça corretiva só opera quando presente um ganho ou uma perda contrária a vontade da parte lesada.

Entende-se que a justiça corretiva das relações privadas involuntárias seja o fundamento filosófico do princípio da reparação integral do dano, nos termos propostos pelo *caput* do artigo 944 do Código Civil de 2002, porque para esta, assim como para regra estatuída, é irrelevante a qualificação da conduta do agente em culposa, dolosa ou até mesmo em boa, importando apenas alcançar uma média entre o ganho e a perda, no sentido de se ter após o fato (dano) um montante igual ao que se tinha antes. Isto porque, como afirmado por Aristóteles, “o justo, portanto, é em certo sentido um meio termo entre o ganho e a perda nas ações que não se incluem entre as voluntárias, e consiste em ter um quinhão igual antes e depois da ação”.³⁷⁰

Neste sentido, o conteúdo do princípio da reparação integral do dano, permeado pelo seu próprio fundamento jus-filosófico, consiste precisamente na ampla proteção conferida à vítima, concretizada pelo emprego “de todos os esforços para fazê-la retornar ao *status quo* anterior ao prejuízo”.³⁷¹ Destaca-se que essa tentativa de realocação da vítima no estado anterior à lesão é uma ficção, já que em muitas hipóteses isto não ocorrerá.

Na seara dos danos extrapatrimoniais é patente a impossibilidade de retorno a situação prévia ao dano, tanto que a reparação tem por fim uma compensação que, espera-se suficiente para minimizar a perda suportada. Contudo, mesmo no âmbito patrimonial “a simples devolução ou substituição da coisa pode não ser suficiente para o ressarcimento pleno dos danos causados ao prejudicado”.³⁷² Neste contexto, a reparação pecuniária desempenha papel

³⁶⁹ “Of involuntary transactions some are furtive, for instance, theft, adultery, poisoning, procuring, enticement of slaves, assassination, false witness; others are violent, for instance, assault, imprisonment, murder, robbery with violence, maiming, abusive language, contumelious treatment” (Aristóteles, *Ética a Nicômaco*. Livro V, Cap. I. Disponível em: <<http://www.perseus.tufts.edu>> Acesso em: 15 fev. 2011).

³⁷⁰ Hence Justice in Involuntary Transactions is a mean between gain and loss in a sense: it is to have after the transaction an amount equal to the amount one had before it. (Aristóteles, *Ética a Nicômaco*. Livro V, Cap. I. Disponível em: <<http://www.perseus.tufts.edu>> Acesso em: 15 fev. 2011).

³⁷¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais títulos de crédito, responsabilidade civil e privilégios creditórios* (arts.421 a 965). vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 859.

³⁷² A ressalva foi feita por Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, que a ilustrou com o artigo 952 do CC/2002 que, segundo o autor, “ao tratar dos danos causados por usurpação ou esbulho de uma coisa, prevê, além da sua restituição, a reparação das deteriorações e dos lucros cessantes, correspondendo essa regra a uma concretização do princípio da reparação integral” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49).

relevante, mesmo quando a natural é possível, já que só naquela é possível incluir o custo da oportunidade, expresso nos lucros cessantes.

Destas observações depreendem-se as funções típicas do princípio da reparação integral, que estabelecem a um só tempo o valor mínimo e o máximo da reparação (função compensatória e função limitativa), além da orientação de sua efetivação, que deverá ser realizada em concreto, com base na avaliação judicial das circunstâncias pessoais da vítima³⁷³.

A primeira, obviamente, diz respeito à sua função orientadora: a reparação mede-se pela extensão do dano³⁷⁴. Isto significa aplicar a regra do artigo 1059 do Código Civil de 1916, reproduzido pelo artigo 402 do atual diploma, ou seja, o *quantun debeat* deve incorporar “o que se perdeu e o que razoavelmente se deixou de ganhar”, inclusive no âmbito dos danos extrapatrimoniais, onde, sem dúvida, a mensuração se torna mais difícil, mas não impossível.

Sobre o último ponto abordado, Maria Celina Bodin de Moraes alerta que deve-se buscar materializar o que se perdeu, mesmo quando o dano corresponde exclusivamente a uma dor (*in re ipsa*), somado ao que razoavelmente se deixou de ganhar, devendo esta última parcela ser provada, já que “o que se levará em conta é justamente o que aquela vítima não mais recuperará, isto é, as conseqüências danosas sofridas em relação às suas condições pessoais”³⁷⁵.

Com isso se está a afirmar que ante aos danos extrapatrimoniais, ao princípio da reparação integral é aposto o predicado ‘pessoa’, transmudando-se em reparação integral do dano naquela pessoa, exatamente porque o princípio só realizará a sua primeira função se consideradas as características pessoais da vítima. Em outros termos, por se tratar de um dano

³⁷³ Ressalta-se que Paulo de Tarso Vieira Sanseverino identifica três funções do princípio (compensatória, indenitória e concretizadora). Entendemos, contudo, que a função concretizadora não é inerente ao princípio em si, mas decorrente do movimento personalista que afeta o direito, dentre outros aspectos, no sentido de valorização da situação concreta. Unicamente por esse motivo não se aderiu a sistematização proposta, embora a mesma mereça destaque, pelos seus próprios fundamentos, como pode-se depreender do seguinte trecho: “A plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso (função compensatória), não podendo, entretanto, ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa para o enriquecimento injustificado do prejudicado (função indenitória), devendo-se estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora)” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58).

³⁷⁴ “A função mais característica do princípio da reparação integral é a compensatória, estabelecendo-se que a indenização em sentido amplo deve manter uma relação de equivalência, ainda que de forma aproximativa, com os danos sofridos pelo prejudicado. Busca assegurar ao lesado uma reparação que compense os prejuízos por ele suportados com o ato danoso”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58).

³⁷⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.305-306.

imaterial, a sua mensuração, para alcançar uma solução equitativa, deve ser personalizada e individualizada, pois como afirma Pietro Perlingieri³⁷⁶, especial será o dano ao ouvido para quem se diletta ao ouvir música. Então, segundo o referido professor, a avaliação equitativa deve se concentrar nas conseqüências que o dano produz naquela pessoa da vítima.

A segunda função do princípio é a de estabelecer o limite do dever de indenizar, em decorrência dos ditames de justiça comutativa e do princípio de vedação do enriquecimento sem causa. Assim, a reparação deve ser equivalente a totalidade do prejuízo sofrido, ou seja, do dano, mas não pode exceder tal limite máximo, visto que “os prejuízos efetivamente sofridos pelo lesado constituem não apenas o piso, mas também o teto indenizatório”³⁷⁷.

Corroborando esta tese a posição do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da não incidência de imposto de renda sobre as verbas reparatórias recebidas a título de dano moral e/ou patrimonial, exatamente porque em nenhum dos casos há incremento patrimonial³⁷⁸. Em acórdão de relatoria do Ministro Hermam Benjamin, ficou assentado que a vedação a incidência do referido imposto decorre da ausência de fato gerador, consubstanciado em riqueza nova, exatamente porque a reparação pecuniária representa apenas a realocação possível da vítima no estado anterior à lesão. Neste sentido, foi afirmado que a tributação “reduziria a plena eficácia material do princípio [da reparação integral], transformando o Erário simultaneamente em sócio do infrator e beneficiário do sofrimento do contribuinte”³⁷⁹.

³⁷⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 174.

³⁷⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59.

³⁷⁸ Ementa: “TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL - ART. 43 DO CTN – VERBAS INDENIZATÓRIAS – DANOS MORAIS E MATERIAIS – AUSÊNCIA DE ACRÉSCIMO PATRIMONIAL - IMPOSTO DE RENDA - NÃO INCIDÊNCIA. 1. O fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN). 2. Não incide imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de indenização quando inexistente acréscimo patrimonial. 3. Recurso especial não provido”. (STJ, 2T. REsp. 1150020/RS. Rel. Min. Eliana Calmon; Julg.: 05/08/2010. DJe: 17/08/2010). No mesmo sentido: RESP 1068456-PE, RESP 686920-MS, RESP 963387-RS (RDR 43/219), AGRG NO RESP 869287-RS.

³⁷⁹ TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NATUREZA DA VERBA. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL. NÃO-INCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL. PRECEDENTES DO STJ.

1. Ementa: “A indenização por dano estritamente moral não é fato gerador do Imposto de Renda, pois limita-se a recompor o patrimônio imaterial da vítima, atingido pelo ato ilícito praticado. 2. In casu, a negativa de incidência do Imposto de Renda não se faz por força de isenção, mas em decorrência da ausência de riqueza nova -oriunda dos frutos do capital, do trabalho ou da combinação de ambos -capaz de caracterizar acréscimo patrimonial. 3. A indenização por dano moral não aumenta o patrimônio do lesado, apenas o repõe, pela via da substituição monetária, in statu quo ante. 4. A vedação de incidência do Imposto de Renda sobre indenização por danos morais é também decorrência do princípio da reparação integral, um dos pilares do Direito brasileiro. A tributação, nessas circunstâncias e, especialmente, na hipótese de ofensa a direitos da personalidade, reduziria a plena eficácia material do princípio, transformando o Erário simultaneamente em sócio do infrator e beneficiário do sofrimento do contribuinte. 5. Recurso Especial não provido”. (STJ, S1. REsp. 963387/RS. Rel. Min. Hermam Benjamin; Julg.: 08/10/2008; DJe.: 05/03/2009.

Ademais, desta função deriva ainda o principal óbice ao reconhecimento, pelo ordenamento pátrio, dos *punitive damages*³⁸⁰, compreendidos como “a indenização adicional assegurada à vítima com a finalidade de punir o ofensor, e não simplesmente de compensar os danos sofridos”.³⁸¹ A tese dos danos punitivos é bastante difundida nos Estados Unidos e ganhou algum eco no Brasil quando do reconhecimento dos danos morais, especialmente em decorrência da dificuldade inerente à sua quantificação, sobrelevada pela ausência de critérios específicos para a mensuração de tal dano³⁸².

Ocorre que, os países de tradição romanista, tal qual o Brasil, distinguiram e dissociaram a sanção punitiva e a restituitória, como afirmado no capítulo 1, restando ao direito penal a sanção-pena e ao direito civil a sanção-restituição. Conseqüentemente, o instituto da responsabilidade civil se afastou da idéia original de pena privada, desenvolvendo-se sob a orientação da lógica compensatória, o que permitiu, inclusive, deslocar o foco da atenção do agente ofensor e sua culpa para a vítima e o dano sofrido.

Assim, a tendência atual de identificar um caráter punitivo, além do compensatório, às reparações civis por danos extrapatrimoniais contradiz a própria lógica evolutiva da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, que se deu, insista-se, no sentido de um afastamento do viés sancionatório punitivo e moralizante do instituto.

Não obstante isso, doutrina majoritária³⁸³ sustenta que esse duplo caráter (compensatório e punitivo) deve orientar a quantificação do dano moral. Entretanto, ao

³⁸⁰ Segundo Judith Martins-Costa, “tal qual delineada na tradição anglo-saxã, a figura dos *punitive damages* pode ser apreendida, [...], pela idéia de indenização punitiva (e não ‘dano punitivo’, como às vezes se lê). Também chamados *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart Money*, consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (punishment) e prevenção pela exemplaridade da punição (deterrence) opondo-se – nesse aspecto funcional – aos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo”. (MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o direito brasileiro. In: *Revista CEJ*, n. 28, jan-mar/2005, pp.15-32, p. 16, disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/643/823>> Acesso em: 15 abr. 2011.

³⁸¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas 2007, p. 199.

³⁸² A fim de ilustrar o acolhimento da tese no STJ, cita-se o seguinte trecho do voto do Ministro Relator em ação indenizatória: “O valor dos danos morais, de seu turno, como tenho assinalado em diversas oportunidades deve ser fixado em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte financeiro das partes, orientando-se o julgador pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, não deixando de observar, outrossim, **a natureza punitiva e disciplinadora da indenização**” (*grifou-se*). (STJ, 4T. REsp nº 389.879-MG, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 16/04/2002, DJ 02/09/2002). Para uma análise crítica desse julgado e outros da mesma natureza, Cf.: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.267 e ss.

³⁸³ Cf.: BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980; CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Críticos para a fixação*

defenderem esse duplo caráter não estão importando a tese dos *punitive damages*, mas tão somente incluindo parâmetros afetos às condições pessoais do ofensor e à sua conduta em um conjunto maior de critérios a serem considerados para a quantificação do dano moral.³⁸⁴ Mesmo porque, a adoção de tal tese, tal como formalizada nos países que a utilizam, seria de diminuta importância no Brasil, visto que exclui as hipóteses de responsabilidade objetiva.

Contudo, os tribunais pátrios, acolhendo acriticamente a tese desenvolvida pelos doutrinadores nacionais, fixam as verbas punitivas orientadas pela lógica dos *punitive damages*, sem a adoção de critérios rígidos,³⁸⁵ tais quais os que orientam a aplicação dos mesmos nos Estados Unidos, por exemplo;³⁸⁶ arbitram indenizações sem a necessária

da reparação do dano moral: abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (org.). *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002; LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 1999; MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

³⁸⁴ Neste sentido, apesar de ter sido utilizada a expressão *punitive damages*, destaca-se o Recurso Especial 401.358, especialmente nos seguintes trechos de sua ementa: “[...] 12. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior, na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como para que sirva de desestímulo ao ofensor na repetição de ato ilícito. 13. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das “punitive damages” encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, já vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e, após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.” (STJ, 4T. REsp. 401.358. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (convocado). Julg.: 05/03/2009; DJe: 16/03/2009.)

³⁸⁵ Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou, a título de *exemplary damages*, um credor pela promoção de execução forçada em face de homônimo do seu real devedor, não obstante a inexistência de culpa grave e ante ao fato de o maior prejudicado pelo equívoco ter sido o próprio credor: “CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. EXECUÇÃO FORÇADA MOVIDA CONTRA HOMÔNIMO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO CREDOR. 1. O credor é responsável pelo dano provocado contra homônimo, executado no lugar do verdadeiro obrigado, pois a execução se realiza no seu interesse (CPC, art. 612). Fixação do valor da indenização (*exemplary damages*). 3. Apelação desprovida.” (TJRS, 5ª CC. AC nº 596.210.849. Relator Des. Araken de Assis. J. 21/11/1996.)

³⁸⁶ Comentando sobre a experiência norte-americana em matéria de *punitive damages*, Judith Martins-Costa assevera que “mesmo na presença de uma base filosófica-cultural eminentemente utilitarista, a doutrina norte-americana considera imprescindível – para alcançar, efetivamente, um resultado socialmente útil com a punição/prevenção – a comprovação de elementos subjetivos (culpa grave, dolo, malícia, fraude, etc.) a marcarem a conduta do ofensor. Do contrário, a aplicação indiscriminada da indenização punitiva, além de tronar-se um jogo de azar, acarretaria os fenômenos indesejáveis de hiperprevenção e supercompensação, não tendo nenhuma eficácia no plano ético-pedagógico se estendida à responsabilidade objetiva”. (MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. “Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o direito brasileiro” In: Revista CEJ, n. 28, jan-mar/2005, pp.15-32, p. 23, disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/643/823>> Acesso em: 15 abr. 2011)

distinção do que seria compensação e punição,³⁸⁷ impossibilitando a defesa recursal; e, impõem danos punitivos mesmo em hipótese de responsabilidade objetiva.³⁸⁸

Em suma, o *caput* do artigo 944 do Código Civil de 2002, ao determinar que a “indenização mede-se pela extensão do dano”, seguiu a orientação da justiça comutativa e, neste sentido, consiste em verdadeiro óbice ao reconhecimento de um caráter punitivo para os danos patrimoniais e extrapatrimoniais.³⁸⁹

4.1.1. Relativização do princípio da reparação integral do dano: a indenização e a redução equitativas

O princípio da reparação integral do dano, como já foi mencionado, não é absoluto, comportando, pelo menos, duas restrições legalmente previstas. A primeira encontra-se no artigo 928 do Código Civil³⁹⁰ e refere-se ao estabelecimento de uma indenização equitativa nas hipóteses de danos causados por incapazes, a fim de assegurar ao incapaz e àqueles que dele dependam o necessário para subsistência. Já a segunda hipótese refere-se à redução equitativa da indenização, prevista no parágrafo único do artigo 944.

Os representantes legais, na qualidade de pais, tutores ou curadores, respondem objetivamente pelos atos praticados por incapazes que estiverem sob sua guarda e companhia. Assim, a obrigação de indenizar recai diretamente sob o patrimônio dos primeiros. No

³⁸⁷ Neste sentido, cita-se trecho da ementa de julgado do STJ: “[...] 8. Com essas considerações, pode-se inferir que é devida a condenação cumulativa do Município à reparação dos danos moral e estético causados à vítima, na medida em que o recém-nascido obteve grave deformidade - prejuízo de caráter estético – e teve seu direito a uma vida digna seriamente atingido - prejuízo de caráter moral. [...]. Desse modo, é plenamente cabível a cumulação dos danos moral e estético nos termos em que fixados na r. sentença, ou seja, conjuntamente o *quantum* indenizatório deve somar o total de trezentos mil reais (R\$ 300.000,00). **Esse valor mostra-se razoável e proporcional ao grave dano causado ao recém-nascido, e contempla também o caráter punitivo e pedagógico da condenação.** (grifou-se). (STJ, 1T. REsp. 910.794. Rel. Min. Denise Arruda; Julg:21/10/2008, DJe: 04/12/2008.

³⁸⁸ Ementa: “Responsabilidade civil objetiva do poder público. Elementos estruturais. Pressupostos legitimadores da incidência do art. 37, § 6º, da Constituição da República. Teoria do risco administrativo. Fato danoso para o ofendido, resultante de atuação de servidor público no desempenho de atividade médica. Procedimento executado em hospital público. Dano moral. Ressarcibilidade. Dupla função da indenização civil por dano moral (reparação-sanção): (a) caráter punitivo ou inibitório (“*exemplary or punitive damages*”) e (b) natureza compensatória ou reparatória. Doutrina. Jurisprudência. Agravo improvido.” (STF, Ag.Int. 455.846/RJ. Rel.: Min. Celso de Mello. Julg.: 11/10/2004; DJ: 21/10/2004.

³⁸⁹ Para uma resenha das principais críticas à adoção de um caráter punitivo, ver: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*: teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais títulos de crédito, responsabilidade civil e privilégios creditórios (arts.421 a 965). vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³⁹⁰ Art. 928, CC/2002. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

entanto, com o objetivo de assegurar maior proteção à vítima, o legislador de 2002 inovou, prevendo a responsabilidade subsidiária do próprio incapaz, estatuidando a possibilidade de execução dos seus bens quando o patrimônio do seu responsável mostrar-se insuficiente para arcar com a indenização³⁹¹.

Nesta hipótese de constrição dos bens do incapaz repousa a primeira hipótese de relativização do princípio da reparação integral, em que pese defender-se que a regra em comento possua, nesse ponto, aptidão para servir como parâmetro genérico para a fixação da reparação civil. Explica-se: o parágrafo único do artigo 928 determina que a indenização seja equitativa e que a sua subsistência esteja condicionada ao fato de a mesma não privar o obrigado e seus dependentes econômicos do necessário.

Ao dispor que a indenização, além de equitativa, não pode levar o obrigado pelo seu pagamento à ruína, entende-se que a regra deveria ser observada em todas as demandas de responsabilidade civil exatamente porque concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, foi aprovado o enunciado 39 na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, versando, em síntese, que a fixação de uma indenização equitativa, informada pelo princípio constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana, encerra um dever e não uma faculdade do juiz, de tal forma que, este parâmetro deve ser observado não só quando o próprio incapaz passa a responder, mas, também, antes disso, em relação ao patrimônio do seu responsável, direta e primeiramente obrigado³⁹².

Em suma, sem descuidar da regra de reparar integralmente o dano, o *quantun debeat* deve ser equitativo, o que significa dizer que o juiz deve atentar especialmente também para as condições do ofensor, no sentido de assegurar que a sua dignidade seja protegida, preservando assim, um patrimônio mínimo imune aos interesses creditórios³⁹³. Em outros

³⁹¹ “[...] o patrimônio do incapaz responde subsidiariamente pelo dever de reparar, ampliando consideravelmente a possibilidade de reparação das vítimas dos danos por eles causados. Ou seja, de ordinário, só quando o patrimônio do responsável é insuficiente para arcar com a indenização, executam-se os bens do próprio incapaz” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais títulos de crédito, responsabilidade civil e privilégios creditórios* (arts.421 a 965). vol. II, p. 820).

³⁹² Enunciado 39, I Jornada de Direito Civil, CJF: “Art. 928: a impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas se reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade”.

³⁹³ Cf.: FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

termos, a tutela ampla e irrestrita da dignidade da pessoa humana impõe não “apenas a proteção aos diversos atributos inerentes à pessoa, mas exige também que se garanta a cada indivíduo os meios necessários para o desenvolvimento da sua personalidade e para a manutenção de uma vida digna.”³⁹⁴

A segunda hipótese de relativização do princípio da reparação integral, a redução equitativa da indenização, prevista no parágrafo único do artigo 944, traduz importante inovação introduzida pelo legislador de 2002, visto que, “sucede, às vezes, que, por culpa leve, sem esquecer uma dose de fatalidade [...], vê-se alguém obrigado a reparar prejuízos de vastas proporções”.³⁹⁵

Em situações dessa natureza, a possibilidade de redução equitativa da indenização mostra-se uma solução satisfatória tanto sob o prisma da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, quanto à luz do princípio da reparação. Isto porque, a vítima e o ofensor repartem, em algum grau, parcela do dano, evitando com isso um prejuízo maior consubstanciado na ruína do ofensor ou mesmo na irressarcibilidade plena da vítima já que, como pondera Agostinho Alvim, “o juiz poderia sentir-se inclinado a negar a culpa, para evitar uma condenação que não comporta meio termo”.³⁹⁶

O legislador ao incluir a hipótese de redução equitativa não restringiu a sua incidência, deixando a doutrina o papel próprio de interpretar a regra, o que resultou em inúmeros questionamentos no que diz respeito a sua abrangência e campo de aplicação, dentre outros. Em que pese à relevância das discussões travadas, nesta sede importa destacar apenas a natureza excepcional da regra e as hipóteses de sua incidência³⁹⁷.

Inicialmente destaca-se o caráter excepcional da norma em comento, visto que a redução equitativa só será operada quando presentes os requisitos da excessiva desproporcionalidade entre o grau de culpa do agente e a extensão do dano. Isto porque, a

³⁹⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais títulos de crédito, responsabilidade civil e privilégios creditórios* (arts.421 a 965). vol. II, p. 821.

³⁹⁵ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3. ed., São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965, p.199.

³⁹⁶ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3. ed., São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965, p.199.

³⁹⁷ Para uma análise mais completa, Cf.: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. Art.944 do Código Civil: O problema da mitigação do princípio da reparação integral. In. TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor RICARDO PEREIRA LIRA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp.757-796; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 80, ss; BUSTAMANTE, Thomas; SILVA, Denis Franco. *Neminem Laedere: o novo Código Civil brasileiro e a integral reparabilidade dos danos materiais decorrentes do ato ilícito*. In. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 20. Rio de Janeiro: Padma, Out.-Dez, 2004.

regra é aquela estatuída pelo *caput*, qual seja, a da reparação integral, fim pretendido em todas as demandas por responsabilidade civil.

Assim, como esclarece Carlos Edison Monteiro Filho, “o intérprete partirá do valor que contemple toda a extensão do dano e, aplicando o parágrafo, o reduzirá por equidade, tornando a indenização, por força das circunstâncias, apenas parcial”³⁹⁸. A excepcionalidade se explica e justifica pelo simples fato de que se a indenização está sendo reduzida – ao fundamento de uma culpa leve que culminou em grave dano –, a vítima que, certamente culpa³⁹⁹ não possui, está sendo onerada, já que suportará sozinha parcela desse dano⁴⁰⁰. Assim, além de a redução dever ser aplicada excepcionalmente, deverá ser procedida com muita cautela e parcimônia.

Além disso, a redução deve ser equitativa, o que significa dizer que deverá considerar todas as circunstâncias relevantes do caso, notadamente as repercussões do dano na esfera jurídica da vítima e do montante da indenização em relação ao patrimônio do ofensor. Isto porque, a despeito dos diversos significados possíveis para equidade⁴⁰¹, a idéia que subjaz a norma em comento é no sentido aristotélico, ou seja, como um instrumento de correção de eventuais equívocos da justiça legal.⁴⁰²

Defendendo a possibilidade de abrandamento da regra da reparação integral, sempre que constatados exageros e desproporções, Wilson Melo da Silva ilustra a função da equidade

³⁹⁸ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. Art.944 do Código Civil: O problema da mitigação do princípio da reparação integral. In. TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor RICARDO PEREIRA LIRA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp.757-796, p. 765.

³⁹⁹ Na hipótese de o fato da vítima concorrer com o dano, a redução da indenização será devida sob esse fundamento e não pela aplicação do parágrafo único do artigo 944.

⁴⁰⁰ “O dispositivo é exceção ao princípio da reparação integral do dano e tem como principal consequência reduzir o ônus excessivo que recairia sobre o agente. Todavia, não se pode deixar de notar que tal ônus é transferido para a vítima, que passa a arcar com a parcela do dano correspondente à redução procedida pelo juiz” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais títulos de crédito, responsabilidade civil e privilégios creditórios* (arts.421 a 965). vol. II, p. 860).

⁴⁰¹ Wilson Melo da Silva, em 1974, evocando a equidade para justificar uma responsabilidade sem culpa, a caracteriza nos seguintes termos: “do que ora tratamos é, não da equidade como expediente técnico de exegese, mas da equidade em sentido amplo, da equidade aplainadora de dúvidas doutrinárias, da equidade traduzidora de anseios coletivos de melhor justiça, da equidade com capacidade para ditar as reformas substanciais reclamadas pelas situações novas em face de leis herméticas, da equidade como princípio enformador.” (SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p.154).

⁴⁰² “Uma das hipóteses mais importantes de recepção da equidade, em sua acepção aristotélica, de corretivo da norma geral, reside exatamente no parágrafo único do art. 944, que permite a redução da indenização no caso de manifesta desproporção entre a culpabilidade do agente e a extensão dos danos. Conferem-se poderes ao juiz para corrigir equitativamente, no julgamento do caso concreto, o exagero na indenização que derivaria da incidência pura e simples da norma abstrata constante do *caput* do mesmo dispositivo legal” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 92).

a partir de uma analogia entre as leis e as lojas de roupas, que ofertam modelos seguindo uma determinada padronização ajustada à média de certo manequim. Afirma o referido jurista que “o tipo médio, ideal, nem sempre se amolda aos clientes do mesmo número ou do mesmo manequim, do que resulta a necessidade do trabalho de pequenas adaptações”. E, sendo assim, conclui que a equidade desempenha semelhante papel no mundo do direito, onde se faz necessário “esse mesmo trabalho de adaptação da norma ideal ao caso concreto”⁴⁰³.

Sob essa perspectiva, a faculdade conferida ao juiz pelo legislador para reduzir equitativamente a indenização deve ser exercida à luz da axiologia constitucional, cotejadas as situações da vítima e do ofensor. A grande desproporção entre o grau de culpa e a extensão do dano autorizará a redução, que deverá ser procedida com o objetivo de não levar o ofensor a ruína, mas, em hipótese alguma, poderá encerrar uma inversão valorativa para tutelar mais o patrimônio do ofensor em detrimento da vítima.⁴⁰⁴

Por fim, insta consignar que a redução equitativa pode ser aplicada a qualquer espécie de dano – material e extrapatrimonial⁴⁰⁵. Contudo, a redução no âmbito dos danos morais deve ser feita com redobrada cautela e atenção e com o objetivo exclusivo de assegurar o patrimônio mínimo existencial do ofensor e de sua família, sob pena de inconstitucionalidade.

Em outros termos, a pessoa humana foi especialmente protegida pela Constituição e, nessa esteira, foi assegurada a reparação integral pelos danos sofridos. Além disso, por opção do constituinte democrático, as situações existenciais são prevalentes às patrimoniais. Então, eventual redução de uma indenização por danos extrapatrimoniais só se justificará se for para concretizar a tutela da dignidade do ofensor que, ocorrerá quando a sua subsistência digna estiver ameaçada pela obrigação de pagar uma vultosa indenização decorrente de um dano provocado por culpa mínima.

⁴⁰³ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p.161-162.

⁴⁰⁴ “[...] muito embora o teor do parágrafo seja expresso e procure não deixar dúvida de que se trata de uma faculdade posta à disposição do julgador, serão as circunstâncias do caso concreto, à luz da carga axiológica constitucional, que irão determinar e pautar a atuação do magistrado na aplicação do dispositivo” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. Art.944 do Código Civil: O problema da mitigação do princípio da reparação integral. In. TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor RICARDO PEREIRA LIRA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp.757-796, p. 785-786).

⁴⁰⁵ Em sentido contrário, Paulo de Tarso Sanseverino Vieira entende que a redução só pode ser realizada em face de danos patrimoniais: “A natureza dos danos sofridos pela vítima também deve ser considerada, pois se os interesses lesados forem meramente patrimoniais [...], mostra-se plenamente aplicável a norma em questão [...]. Se houver, entretanto, a produção de danos pessoais graves [...], não se deve determinar a redução [...]”. (*Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 107).

4.2. Um caminho possível: convergência entre o seguro e a responsabilidade civil

A responsabilidade civil, sobretudo após a Revolução Industrial, evoluiu e se alargou através de um triplo fenômeno, sintetizado por Fernando Noronha como a “expansão dos danos suscetíveis de reparação, objetivação da responsabilidade e sua coletivização”.⁴⁰⁶ Os dois primeiros fenômenos já foram apresentados na seção anterior do presente capítulo e no capítulo 1, respectivamente, restando a presente seção analisar a coletivização da responsabilidade civil.

Ressalta-se, no entanto, que o fenômeno da coletivização da responsabilidade civil, nesta sede, será analisado unicamente a partir do lesante, mais precisamente, dos instrumentos – teses e institutos – jurídicos desenvolvidos com o fim de assegurar a reparação do dano, exatamente porque, “verdadeiramente, só está presente uma coletivização da responsabilidade quando esta é encarada do ponto de vista das pessoas obrigadas a indenizar”⁴⁰⁷.

Nessa perspectiva, a coletivização da responsabilidade civil abrange tanto o desenvolvimento de novas teses, notadamente à da causalidade alternativa aplicada à responsabilidade grupal⁴⁰⁸, quanto o desenvolvimento dos seguros de responsabilidade civil, tema que será detalhado adiante. E, por outro lado, exclui todo o conjunto de construções em prol da reparação dos danos transindividuais difusos e coletivos que, apesar de representativo do gênero coletivização, encerra uma espécie própria relacionada aos lesados, distanciando-se, assim, do objeto da presente análise.

Ademais, consigna-se que, em que pese a seguridade social⁴⁰⁹ exemplificar esse movimento de coletivização, concretizando-o em grau máximo, dadas as suas características próprias, especialmente a compulsoriedade da contribuição para o sistema, seja de forma direta – através da contribuição previdenciária –, seja de forma indireta – através dos tributos em geral, que são utilizados para o financiamento da saúde e da assistência social, não será

⁴⁰⁶ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. In: *Revista dos Tribunais – RT*, n.761, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 31-44, mar./1999, p.35.

⁴⁰⁷ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. In: *Revista dos Tribunais – RT*, n.761, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 31-44, mar./1999, p.40.

⁴⁰⁸ Ver capítulo 3.

⁴⁰⁹ Como já explicitado em outra sede, “a seguridade social deve ser entendida como um conjunto de políticas e ações articuladas com o objetivo de amparar o indivíduo e/ou grupo familiar ante os eventos decorrentes de morte, doença, invalidez, desemprego e incapacidade econômica em geral. [...]. A seguridade social, como consagrada na Constituição Federal, tem três componentes: seguro social, assistência social e saúde” (BELTRÃO, Kaizô Iwakami; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau; [et.al]. O idoso e a previdência social. In: CAMARANO, Ana Amélia (org.). *Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?* Rio de Janeiro: IPEA, 2004, pp. 411-426, p. 411-412).

aqui analisada, por ser afeta ao direito público e ter justificativas e contornos próprios díspares daqueles observados no âmbito da responsabilidade civil e do seguro privado.

Tecidas essas considerações prévias com o fito de delimitar a abrangência do termo coletivização, esclarece-se que a convergência dos institutos do seguro e da responsabilidade civil resultou do entrelaçamento de três fatores: i) da evolução da responsabilidade civil, afastando-se de um viés sancionatório em direção a reparação integral do dano; ii) do incremento dos riscos em uma sociedade industrializada; iii) de socialização dos riscos, através do mecanismo do seguro.

Embora os três fatores, individualmente, já tenham sido amplamente descritos nos capítulos anteriores, importa sintetizar o entrelaçamento entre eles. Inicialmente, o instituto da responsabilidade civil, no ordenamento jurídico brasileiro, evoluiu no sentido de um apartamento da sua conotação inicial de vingança privada e, indo além, se consolidou como um instrumento jurídico de reparação dos danos civis, assumindo uma função restitutória⁴¹⁰.

Sob este viés, deslocou o seu foco de atenção do ofensor e sua culpa para a vítima e o dano sofrido, permitindo a sua aproximação com o seguro⁴¹¹. Isto porque, se antes o principal enfoque era o de penalizar o lesante, “o seguro e o instituto da responsabilidade civil eram tidos como antagônicos, pois não se cogitava em transferir a um terceiro as conseqüências econômicas da responsabilidade”.⁴¹² Porém, ao se dissociar, em larga escala, de uma função moralizante e sancionatória, foi possível estabelecer uma relação de complementaridade entre os institutos para alcançar o objetivo de reparar o dano.

Esta complementação, por seu turno, mostra-se bastante salutar, porque permite a socialização dos riscos que, especialmente em sociedades industrializadas foram muito alargados quantitativa e qualitativamente, tendo sido potencializada a probabilidade de sua concretização e dificultada a possibilidade de determinação exata de sua causa. E, o seguro, por sua própria natureza, é instrumento hábil para promover a diluição dos efeitos do sinistro

⁴¹⁰ “A vítima do dano, e não mais o autor do ato ilícito, passa a ser o enfoque central da responsabilidade civil. Em outras palavras, a responsabilidade, antes centrada no sujeito responsável, volta-se para a vítima e a reparação do dano por ela sofrido; ‘de uma dívida de responsabilidade evoluiu-se para um crédito de indenização’”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 165).

⁴¹¹ “Ao tempo que prevalecia a idéia de que toda responsabilidade deveria ser fundada na culpa, era considerada imoral a possibilidade de o lesante transferir para uma companhia seguradora a obrigação de indenizar. Foi a necessidade de garantir ao lesado a mais ampla reparação que falou mais alto. E com a multiplicação das hipóteses de responsabilidade independente de atuação culposa do obrigado, passou-se a afirmar o dever (aliás, ônus) deste de fazer o respectivo seguro.” (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 571).

⁴¹² PIMENTA, Melissa Cunha. *Seguro de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 20.

entre um grupo de agentes que, por sua atividade, são potenciais causadores de determinados danos.

Sobre este ponto, Calmon de Passos assevera a importância do seguro para a compatibilização da atividade produtiva com a teoria do risco, afirmando que se a objetivação da responsabilidade foi uma consequência necessária da incorporação do risco a partir do progresso tecnológico e do anonimato das relações sociais, o seguro se apresenta como solução possível para a operacionalização da teoria sem disfuncionalidades⁴¹³.

Semelhante alerta é feito por Wilson Melo da Silva, ao afirmar que se o risco-criado é coletivo e não individual, não seria justo e razoável que a tais riscos coletivos correspondesse uma responsabilidade individual, concluindo que “a coletivização dos riscos conduz à socialização da responsabilidade civil”.⁴¹⁴

Além disso, a convergência dos institutos mostra-se também muito conveniente, pois protege todos os envolvidos na situação patológica, consubstanciada no dano⁴¹⁵. A vítima mostra-se melhor protegida, pois mesmo nas hipóteses em que se prescindiu da culpa para a identificação do responsável, a garantia do integral ressarcimento pela perda experimentada depende da suficiência patrimonial do ofensor que, não raras vezes não dispõe dos meios necessários⁴¹⁶. Por outro lado, o responsável pelo dano é também protegido pela técnica securitária, visto que a obrigação sucessiva pode ser de tal monta que implique em um desfalque patrimonial de difícil reconstrução.

Por fim, como afirmado no capítulo 2, a funcionalização do contrato de seguro caracteriza-se, dentre outros aspectos, por instrumentalizar a necessária harmonização entre os centros de interesses das partes contratantes com o da coletividade externa. Essa função ganha sobrelevado relevo na contemporaneidade, pois não só o risco é co-produzido, como “o dano

⁴¹³ CALMON DE PASSOS, J.J. O Risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica do contrato de seguro. In: *I Fórum de Direito do Seguro José Solero Filho* (anais). São Paulo: Max Limonad, 2001, pp.11-19, p. 12-13.

⁴¹⁴ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p.170.

⁴¹⁵ “Com efeito: pelo seguro e a preço relativamente baixo, compra o autor o direito de não ter suas atividades cerceadas, como a vítima, a certeza de que sempre seja indenizada, pelo afastamento de uma possível insolvência do agente”. (SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p.170).

⁴¹⁶ “Em face do alarmante aumento de acidentes, [...], tornando, muitas vezes, irreparável o dano, não só pelo montante da indenização, mas, também, pela falta de patrimônio da parte que o causou, lança-se mão de técnicas de socialização do dano para o fim de ser garantida pelo menos uma indenização básica para qualquer tipo de acidente pessoal. É o que, em doutrina, se denomina de reparação coletiva, indenização autônoma ou social” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 165).

deixa de ser apenas contra a vítima para ser contra a própria coletividade, passando a ser um problema de toda a sociedade”⁴¹⁷.

Assim, e sob a perspectiva apresentada no capítulo 1, se o risco e o dano afetam a consciência coletiva, imperioso buscar uma solução fundada em uma solidariedade aprofundada, nesta dissertação qualificada como global. Isto porque, “tão digna de proteção jurídica é a vítima, como, também, o autor do dano. A vítima, afirma-se, via de regra, não procura nem deseja o dano. Mas nem o autor tão pouco”.⁴¹⁸

4.2.1. O seguro de responsabilidade civil

O seguro de responsabilidade civil surgiu da iniciativa privada para fazer frente aos mais variados riscos decorrentes do desenvolvimento social e tecnológico. Posteriormente, o Estado tornou alguns desses seguros obrigatórios, assim como assumiu a gestão de algumas espécies, além de ter criado novos seguros com o objetivo de assegurar algum grau de proteção à coletividade, subdividindo-se, assim, o seguro em social⁴¹⁹ e privado. Este movimento é especialmente verificado na experiência jurídica brasileira pela evolução da regulamentação do seguro de acidente do trabalho.

O Decreto Legislativo n. 3.724, de 15 de janeiro de 1919, regulamentado pelo Decreto 13.498 de março do mesmo ano, adotando a teoria do risco profissional⁴²⁰, determinou a responsabilidade objetiva dos patrões pelos acidentes sofridos por seus empregados no exercício do ofício e facultou aos empregadores a contratação de seguro para esse fim junto às

⁴¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 165.

⁴¹⁸ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p.167.

⁴¹⁹ A título de ilustração, o modelo pioneiro de previdência social instituído por Otto von Bismarck na Alemanha do final do século XIX foi fortemente marcado pelo conceito de seguro, apoiado em um esquema de financiamento tripartite, no qual participavam empregados, empregadores e Estado, e onde os direitos sociais eram definidos de forma contratual.

⁴²⁰ Decreto 13.498/1919, Art. 1º Consideram-se acidentes do trabalho: a) o acidente produzido por uma causa súbita, violenta, externa e involuntária no exercício do trabalho, determinando lesões corporais ou perturbações funcionais que constituam a causa única da morte ou perda total ou parcial, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho; b) a moléstia contraída exclusivamente pelo exercício do trabalho, quando este for de natureza a só por si causá-la e desde que determine a morte do operário ou perda total ou parcial, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. [...] Art. 2º O acidente, nas condições do artigo anterior, quando ocorrido pelo fato do trabalho ou durante este, obriga o patrão a pagar a indenização ao operário ou á sua família, excetuados apenas os casos do força maior ou dolo da própria vítima ou de estranho.

Parágrafo único. Não constitui força maior a ação das forças naturais, quando ocasionada ou agravada pela instalação do estabelecimento, pela natureza do serviço ou pelas circunstâncias que efetivamente o cercarem.

seguradoras autorizadas ou aos sindicatos profissionais⁴²¹. Contudo, quando da promulgação do referido diploma, cerca de 50%⁴²² das indústrias paulistas, por exemplo, já possuíam esse tipo de seguro, corroborando a tese de que o seguro de responsabilidade civil surgiu da iniciativa privada.

Posteriormente, já na Era Vargas, o Decreto n. 24.637, de 10 de julho de 1.934, por via indireta, tornou obrigatório o seguro de acidentes de trabalho, visto que, embora não tenha instituído a contratação compulsória, determinou que na ausência de seguro o empregador fosse obrigado a fazer um depósito de garantia junto à Caixa Econômica Federal ou Banco do Brasil⁴²³. Na década seguinte, o Decreto 7.036, de 10 de novembro de 1944 impôs a obrigatoriedade do seguro de acidentes de trabalho⁴²⁴ e previu a transição gradual deste seguro para a Previdência Social, transição esta que deveria ser concluída em 10 anos, ficando desde a promulgação do decreto vedado o ingresso de novas seguradoras no ramo⁴²⁵.

Apesar de a transferência efetiva do seguro de acidentes de trabalho para a Previdência Social não ter sido concluída no decênio, ficou evidente o objetivo estatal em controlar o ramo, de sorte que a estatização foi levada a cabo no governo Castelo Branco que, por intermédio da Lei n. 5.316 de 14 de setembro de 1967, assegurou o monopólio ao Instituto Nacional de Previdência Social. E, por fim, a Constituição de 1988, regulamentada pela Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991, consolidou a integração da cobertura de acidentes de trabalho pela Previdência Social.

⁴²¹ Decreto 13.498/1919, Art. 28. É lícito ao patrão: a) efetuar o seguro individual ou coletivo de seus operários em companhia de seguros devidamente autorizada a operar em acidentes do trabalho, quer para o pagamento das indenizações, quer para a prestação de socorros médicos, farmacêuticos e hospitalares; b) efetuar o seguro de que trata a alínea anterior em sindicatos profissionais organizados de acordo com o decreto legislativo n. 1.637, de 5 de janeiro de 1907. Parágrafo único. Em nenhum desses casos poderá o patrão descontar do salário de seus operários qualquer contribuição destinada ao pagamento das despesas provenientes do seguro ou das quotas devidas ao sindicato.

⁴²² COSTA, Ricardo Cesar Rocha. A atividade de seguros nas primeiras décadas da República. In: ALBERTI, Verena (coord.). *Entre a solidariedade e o risco: história do seguro privado no Brasil*. 2ed. Rio de Janeiro: FGV, 2001, pp. 23-80, p.49.

⁴²³ Decreto n. 24.637, Art. 36. Para garantir a execução da presente lei, os empregadores sujeitos ao seu regime, que não mantiverem contrato de seguro contra acidentes, cobrindo todos os riscos relativos às várias atividades, ficam obrigados a fazer um depósito, nas repartições arrecadoras federais, nas Caixas Econômicas da União, ou no Banco do Brasil, em moeda corrente ou em títulos da dívida pública federal, na proporção de 20:000\$000 (vinte contos de réis), para cada grupo de 50 (cinquenta) empregados ou fração, até ao máximo de 200:000\$000 (duzentos contos de réis), podendo a importância do depósito, a juízo das autoridades competentes, ser elevada até ao triplo, si se tratar de risco excepcional ou coletivamente perigoso.

⁴²⁴ Decreto 1.036, Art. 94. Todo empregador é obrigado a segurar os seus empregados contra os riscos de acidente do trabalho.

⁴²⁵ Decreto 1.036, Art. 111. A partir da data da publicação desta lei não poderão ser concedidas autorizações a novas entidades seguradoras cabendo tão somente às instituições de previdência social, às sociedades de seguros e às cooperativas de seguros de sindicatos, que atualmente operam em seguro contra o risco do acidentes de trabalho, a cobertura desse risco, de acordo com as normas que forem fixadas em regulamento.

Em suma, a contratação de seguros de responsabilidade civil, inicialmente, decorria exclusivamente da vontade das partes e, em seguida, o Estado, apesar de tê-los mantido sob a administração privada, tornou algumas espécies obrigatórias, notadamente no período do regime militar quando foi publicado o Decreto-Lei 73, de 21 de novembro de 1966. Assim, a expansão dos seguros de responsabilidade civil se deu em duas vertentes: uma eminentemente privada, onde a contratação de seguros de responsabilidade civil decorre exclusivamente da manifestação da autonomia das partes, e outra, de índole social, onde a contratação decorre de uma imposição legal.

Antes de detalhar as espécies, no entanto, é necessário tecer algumas considerações sobre o gênero. Nesse ínterim, o seguro de responsabilidade civil⁴²⁶ consiste em um contrato pelo qual o segurado, mediante o pagamento de um prêmio, transfere para o segurador as conseqüências econômicas de eventual responsabilidade sua em indenizar terceiros⁴²⁷. Com esta conceituação genérica pretende-se consignar que o contrato de seguro não instrumentaliza uma transferência de responsabilidade do segurado para o segurador, assim como não se confunde com uma cláusula de não indenizar.

Ao contrário, o seguro operacionaliza tão somente a transferência das conseqüências econômicas do sinistro para o segurador, nos exatos limites da cobertura contratada e, sendo assim, reforça a possibilidade de satisfação do crédito da vítima. O responsável por eventual dano causado a terceiro continua sendo o ofensor⁴²⁸, individualizado pelo nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano. Entretanto, as verbas reparatórias saíam do fundo constituído pela seguradora e não do patrimônio do ofensor, exatamente porque, adotando o princípio da prevenção, este último (ofensor), antes mesmo do evento danoso, já havia transferido parcela do seu patrimônio, a título de prêmio, para a seguradora.

Além disso, destaca-se que a contratação de seguro, por si só, não tem o condão de exonerar completamente o ofensor do pagamento de eventual reparação, já que este

⁴²⁶ O Código Civil de 1916 não regulamentou esta modalidade de seguro, embora já se fizesse presente na prática, de sorte que o Decreto-Lei 73, de 1966 disciplinou a matéria. Já o Código de 2002, dispensou dois artigos para o tema, tratando em linhas gerais do seguro facultativo de responsabilidade civil no artigo 787 e do obrigatório no artigo 788, ambos como subespécies do seguro de danos.

⁴²⁷ Segundo Carlos Roberto Gonçalves, o seguro de responsabilidade civil “compreende a cobertura ao segurado pelas indenizações que ele eventualmente seja obrigado a pagar por danos causados a terceiros, resultantes de atos ilícitos, independentemente de ter ou não agido culposamente” (*Direito Civil Brasileiro*. v.3. 2 ed. rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 489.)

⁴²⁸ “O seguro de responsabilidade civil não é uma convenção sobre as conseqüências da responsabilidade, pois aquele que pratica o ato danoso continuará a ser o responsável pela ofensa causada à vítima, o que haverá é apenas a transferência das conseqüências patrimoniais (ressarcimento do prejuízo causado)”. (PIMENTA, Melissa Cunha. *Seguro de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 96).

responderá subsidiariamente na hipótese de insolvência do segurador, nos termos do parágrafo 4º do artigo 787 do Código Civil. Ademais, mesmo na hipótese oposta, ou seja, no caso de solvência, se a cobertura contratada se mostrar insuficiente para a reparação integral do dano, o ofensor (segurado) deverá complementá-la. Em outros termos, “deverá ser o segurador condenado até o limite da cobertura do contrato e o segurado na parte restante, se houver”.⁴²⁹

Por outro lado, o seguro de responsabilidade civil reforça a possibilidade de satisfação do crédito da vítima. O aprofundamento dessa questão depende da apreciação de algumas peculiaridades distintas das duas espécies de seguro de responsabilidade civil, enfatizando especialmente a racionalidade de uma e outra.

Originalmente, os danos causados injustamente diziam respeito exclusivamente aos sujeitos daquela relação e, sendo assim, estavam afastados da lógica da solidariedade mecânica, exatamente porque acreditava-se que somente a consciência individual restava abalada. Assim, caberia ao particular exigir ou não a sua reparação. Contudo, a evolução em direção a uma sociedade de risco impôs a relativização dessa lógica, na medida em que os danos passaram então a repercutir negativamente na coletividade⁴³⁰.

Assim, não só o instituto da responsabilidade civil, mas, sobretudo, o seguro de responsabilidade civil passa a desempenhar papel primordial na realização da pacificação social, atuando na minimização do desfazimento do prejuízo sistêmico e global que diretamente atinge uma pessoa, mas indiretamente afeta a sociedade como um todo. Nessa perspectiva, Walter Polido afirma que “os seguros de responsabilidade civil transmitem a idéia, a partir de sua concepção e função, de um dever social”.⁴³¹

Entretanto, há de se reconhecer a existência de certa gradação no afetamento coletivo, sendo certo que algumas espécies de danos, em virtude de apresentarem grande probabilidade de ocorrência e potencialmente atingirem um contingente elevado de pessoas, repercutem mais direta e intensamente na coletividade, do que outros danos despidos de tais características.

Estas observações justificam a bipartição do seguro de responsabilidade civil em obrigatório e facultativo, orientada genericamente pela constatação de que os primeiros, por

⁴²⁹ ALVIM, Pedro. *O seguro e o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 144.

⁴³⁰ “Qualquer dano causado a outra pessoa gera conflito social, pois que repercute na sociedade como um todo. Dificilmente uma pessoa é afetada sozinha, quando prejudicada por um dano. A família sofrerá privações, a partir do momento em que seu provedor deixar de exercer a atividade que a sustenta; cada cidadão é um elo que afeta toda a sociedade organizada – o plexo social” (POLIDO, Walter Antônio. *Contrato de seguro: novos paradigmas*. São Paulo: Roncarati, 2010, p. 191-192).

⁴³¹ POLIDO, Walter Antônio. *Contrato de seguro: novos paradigmas*. São Paulo: Roncarati, 2010, p. 191.

abarcarem os danos que afetam a coletividade, requerem uma atuação preventiva e pró-ativa do Estado, ao passo que os do segundo grupo, por englobarem danos afeitos a situações mais circunscritas e de menor irradiação – incidentes apenas tangencialmente na consciência coletiva – podem ser deixados a cargo da autonomia privada, restando ao Estado intervir apenas na sua regulamentação.

Nesse sentido, a cada uma das modalidades de seguro de responsabilidade civil corresponde uma lógica e objetivos próprios. Assim, aprofundando um tema que já foi introduzido no capítulo 2, dentre os elementos essenciais do contrato de seguro, destaca-se a obrigação de garantia assumida pelo segurador em relação a proteção do interesse legítimo do segurado em face de riscos predeterminados.

Tradicionalmente, se afirmava que no âmbito dos seguros obrigatórios de responsabilidade civil o interesse legítimo primordialmente protegido era o da vítima em ter ressarcido o dano sofrido e, apenas subsidiariamente, protegia-se o interesse patrimonial do ofensor. Já no campo dos seguros facultativos, a racionalidade seria inversa: protegia-se primeiramente o interesse patrimonial do segurado, ou seja, daquele que voluntariamente contratou o seguro e, residualmente, o interesse da vítima.

A partir dessa distinção, estabeleceu-se a controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da legitimidade ativa da vítima para acionar diretamente a seguradora para a obtenção da reparação pelo dano causado por um segurado. Ressalva-se que esta discussão diz respeito somente ao seguro facultativo de responsabilidade civil, já que para os obrigatórios o legislador expressamente determinou que “a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado”.⁴³² Esta previsão é acatada pela doutrina sob a justificativa de que, em virtude do caráter eminentemente social dos seguros obrigatórios, estes encerram verdadeira estipulação em favor de terceiro.

Ante ao silêncio do legislador⁴³³ no tocante aos seguros facultativos, duas posições diametralmente opostas emergiram em torno da questão de o seguro de responsabilidade civil

⁴³² Art. 788, CC/2002. Art. 788. Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado.

Parágrafo único. Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório.

⁴³³ Essa discussão, a bem da verdade, é anterior ao Código de 2002, de sorte que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em julgado de junho de 1999, evocando a função social do contrato, decidiu pela procedência da ação indenizatória ajuizada pela vítima do segurado face diretamente à seguradora, merecendo especial destaque os seguintes trechos da decisão: “Pela inafastável função social que o seguro encerra nos dias atuais [...], há que se admitir o ajuizamento da ação de ressarcimento de danos diretamente contra o proprietário do automotor causador do acidente como também contra a seguradora, circunscrita a responsabilidade desta às lindes do contrato de seguro. [...]. De fato, não se ignora o princípio de direito civil segundo o qual o contrato, em regra, só produz efeitos entre as partes nele avençadas. Menciona-se de regra, porquanto, no caso vertente, há que se abrir uma relevantíssima exceção [...]. A função social do seguro é, pois, o fundamento primordial e inafastável para o agasalhamento da tese tendente a viabilizar, em juízo, em caso de seguro facultativo, o acionamento direto

consistir ou não em uma estipulação em favor de terceiro⁴³⁴. Esta última, tal como disciplinada pelo Código Civil⁴³⁵ representa um contrato *sui generis*⁴³⁶, onde a prestação é realizada em favor de terceiro, e não do próprio contratante.

De um lado, em defesa da ilegitimidade ativa da vítima, Sérgio Cavaliéri⁴³⁷ e Ricardo Bechara⁴³⁸, dentre outros, argumentam que o seguro de responsabilidade civil facultativo visa resguardar o patrimônio do próprio segurado em vista de possíveis conseqüências econômicas decorrentes de um dano provocado a outrem. Assim, o próprio segurado é o beneficiário do contrato, vigorando na hipótese a teoria do reembolso⁴³⁹, pela qual o segurado paga diretamente a vítima o valor correspondente a reparação do dano e, posteriormente, aciona a seguradora para reembolsar-lhe de tal despesa, nos limites da cobertura contratada.

Frisam ainda que, diversamente do que é observado nos seguros obrigatórios, a vítima sequer figura como beneficiária do contrato, sendo totalmente estranha a relação estabelecida entre segurador e segurado, disto resultando sua ilegitimidade. Sobre este ponto, Sérgio Cavaliéri conclui que “a relação jurídica da vítima é com o causador do dano, fundada na responsabilidade extracontratual, ato ilícito, e não no contrato de seguro”.⁴⁴⁰ Antonio L. Montenegro chega a afirmar peremptoriamente que a “lei veda ao terceiro, vítima do dano

da seguradora, para, nos limites do contrato, de modo solidário com o segurado, ser satisfeita a indenização pertinente”. (TJSC, Agr. Inst. 99.004.384-3 (Araranguá), 4ª CC. Rel. Des. Pedro Manoel Abreu, julg.: 30/06/1999).

⁴³⁴ Na verdade, essa discussão se desdobra em várias outras, como por exemplo, a necessidade ou não de litisconsórcio passivo (cf.: ALVIM, Pedro. *O seguro e o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 144.); necessidade de alteração legislativa para inclusão de nova hipótese de chamamento ao processo (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Seguros: uma questão atual*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 93), etc. Nesta sede, contudo, importa apenas verificar se o direito material suporta a ação direta da vítima contra o segurador.

⁴³⁵ A estipulação em favor de terceiro foi disciplinada no título dos contratos em geral (título V) do livro de obrigações (livro I), onde, no parágrafo único do art. 436 é assegurado “ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, [...] exigi-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438.

⁴³⁶ Em que pese as diversas teses acerca da natureza jurídica da estipulação em favor de terceiro, adota-se a que reconhece a sua natureza contratual, tendo em vista que o próprio legislador utilizou a expressão contrato nos três dispositivos que disciplina a matéria. Neste sentido se posiciona Carlos Roberto Gonçalves ao afirmar que “a teoria mais aceita, finalmente, é a que considera a estipulação em favor de terceiro um contrato, porém *sui generis* pelo fato de a prestação não ser realizada em favor do próprio estipulante, como seria natural, mas em benefício de outrem, que não participa da avença.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. v. 3. 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2006, p.98).

⁴³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

⁴³⁸ SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de seguro no cotidiano*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999.

⁴³⁹ Ricardo Bechara Santos afirma que o seguro de responsabilidade civil é, por excelência, um seguro de reembolso “em que, primeiro, há de se caracterizar a responsabilidade civil do segurado e o pagamento pelo mesmo despendido para, depois, assegurar-lhe o direito de reembolso junto ao segurador, que é chamado à liça” (SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de seguro no cotidiano*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999, p. 507).

⁴⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 470.

causado por culpa do titular de uma apólice de seguro, processar diretamente a seguradora nos casos de seguros facultativos”.⁴⁴¹

Esta argumentação, embora coerente em seus próprios termos, reflete tão somente uma análise reducionista e estrutural do seguro de responsabilidade civil. Reducionista porque se ocupa apenas de dois dispositivos do Código Civil, olvidando que a disciplina securitária é muito mais ampla. Estrutural porque prioriza a forma em detrimento do conteúdo do seguro, descuidando ainda que o princípio da função social do contrato, como preconiza o Enunciado 21 do Conselho de Justiça Federal, impõe “a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”.

A disciplina jurídica do contrato de seguro apresenta uma complexidade própria, visto que a sua regulamentação é difusa entre o Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e o Decreto-Lei 73, de 21/11/1966, além das normas expedidas pelo órgão fiscalizador. Assim, a falta de disciplina expressa no Código Civil não autoriza afirmar que trata-se de vedação legal, nem mesmo de omissão legislativa, indicando tão somente que a solução deve ser buscada no conjunto normativo que regulamenta a matéria, a partir de uma interpretação sistêmica e funcionalizada.

Inicialmente, destaca-se que o ordenamento jurídico brasileiro admite expressamente a ação direta da vítima contra o segurado em hipótese de seguro facultativo de responsabilidade civil por acidentes provocados por veículos automotores de via terrestre⁴⁴². Esta previsão já seria suficiente para uma exegese construtiva a partir da analogia. Mas, além dessa, destaca-se o parágrafo 4º do artigo 787 do Código Civil que ao determinar a responsabilidade subsidiária do segurado na hipótese de insolvência do segurador, indica claramente que o segurador pode ser acionado previamente ao segurado, autor do dano⁴⁴³.

A despeito da existência de específico suporte material para a ação direta da vítima, a questão que sobreleva em importância diz respeito à axiologia constitucional direcionada a beneficiar a vítima, especialmente na situação em comento, onde nem mesmo o interesse

⁴⁴¹ MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996, p. 475.

⁴⁴² Lei 6.194/74, Art. 9º Nos seguros facultativos de responsabilidade civil dos proprietários de veículos automotores de via terrestre, as indenizações por danos materiais causados a terceiros serão pagas independentemente da responsabilidade que for apurada em ação judicial contra o causador do dano, cabendo à Seguradora o direito de regresso contra o responsável.

⁴⁴³ Cf.: ARMELIN, Donaldo. A ação direta da vítima contra a seguradora de responsabilidade civil: fundamentos e regimes das exceções. *III Fórum de Direito do seguro “José Sollero Filho”* (anais). São Paulo: IBDS, 2003, pp.169-188, p.179-180; TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrtton. *O contrato de seguro: novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: EMTS, 2002, p.147.

patrimonial do segurado está em jogo⁴⁴⁴. De fato, recusar a ação direta da vítima significa priorizar um formalismo que em não sendo relativizado, pode vir a operar, no extremo do contínuo, a situação inaceitável de a vítima restar irressarcida em que pese a identificação do causador do dano e da existência de um seguro de responsabilidade civil.

Melissa Pimenta ilustra essa situação com a hipótese de o segurado não indenizar a vítima em decorrência de insolvência, por exemplo. Neste caso não haveria a obrigação do segurador em reembolsar – já que ausente qualquer desembolso por parte do segurado – e possibilitaria, por um lado, que a vítima restasse desamparada e, por outro, “um ‘enriquecimento sem causa’ por parte do segurador, pois, mesmo após o reconhecimento da responsabilidade do segurado, não haveria o pagamento da indenização”.⁴⁴⁵

Esta foi a tese sustentada pelo então Ministro Eduardo Ribeiro que, em voto-vista, afastou da discussão a controvertida questão de ser o contrato de seguro uma estipulação em favor de terceiro, assentando que a ação direta da vítima é coerente com os princípios informadores do ordenamento jurídico, visto contribuir para que a vítima não reste irressarcida e, também, para evitar um possível enriquecimento indevido do segurador⁴⁴⁶.

Ademais, de uma interpretação funcionalizada do contrato de seguro conclui-se que toda a regulamentação do gênero foi orientada “pela idéia fundamental de que, no seguro de responsabilidade civil, a garantia ampara o terceiro e não o segurado”⁴⁴⁷. Assim, em que pese às divergências doutrinárias sobre a questão, o Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, mesmo na hipótese de seguro facultativo, a vítima do segurado possui legitimidade ativa para propor ação direta em face da seguradora, assentado este entendimento nos princípios da solidariedade social e da função social do contrato⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ Sobre esta questão, Donaldo Armelin afirma que “se o seguro, como afirma os arts. 757 e 787 do novo Código Civil, é garantia, e mais, garantia em que o garante não faz jus a reclamar do garantido qualquer reparação, não haverá porque obstar a vítima a exigir do garante que honre a garantia efetuando o pagamento a que se obrigou perante o segurado, quem suportou o prejuízo”. (ARMELIN, Donaldo. *A ação direta da vítima contra a seguradora de responsabilidade civil: fundamentos e regimes das exceções. III Fórum de Direito do seguro “José Sollero Filho”* (anais). São Paulo: IBDS, 2003, pp.169-188, p.181).

⁴⁴⁵ PIMENTA, Melissa Cunha. *Seguro de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p.140.

⁴⁴⁶ “A tese de que se trataria de estipulação em favor de terceiro pode-se dizer superada, pois evidentemente artificiosa. [...]. Não obstante a ausência de texto legal explícito que permita afirmar a viabilidade da ação direta, ganha força a corrente que admite exija a vítima, da seguradora, o pagamento da indenização, embora com ela não haja contratado. Há forte tendência a não permitir que os danos injustamente sofridos fiquem sem reparação. E, no caso, cumpre reconhecer, se o causador do dano for insolvente e a seguradora se recusar a pagar diretamente à vítima, a consequência será ficar última sem ressarcimento, enriquecendo-se a seguradora que, a final, haveria realmente de arcar com o pagamento. [...]. Cumpre reconhecer que essa é a melhor solução e que se encontra coerente com os princípios que informam o ordenamento [...]”. (STJ, 3T. REsp. 228.840. Min. Eduardo Ribeiro, Voto-vista. Julg.:26/06/2000.)

⁴⁴⁷ ALVIM, Pedro. *O seguro e o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 143.

⁴⁴⁸ “A visão preconizada nestes precedentes abraça o princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, da CF), em que se assenta o princípio da função social do contrato, este que ganha enorme força com a vigência do novo Código Civil (art.

Isto porque, compreendida que a função social da responsabilidade civil abarca uma dupla garantia consubstanciada na correta apuração da responsabilidade e, também, na garantia da solução reparatória⁴⁴⁹, destas o seguro de responsabilidade civil, instrumento daquela, não poderia se apartar. E, nesse sentido, imperioso faz-se reconhecer a legitimidade ativa da vítima para acionar diretamente a seguradora do autor da lesão.

Em suma, esta construção doutrinária e jurisprudencial potencializa os efeitos positivos de uma relação de complementaridade entre o seguro e a responsabilidade civil, reforçando as possibilidades de reparação integral do dano, sem o inconveniente agravamento da situação financeira do ofensor.

4.2.2. A reparação do dano causado por membro indeterminado de um grupo: por uma relação de complementaridade entre o seguro e a responsabilidade civil

A coletivização da responsabilidade civil, nos termos apresentados no capítulo 3, decorre de dois movimentos centrais consubstanciados na hipótese de dano causado por membro indeterminado de um grupo e no desenvolvimento dos seguros de responsabilidade civil.

Estes evidenciam a influência da solidariedade nas bases teóricas da responsabilidade civil, de sorte que ao primeiro movimento referido correspondem as constatações de que, de alguma forma, “há, cada vez mais, solidariedade na culpa (todos somos culpados) e solidariedade nos danos (todos causamos danos)”⁴⁵⁰. O desenvolvimento dos seguros de responsabilidade civil, por seu turno, representa uma das possibilidades do que deva ser o passo seguinte, ou seja, a “solidariedade na reparação (todos devemos reparar os danos)”⁴⁵¹.

421). De fato, a interpretação do contrato de seguro dentro desta perspectiva social autoriza e recomenda que a indenização prevista para reparar os danos causados pelo segurado a terceiro, seja por este diretamente reclamada da seguradora. Assim, sem se afrontar a liberdade contratual das partes – as quais quiseram estipular uma cobertura para a hipótese de danos a terceiros – maximiza-se a eficácia social do contrato com a simplificação dos meios jurídicos pelos quais o prejudicado pode haver a reparação que lhe é devida. Cumpre-se o princípio constitucional da solidariedade e garante-se a função social do contrato”. (STJ, 3T. REsp. 444.716-BA. Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ: 11/05/2004, p. 300.

⁴⁴⁹ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro: novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: EMTS, 2002, p. 133.

⁴⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas 2007, p. 213.

⁴⁵¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas 2007, p. 213.

Diversos são os meios possíveis para a diluição dos danos, não havendo óbice para que sejam, inclusive, empregados conjuntamente, sendo exatamente essa a proposta final dessa dissertação: atuação simultânea da responsabilidade solidária no caso específico do dano causado por membro indeterminado de um grupo e do seguro de responsabilidade civil.

A convergência das duas hipóteses, ou dos institutos do seguro e da responsabilidade civil, apresenta a vantagem de a um só tempo assegurar a reparação da vítima e tornar mais leve o ônus da reparação, especialmente quando, muito provavelmente, este recairá sobre algumas pessoas que, embora pertencentes a um grupo cuja ação coletiva está ligada ao dano por um nexo de causalidade material, não provocaram efetiva e diretamente o dano.

Da experiência jurídica brasileira extrai-se o exemplo da responsabilidade objetiva do condomínio pelos danos provocados por objetos lançados ou caídos de prédios de apartamentos. Como já referido no capítulo 3, após longa evolução doutrinária e jurisprudencial, o posicionamento majoritário na atualidade é o de responsabilizar todo o condomínio nessas situações.

A solução, sem dúvida, tem o mérito de facilitar a reparação da vítima, mas, em contrapartida, onera um grupo de pessoas que apenas circunstancialmente liga-se ao fato. Isto porque, para todos aqueles que não provocaram o dano, a responsabilidade decorre do simples fato de habitarem aquele prédio de apartamentos.

De certo que a possibilidade de exoneração da responsabilidade na relação internamente estabelecida entre os co-obrigados restringe o espectro de abrangência dessa situação. No entanto, para um determinado conjunto de pessoas esta faculdade dependerá da prova diabólica da não culpa.

Entende-se, pois, que a contratação de seguros de responsabilidade civil encerraria uma melhor solução para situações tal qual a descrita, visto que: i) promoveria uma solidariedade com bases fisiológicas e não patológicas; ii) incentivaria a prevenção e a precaução; iii) afastaria a necessidade da prova da inocência, sendo esta tão perversa e difícil, quanto a prova da culpa, se deixada a cargo da vítima; e, iv) diluiria ou socializaria os reflexos patrimoniais do dano, não apenas entre os membros da comunidade formada pelos moradores do edifício, como também, entre o universo de segurados, jungidos pela base mutuarista do seguro.

Outro exemplo que ilustra a tese aqui defendida é o da responsabilidade civil decorrente de acidentes causados por veículos automotores. Este caso, por um lado, apresenta maior complexidade em virtude de o Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97) não ter

disciplinado a matéria nesse tocante e, por outro lado, é bastante elucidativo, visto corporificar uma das hipóteses de seguro obrigatório de responsabilidade civil.

Tendo em vista que o Código de Trânsito Brasileiro não determinou o fundamento da responsabilidade por danos provocados por veículos automotores, a resposta deve ser buscada no Código Civil. E, a solução extraída do sistema dualista de responsabilidade civil estatuído por este último diploma, aponta a culpa como fundamento.

Não obstante isso, a teoria do risco não pode ser total e aprioristicamente afastada. Neste sentido, destaca-se a tese defendida por Maria Celina Bodin de Moraes⁴⁵² de que quando presente a reciprocidade do risco criado, a responsabilidade será subjetiva e, quando ausente tal reciprocidade, a responsabilidade será objetiva. Esta tese encontra respaldo no próprio Código Brasileiro de Trânsito que estabelece que o veículo de maior porte é responsável pela segurança do de menor porte⁴⁵³.

Dentre os seguros obrigatórios de responsabilidade civil operacionalizados no Brasil, o de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre (DPVAT)⁴⁵⁴ é, talvez, o de maior notoriedade, exatamente porque está mais diretamente relacionado com a vida cotidiana. No entanto, isto não significa que a população em geral, nem mesmo os segurados, tenham real conhecimento das especificidades desse seguro. Ao contrário, o fato de ser ele contratado junto com o licenciamento do veículo e pago em conjunto com o imposto sobre propriedade de veículos automotores, faz, na verdade, com que o mesmo seja percebido como mais um imposto, e não como um seguro.

De certa forma, esta possível distorção encontra amparo na doutrina especializada que afirma que o DPVAT não encerra um seguro de responsabilidade civil propriamente dito. Walter Polido, por exemplo, afirma que o DPVAT se aproxima mais de um sub-ramo do seguro de acidentes pessoais do que um seguro de responsabilidade civil. Alerta ainda para o fato de que nos seguros obrigatórios em geral e no DPVAT especificamente, os aspectos técnicos do seguro de responsabilidade civil não são atendidos. A fim de exemplificar essa

⁴⁵² BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp.847-881, p. 873.

⁴⁵³ Lei 9503/97, Art. 29, § 2º. Respeitadas as normas de circulação e conduta estabelecidas neste artigo, em ordem decrescente, os veículos de maior porte serão sempre responsáveis pela segurança dos menores, os motorizados pelos não motorizados e, juntos, pela incolumidade dos pedestres.

⁴⁵⁴ O seguro DPVAT foi instituído pela Lei 6.194/74, tendo sido posteriormente alterado pelas Leis 8.441/92, 11.482/2007 e, mais recentemente, pela Lei 11.945/2009.

constatação, destaca a “equiparação do segurado como possível vítima assistida pelo próprio seguro que ele contratou, de cujo dano pode ter sido ele mesmo o causador direto”.⁴⁵⁵

Ainda nessa linha crítica, é destacada, tanto pela doutrina⁴⁵⁶, como pela jurisprudência⁴⁵⁷ que, ao contrário do que é exigido pela técnica securitária aplicada aos seguros de responsabilidade civil, no DPVAT, o pagamento da indenização independe da verificação de culpa do segurado, sendo bastante a prova de que o dano pessoal decorreu de um acidente provocado por veículo automotor.

Apesar de todas essas críticas e sem olvidar de tantas outras, insta destacar que a contratação compulsória do DPVAT evidencia a preponderância do interesse social no sentido de assegurar uma reparação mínima as pessoas vitimadas em acidentes de trânsito. Assim, por este seguro são cobertos os danos de morte, invalidez permanente e despesas médico-hospitalares realizadas pela vítima em virtude do acidente, inclusive aos próprios condutores. Destaca-se que a vítima fará jus ao ressarcimento independentemente da identificação do veículo e mesmo da existência ou não de seguro.

A tarificação dos valores reparatórios, especialmente em patamares tão modestos, enseja críticas no sentido de o seguro em voga não cumprir o objetivo de reparação integral do dano. Entretanto, essa crítica, de todo, não deve prosperar. De fato, o teto reparatório determinado por lei está muito aquém das possíveis necessidades da vítima para reparar integralmente o seu dano. Isto, contudo, não afasta a vantagem de se permitir um rápido ressarcimento, restando a integralização da reparação aos meios próprios da responsabilidade civil.

Além disso, o referido seguro obrigatório é a melhor solução institucionalizada para a reparação, ainda que mínima, dos danos provocados por membro indeterminado de um grupo, já que, de alguma forma, consegue harmonizar os interesses da vítima e do ofensor aparente. Mas, principalmente, porque ao afastar por completo a necessidade de perquirição de culpa⁴⁵⁸

⁴⁵⁵ POLIDO, Walter Antônio. *Contrato de seguro: novos paradigmas*. São Paulo: Roncarati, 2010, p. 195.

⁴⁵⁶ Neste sentido, Ernesto Tzirulnik, Ayrton Pimentel e Flávio de Queiroz B. Cavalcanti, afirmam que “para que fosse de responsabilidade civil, o seguro DPVAT só deveria operar quando existisse situação capaz de engendrar a responsabilização do segurado, o que não é o caso” (*O contrato de seguro: novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: EMTS, 2002, p. 160).

⁴⁵⁷ Este entendimento foi consignado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, nos seguintes termos: “O artigo 20 do Decreto-Lei 73/66 mostra que o elenco legal dos seguros obrigatórios distingue com clareza os seguros de responsabilidade civil dos seguros de danos, certo ainda que o DPVAT se inclui nessa segunda categoria. Tal distinção é fundamental, pois a incidência do seguro de responsabilidade civil pressupõe, necessariamente, responsabilidade do segurado, ao passo que a cobertura pelo seguro de dano não reclama a demonstração nem mesmo a existência de responsabilidade civil de quem quer que seja” (TJSP, AC 111.6103-0/0, Rel.: Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli. Julg.: 03/03/2008).

⁴⁵⁸ Lei 6.194/77, Art. 5º O pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado.

e, conseqüentemente, de imputação de responsabilidade, assegura uma certa reparação sem declarar culpado aquele que não praticou o fato lesivo.

Destaca-se, por fim, que pela redação original do artigo 7º da Lei 6.194, na hipótese de acidente provocado por veículo não identificado e que causasse morte da vítima, a indenização corresponderia a metade do valor determinado para casos iguais em que o veículo fosse identificado. Esta redução injustificada⁴⁵⁹ foi afastada pela Lei 8.441/92 que, alterando o dispositivo em comento⁴⁶⁰, determinou que as indenizações teriam o mesmo valor, independentemente da identificação ou não do veículo, assim como da existência e/ou validade do seguro⁴⁶¹.

4.3. Ponderações necessárias

A possibilidade de contratação de seguros de responsabilidade civil apresenta-se como um meio eficaz para suavizar as conseqüências negativas da concretização de um risco. Entretanto, é uma solução que deve ser engendrada com outras iniciativas jurídicas e, sobretudo, das próprias pessoas, protagonistas das relações sociais de onde provêm os danos.

Inicialmente, consigna-se que ambas as modalidades de seguro de responsabilidade civil desempenham tal papel. No entanto, há de se ponderar que maior espaço seja deixado a cargo da autonomia das partes. Neste sentido foi que se afirmou que a solução securitária deva ser complementada por outras iniciativas. Não deve o Estado instituir acriticamente seguros obrigatórios, com o objetivo de solucionar por essa via uma série de questões que deveriam ser tratadas através de políticas públicas próprias, já que a função eminentemente social de um seguro obrigatório não se confunde com assistência social.

Assim, o Estado só deve intervir, obrigando a celebração de tais contratos em casos muito específicos, preventivamente, onde a realidade fática já tenha apontado para essa

⁴⁵⁹ Sobre esta questão, o Ministro Luis Felipe Salomão, em seu voto, destacou: “Na verdade, não se concebe que o seguro, que tem fim inequivocamente social, possa conceder a quem dele mais necessita apenas metade da indenização a que faz jus aquele que sabe a identificação do veículo e que, por conseguinte, pode mover ação em face do condutor e/ou proprietário. Ademais, a redução da indenização, em caso de o veículo não ser identificado, não se mostra razoável” (STJ, 4T. Resp. 875876. Rel.: Min. Luis Felipe Salomão. Julg.: 13/05/2011).

⁴⁶⁰ Lei 6.194/77, Art. 7º A indenização por pessoa vitimada por veículo não identificado, com seguradora não identificada, seguro não realizado ou vencido, será paga nos mesmos valores, condições e prazos dos demais casos por um consórcio constituído, obrigatoriamente, por todas as sociedades seguradoras que operem no seguro objeto desta lei.

⁴⁶¹ O STJ já reconheceu a possibilidade de aplicação desta regra mesmo para os danos ocorridos antes da alteração legislativa. Cf.: STJ, 4T. Resp. 875876. Rel.: Min. Luis Felipe Salomão. Julg.: 13/05/2011

necessidade em decorrência da quantidade e qualidade dos acidentes observados, como no caso de acidentes com veículos automotores. E, ainda, precavidamente nos casos em que, apesar da inexistência de tal histórico, pelas próprias características da atividade desenvolvida, seja possível antever a dimensão de eventuais acidentes, como na hipótese de atividades nucleares.

Então, nas mais usuais situações a contratação ou não de um seguro deve ser orientada pelas escolhas intertemporais de consumo, poupança e investimento dos agentes, entre um desembolso pequeno e anterior a um possível dano – restando claro que na insuficiência da cobertura contratada, o segurado será chamado a complementar a reparação –, ou, posterior a lesão e no montante equivalente ao dano causado. Insista-se, o seguro obrigatório só deve ser instituído em situações muito peculiares, tendo em vista que a garantia contra a associação involuntária só pode ser afastada em razão de um maior interesse social.

Por outro lado, a existência de um seguro não pode servir de esteio para a responsabilização independentemente do preenchimento dos requisitos para tal (ação/omissão, culpa ou risco, nexo de causalidade e dano), visto que isto desvirtuaria por completo os objetivos do seguro e do próprio instituto da responsabilidade civil que, passariam a conjuntamente realizar uma simples e injustificada transferência de riqueza.

Além disso, a existência do seguro também não pode dar azo à fixação do *quantum* reparatório em níveis superiores ao dano sofrido pela vítima, sob pena de, por intermédio do seguro, condenar não só o autor do fato, mas também todo o conjunto de segurados que contribuíram para a formação do fundo, de onde será retirado o valor correspondente a reparação.

Fernando Noronha⁴⁶² aponta como uma das vantagens do seguro de responsabilidade civil, a possibilidade de o juiz arbitrar indenizações mais condizentes com a situação do lesado, a fim de garantir-lhe uma reparação mais completa. Concorde-se com tal conclusão, desde que seja interpretada no sentido de o seguro afastar ou pelo menos reduzir a possibilidade de redução equitativa da indenização, e não no sentido oposto, de permitir ao juiz arbitrar valores superiores a reparação integral, sob a justificativa que o ônus reparatório é diluído em uma base mutuária.

⁴⁶² “Quando era o responsável que tinha de suportar todo o peso da reparação, os juízes eram naturalmente mais comedidos no arbitramento de indenizações. Quando, porém, esta passou a poder ser diluída por toda uma comunidade, através dos prêmios que as pessoas sujeitas ao risco pagam, o juiz também ficou com melhores condições de atentar para a situação do lesado, garantindo-lhe mais completa reparação”. (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 571-572)

Em outros termos, a existência de um seguro opera a favor da reparação integral da vítima, mas não de uma reparação além do dano sofrido. Isto porque, uma vez fixado a reparação em consonância com a extensão do dano, esta, terá menos chances de ser reduzida em virtude da necessidade de respeito e preservação ao patrimônio mínimo do ofensor, na existência de um seguro.

Já pelo lado do segurado, o seguro não pode ser percebido como uma autorização prévia a comportamentos mais negligentes. Esta inclusive é a crítica usualmente tecida aos seguros de responsabilidade civil⁴⁶³. De fato, a contratação de um seguro pode representar, em um primeiro momento, um desestímulo para adoção de condutas diligentes, assim como pode dar ensejo a ocorrência do fenômeno da seleção adversa, ou seja, aqueles para quem o risco fosse maior seriam justamente os que demandariam a cobertura.

No entanto, esta crítica resta afastada pela própria dinâmica do contrato em questão, na medida em que a consequência natural, tanto da seleção adversa, quanto da adoção de condutas descuidadas, seria a elevação dos custos atuariais que, por seu turno, refletiriam diretamente no encarecimento do prêmio e, indiretamente, representariam um desincentivo à entrada ou um incentivo à saída de segurados. Isto significa dizer que, a aparente vantagem obtida por um segurado negligente ou afeito ao risco teria duração máxima equivalente ao seu contrato.

O contrato de seguro é de trato sucessivo, sendo a relação renovada a cada período determinado, quando o prêmio é recalculado, em observância ao risco coberto. A ocorrência de um sinistro afeta negativamente ao conjunto de segurados e, especificamente, aquele que lhe deu causa, exatamente porque quando da renovação da apólice o seguro ficará mais caro. Assim, como adverte Anderson Schreiber, “o ônus da reparação é apenas aparentemente transferido à seguradora, uma vez que o custo global das indenizações pagas reflete-se, invariável e continuamente sobre o preço dos seguros”.⁴⁶⁴

Neste ponto, importa destacar o papel desempenhado pelo princípio da prevenção/precaução no âmbito da responsabilidade civil contemporânea. Em que pese

⁴⁶³ “Como o causador do dano passa a ser mero responsável nominal, a responsabilidade civil deixa de exercer uma sua importante função, a de prevenção de danos, pela natural diligência a que obrigaria as pessoas, quando agissem sabendo que teriam de suportar os prejuízos eventualmente causados. Se quem tem de pagar é a companhia seguradora, as pessoas serão menos cuidadosas, com o que se multiplicarão os acidentes”. (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 572)

⁴⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas 2007, p. 230.

doutrina especializada distinguir os princípios da prevenção e da precaução⁴⁶⁵, nesta sede serão tratados como sinônimos e representativos de uma fase em que, mais do que assegurar a reparação, é também necessário evitar os danos. Neste sentido foi que se afirmou que o seguro de responsabilidade civil é uma solução possível para o enfrentamento dos danos, mas que, porém, deve ser engendrada com outras iniciativas levadas a cabo por aqueles que protagonizam as relações sociais.

A concretização dos princípios da prevenção e da precaução pode (e deve) ser imposta pelo poder público, a partir da exigência de determinados comportamentos com o objetivo de eliminar ou, pelo menos, diminuir consideravelmente os riscos de danos, mas, sem dúvida, depende também de um atuar pró-ativo dos diversos atores sociais, assumindo posturas mais cautelosas e solidárias.

Nessa perspectiva, além dos mecanismos próprios desenvolvidos pelo setor securitário para desestimular condutas negligentes, seria de bom alvitre também, uma mudança cultural nesse sentido. Isto porque, como alertado por Wilson Melo da Silva, o ponto nevrálgico dos seguros de responsabilidade civil é exatamente a necessidade de este compatibilizar “o efeito preventivo da responsabilidade civil sem, contudo, com isso possibilitar-se a diminuição das garantias que, às vítimas, possam ser oferecidas”.⁴⁶⁶

Por fim, o seguro de responsabilidade civil apresenta-se como uma resposta satisfatória para os casos de danos provocados por membro indeterminado de um grupo, visto harmonizar, como já referido, os interesses de ambas as partes. Isto porque, facilita a árdua tarefa de equacionar as expectativas envolvidas – de reparação, por parte da vítima, e de redução do ônus na responsabilização de quem não tenha dado efetivamente causa ao dano.

Gisela Cruz⁴⁶⁷, defendendo a adoção da teoria da causalidade alternativa na hipótese de impossibilidade de individualização do agente responsável por um dano, sendo certo, contudo, que ele pertença a um grupo determinado, aponta três vantagens: i) a garantia de reparação da vítima; ii) a diluição da reparação entre os membros do grupo; e, iii) a prevenção

⁴⁶⁵ Bruno Lewicki, diferencia os princípios da prevenção e da precaução nos seguintes termos: “enquanto a prevenção diz respeito a riscos certos e comprovados – perigo –, a precaução se liga a riscos simplesmente potenciais. Na prevenção, a periculosidade já se encontra estabelecida, o que justifica a maior probabilidade de que ocorra o acidente; o perigo é, pois, concreto. Na precaução, ao contrário, tem-se um perigo abstrato – risco – em virtude da imprecisão dos conhecimentos científicos, incapazes de mensurar o dano, ou mesmo de fornecer certeza quanto à ocorrência, atual ou superveniente de danos” (Princípio da precaução: impressões sobre o segundo momento. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp.357-385, p. 364).

⁴⁶⁶ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p.191.

⁴⁶⁷ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 308-309.

contra eventual manobra do grupo, no sentido de impossibilitar a identificação do autor do fato lesivo.

Os argumentos são verdadeiros e refletem tanto a preocupação com o dano injustamente sofrido, como a importância da diluição dos riscos. E, por esse motivo, podem ser evocados a favor não só da causalidade alternativa, mas também de outras medidas a serem adotadas com o fito de fomentar a implementação de medidas de prevenção e de diluição dos riscos, como por exemplo, a favor da ampliação do sistema de seguro de responsabilidade civil.

Isto porque, a solidariedade impõe não só a socialização das causas e dos danos, mas também, a da reparação, principalmente na hipótese em voga quando, necessariamente, algum ou alguns agentes serão responsabilizados por fatos que não cometeram. Assim, a solidariedade deve também protegê-los.

Assim, sob a égide de um seguro de responsabilidade civil, a vítima teria assegurada a reparação do dano, independentemente da prova de culpa ou do nexos causal interno, como na hipótese contemplada para os casos de acidente automobilístico sem a identificação do veículo causador. O mutualismo, inerente à atividade securitária, diluiria o custo da reparação por toda a base mutuária do sistema e, o esforço em desempenhar eventuais manobras para impossibilitar a identificação do autor, restaria, em grande medida, injustificado.

5. CONCLUSÃO

O desenvolvimento dessa dissertação foi motivado pela constatação de um conflito potencial entre as expectativas legítimas da vítima em ter seu dano ressarcido e do ofensor aparente em não ser responsabilizado por um dano que efetivamente não tenha dado causa.

Este problema, aparentemente pontual, envolve diversas questões, sendo a principal aquela que diz respeito à mudança operada pela constituição de 1988, no sentido de alçar a pessoa e sua dignidade ao valor mais alto do ordenamento jurídico. Isto porque, em um ordenamento personalista inspirado, sobretudo, pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, o dano sofrido passa a despertar interesse primordial: a preocupação primeira é com o ressarcimento da vítima.

Conseqüentemente emergiram diversas outras questões atinentes ao próprio desenvolvimento social, impondo a evolução do instituto da responsabilidade civil, no sentido de um afastamento de um viés moralizante e sancionatório em direção a um caráter restitutório, de forma que foi relegado a um segundo plano a investigação acerca de eventual culpabilidade do causador dos danos que, não sem razão, estão hoje muito mais intimamente ligados à causalidade do que a culpabilidade.

Neste contexto, o problema do dano causado por membro indeterminado de um grupo exemplifica o dilema da sociedade de risco, qual seja a causa dos danos. Ou seja, evidencia a complexidade da identificação da causa de um dano, ilustrando ainda a dificuldade de se individualizar o seu responsável, o que é explicado por uma tendência à coletivização da responsabilidade civil, no sentido de que, de certa forma e em algum grau, todos causamos danos.

Se os riscos são co-produzidos, os danos decorrentes de sua concretização são co-causados e, sendo assim, a reparação dos mesmos também deve ser coletivizada. Contudo, isto implica, dentre outras questões, em: i) se repensar o instituto da responsabilidade civil; ii) reformular a noção de solidariedade social, de forma a permitir a reparação dos danos sem a criação de novos danos; e, iii) reconhecer a necessidade de convergência dos institutos do seguro e da responsabilidade civil.

Evidentemente, que o tema proposto não permite alcançar soluções definitivas. Entretanto, a pesquisa realizada permite tecer algumas considerações finais a guisa de conclusão:

1. A solidariedade sempre figurou como instrumento imprescindível na composição das diferentes formas possíveis para minimizar os efeitos negativos do implemento de um risco, notadamente através do seguro e da responsabilidade civil. Entretanto, o conceito de solidariedade é dinâmico e evolui em compasso com a sociedade na qual se manifesta. Assim, em uma sociedade tradicional a solidariedade era por semelhança e, conseqüentemente, os grupos se uniam para enfrentar os riscos comuns, utilizando para tal o mutualismo e a responsabilidade civil surge atrelada à idéia de vingança privada. Já em uma sociedade industrializada, a solidariedade é estabelecida de forma orgânica e a reparação dos danos passa a ter por objetivo a restituição.

2. A sociedade contemporânea e industrializada se organiza em torno do paradigma do risco, exatamente porque os avanços tecnológicos resultantes da industrialização, assim como a nova forma de produção incorporaram riscos e, conseqüentemente, geraram um incremento na quantidade e na qualidade dos danos. Nesse novo contexto, o instituto da responsabilidade civil precisou evoluir em direção a um fundamento outro que a culpa, como meio necessário de obstar o crescente número de acidentes e danos sem reparação.

3. Isto foi possível porque a própria noção de risco foi reformulada, no sentido de considerá-lo como resultado da modernização social e, com isso, dissociado da noção de perigo e apreendido como decorrência de uma decisão, independentemente da consciência ao seu respeito. Ao paradigma da sociedade de risco foram apostos os impasses da distribuição dos riscos e da atribuição de responsabilidades pelos danos decorrentes das decisões tomadas. E, sendo assim, o paradigma do risco e os impasses decorrentes, relacionam-se diretamente com a solidariedade.

4. O enfrentamento dos riscos sociais e a concretização dos anseios por segurança pressupõem uma solidariedade global e sistêmica, que reúna caracteres essenciais da solidariedade mecânica e da orgânica e, principalmente, que vá além dessas para comportar uma sociedade complexa, dinâmica e diversificada.

5. A solidariedade global deve, por um lado, se dissociar das idéias de caridade e filantropia e, por outro, se calcar no reconhecimento da interdependência dos homens, seres sociais, coexistentes em um ambiente plural, no qual a liberdade deve ser exercida em consonância com o dever de solidariedade social. Assim, só pode-se falar em solidariedade global nos estados democráticos de direito contemporâneos que tenham por fundamento maior a dignidade da pessoa humana.

6. Isto porque, na perspectiva de um direito civil constitucionalizado, o risco e as conseqüências de sua concretização têm a sua relevância potencializada, não tanto por uma

razão de ordem científica e mecânica decorrente do avanço tecnológico, mas sim por razões de ordem moral que propulsionaram a evolução da consciência coletiva, de sorte a não mais permitir os danos anônimos e as vítimas irressarcidas, invertendo a justificativa clássica da fatalidade, pela apreensão moderna da responsabilidade.

7. Assim, o dilema da sociedade de risco é a causa dos danos. A solução deste dilema impõe a apreciação jurídica do dano que, para fins de responsabilidade civil será relevante se for certo, imediato e injusto e, no âmbito securitário importará se for decorrente de um risco coberto na apólice. Além disso, requer a identificação da causa do dano e a individualização do seu responsável, sendo ambas as tarefas de difícil realização em uma sociedade de risco, exatamente porque há uma coletivização das causas.

8. Na hipótese de dano causado por membro indeterminado de um grupo, há a co-produção de um risco somada a uma causa única não individualizada, não configurando, portanto, hipótese de dano coletivamente produzido, mas sim a de multiplicidade subjetiva relacionada ao fato ligado ao efeito que se pretende indenizar.

9. Este problema é especialmente sensível porque congrega dois elementos antagônicos: uma dúvida e uma certeza. A dúvida diz respeito à individualização do causador do dano, ao passo que a certeza repousa no fato de que o dano efetivamente decorreu da conduta de um dos integrantes do grupo. Esta situação revela a insuficiência da noção de causalidade material para a atribuição de responsabilidades no estágio atual da sociedade.

10. A fim de solucionar especificamente o problema do dano causado por membro indeterminado de um grupo, a teoria da causalidade alternativa, adotando um paradigma protetivo, propõe a responsabilização de todos os integrantes do grupo, rompendo assim com o princípio segundo o qual só se responde pelos danos comprovadamente causados.

11. A referida teoria só tem aplicação se preenchidos os seguintes requisitos: a) multiplicidade subjetiva vinculada unitária e objetivamente a um dano, de sorte que não seja possível individualizar o autor do fato ou da atividade; b) dano decorrente de uma conduta individual, porém indeterminada; c) análise em concreto da potencialidade danosa da atividade desenvolvida pelo grupo; d) comprovação pelo autor da ação de um vínculo de necessidade entre a atividade do grupo e o dano sofrido; e) a existência de um interesse comum (elemento objetivo) a desempenhar a função de elo de coesão do grupo; f) possibilidade de exoneração daqueles que provarem não ser o autor da ação.

12. A alternatividade da imputabilidade não significa possibilidade de escolha entre responsabilizar um ou outro agente, mas sim, todo o grupo. Isto porque, o fundamento da teoria da causalidade alternativa é o princípio constitucional da solidariedade social (e não a

solidariedade obrigacional) em conjunto com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial.

13. Destaca-se que não é a simples referência nominal a esses princípios que fundamenta a teoria, na medida em que todos operam a favor da vítima e do ofensor, mas sim a ponderação dos interesses contrapostos à luz desses e, em conjunto com os princípios da reparação integral (a favor da vítima) e da presunção de inocência (a favor do ofensor).

14. Tendo em vista que a favor da vítima e do ofensor operam dois princípios de igual hierarquia, a solução passa a depender então da ponderação dos substratos conformadores do princípio da dignidade da pessoa humana. Desses, situam-se a favor da vítima a solidariedade e a integridade psicofísica, enquanto que a favor do ofensor estão a solidariedade e a liberdade. Logo, a ponderação derradeira é realizada pelas dimensões formal e substancial do princípio da igualdade.

15. A dimensão formal do princípio da igualdade não autoriza a aplicação da teoria, enquanto que a dimensão substancial impõe seja acatada a solução proposta pela causalidade alternativa, visto encerrar uma hipótese de desigualação permitida, em observância aos interesses socialmente relevantes.

16. A aceitação da teoria da causalidade alternativa encerra o primeiro passo para a reparação integral do dano causado por membro indeterminado de um grupo, entretanto, a concretização do referido princípio depende ainda da solvabilidade do ofensor e, principalmente, não pode implicar na ruína daquele que responderá pela reparação. Isto porque, em que pese o referido princípio consistir no fim pretendido nas pretensões por ressarcimento de dano, não é absoluto, sendo relativizado em favor da tutela do patrimônio mínimo do ofensor.

17. Neste contexto, sobreleva o fenômeno da coletivização da responsabilidade civil no tocante à reparação dos danos, ou seja, em relação ao desenvolvimento dos seguros de responsabilidade civil, evidência da convergência dos institutos do seguro e da responsabilidade civil.

18. Esta, por seu turno, indica que o giro conceitual deve ser complementado no sentido da coletivização da responsabilidade. Isto porque, se é verdade que o ofensor e sua culpa perdem em importância para a vítima e o dano injusto, também é verdade que o ofensor, independentemente de culpa – provada, presumida ou desnecessária, na hipótese de responsabilidade objetiva – precisa ser protegido, de forma que a sua obrigação sucessiva não encerre um novo dano.

19. As transformações experimentadas pela autonomia como decorrência direta da axiologia constitucional, conjuntamente, permitiram a aproximação do seguro e da responsabilidade civil, com a finalidade de assegurar a reparação integral da vítima de um dano injusto, a partir da superação do juízo de licitude-ilicitude pelo critério da injustiça do dano, no âmbito da responsabilidade civil, e pelo critério do merecimento de tutela, na seara contratual.

20. A convergência dos institutos do seguro e da responsabilidade civil mostra-se salutar visto proteger todos os envolvidos, apresentando a vantagem de a um só tempo assegurar a reparação da vítima, que tem maiores chances de ter a reparação integral do seu dano se a obrigação de pagar recair sobre uma seguradora, e tornar mais leve o ônus da reparação, na medida em que o ofensor igualmente resta protegido pela técnica securitária.

21. A convergência entre o seguro e a responsabilidade civil deve encerrar uma relação de complementaridade, respeitadas as finalidades e alcance de cada instituto. Além disso, para que o seguro desempenhe esse papel a contento, deve estar funcionalizado aos valores sociais relevantes do ordenamento jurídico.

22. A possibilidade de transferência dos efeitos patrimoniais da concretização do risco não pode representar um desincentivo à adoção de condutas prudentes. Nesse sentido, a contratação de seguros de responsabilidade civil é uma solução que deve ser engendrada em conjunto com outras iniciativas de diluição dos riscos.

23. Por outro lado, a existência de um seguro não pode servir de esteio para a responsabilização independentemente do preenchimento dos requisitos para tal, assim como não autoriza a fixação do valor indenizatório em valores superiores à extensão do dano.

24. Por fim, o Estado só deve intervir, instituindo seguros obrigatórios nos casos em que a realidade fática já tenha apontado para essa necessidade em decorrência da quantidade e qualidade dos acidentes observados, assim como, nos casos em que, independentemente de tal histórico, pelas próprias características da atividade desenvolvida, seja possível antever a dimensão de eventuais acidentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José de. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1997.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Princípio da igualdade e o direito das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. 1 ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 531-563.

ALTERINI, Atílio Anibal. *Derecho de Daños y Otros Estudios*. Buenos Aires: La Ley, 1992.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3. ed., São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965.

ALVIM, Pedro. *O seguro e o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *O Contrato de seguro*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *A política brasileira de seguros*. São Paulo: Manuais Técnicos de Seguros, 1980.

ARENDT, Hanna. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARISTÓTELES. *Física*. Livro II, Cap. III. Disponível em: <<http://www.perseus.tufts.edu>>
Acesso em: 20 ago. 2010.

_____. *Ética a Nicômaco*. Livro V, Cap. I. Disponível em:
<<http://www.perseus.tufts.edu>> Acesso em: 15 fev. 2011.

ARMELIN, Donaldo. A ação direta da vítima contra a seguradora de responsabilidade civil: fundamentos e regimes das exceções. *III Fórum de Direito do seguro “José Sollero Filho”* (anais). São Paulo: IBDS, 2003, pp.169-188.

AZAMBUJA, Luis Eduardo Meurer. *Direito Securitário e Boa-fé: o dever de informação nos contratos de seguros*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Patrimonial). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra.

BARBOZA, Heloísa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 407-423.

_____. Responsabilidade Civil em Face das Pesquisas em Seres Humanos: Efeitos do Consentimento Livre e Esclarecido. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e Responsabilidade*. Forense: Rio de Janeiro, 2009, pp.205-233.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003, pp. 25-65.

BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo jurídico (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro e São Leopoldo: Renovar e Unisinos, 2009, pp. 642-647.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony e LASH, Scott. *Modernização reflexiva. Política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997.

BELTRÃO, Kaizô Iwakami; PEYNEAU, Fernanda Paes Leme; SUGAHARA, Sonoe; [et al.]. *O perfil dos consumidores de previdência privada no Brasil: evolução de uma demanda (1992-2001)*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2004.

BELTRÃO, Kaizô Iwakami; PEYNEAU, Fernanda Paes Leme; SUGAHARA, Sonoe; [et al.]. *Potencial do mercado de seguros no Estado de São Paulo*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2009.

BELTRÃO, Kaizô Iwakami; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau; [et.al]. O idoso e a previdência social. In: CAMARANO, Ana Amélia (org.). *Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?* Rio de Janeiro: IPEA, 2004, pp. 411-426.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. *A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/8632/3/A_Responsabilidade_Civil.pdf> Acesso em: 25 set. 2008.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Responsabilidade civil automobilística: por um sistema fundado na proteção à pessoa*. São Paulo: Atlas, 2009.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. Obrigações, Tomo II, 3 ed., v. V. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1934.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, 11 ed. atual. São Paulo: Saraiva, v.1, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, v.I, 1997.

_____. *Dicionário de Política*. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v.II, 1997.

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

_____. O princípio da solidariedade. In. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp.237-265.

_____. Constituição e direito civil: tendências. In. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 33-54.

_____. O princípio da solidariedade. In. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp.237-265.

_____. A causa dos contratos. In. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.21. Rio de Janeiro: Padma, jan/março/2005, pp. 95-119.

_____. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 847-881.

_____. Ampliando os direitos da personalidade. In: *Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 121-148.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAGATO, Fernanda. Individualismo (verbetes) In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, São Leopoldo: Unisinos, 2009, pp. 468-471.

BUSTAMANTE, Thomas; SILVA, Denis Franco. Neminem Laedere: o novo Código Civil brasileiro e a integral reparabilidade dos danos materiais decorrentes do ato ilícito. In. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 20. Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2004.

CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Culpa na Responsabilidade Civil. Estrutura e Função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Breves considerações em torno do art. 944, parágrafo único, do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, v. 39. Rio de Janeiro: Padma, jul. -set 2009.

CALMON DE PASSOS, J.J. O Risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica do contrato de seguro. In: *I Fórum de Direito do Seguro José Solero Filho* (anais). São Paulo: Max Limonad, 2001, pp.11-19.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: FCG, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARLINI, Angélica Lucía. Reflexões preliminares para a construção de uma hermenêutica específica para os contratos de seguro. In: TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra (Coord.). *Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil*. Ano I, 1 ed., jan., MP Editora: 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Seguros: uma questão atual*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. A trilogia do seguro. *I Fórum de Direito do Seguro 'José Sollero Filho* (anais). São Paulo: IBDS, 200, pp.85-98.

_____. A responsabilidade civil e a sua cobertura no contrato de seguro. In: MELLO, Sérgio Rui Barroso de. (coord.). *II Congresso Brasileiro de Direito de Seguros e Previdência – Associação Internacional de Direito de Seguros* (anais). Curitiba: Juruá, 2009, pp. 49-64.

COELHO, Fábio Ulhoa. A empresarialidade da entidade seguradora. *III Fórum de Direito do seguro “José Sollero Filho”* (anais) São Paulo: IBDS, 2003, pp.221-231.

_____. Considerações gerais sobre o seguro de dano. *IV Fórum de Direito do seguro “José Sollero Filho”* (anais) São Paulo: Max Limonad, 2004.

COMPARATO, Fabio Konder. *O seguro de crédito: estudo jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

COSTA, Luciano de Souza. “O cooperativismo: uma breve reflexão teórica”. In: *Ciências Sociais em Perspectiva* (6) 11 : 55-64 2º sem. 2007. Disponível em:

<<http://www.unioeste.br/campi/cascavel/ccsa/VISeminario>> Acesso em 10 nov. 2010.

COSTA, Ricardo Cesar Rocha. A atividade de seguros nas primeiras décadas da República. In: ALBERTI, Verena (coord.). *Entre a solidariedade e o risco: história do seguro privado no Brasil*. 2. ed. rev.atual. Rio de Janeiro: FGV, 2001, pp.23-80.

COUTO E SILVA, Clovis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

_____. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. In. FRADERA, Vera Maria Jacob (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp.217-234.

_____. Responsabilidad alternativa y acumulativa. In: FRADERA, Vera Maria Jacob (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 235-242.

_____. Dever de indenizar. In. FRADERA, Vera Maria Jacob (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp.191-215.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil: das várias espécies de contrato. Do seguro (arts. 757 a 802)*. vol. XI. tomo I. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade Coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*. Madri: Civitas, 1999.

DURKHEIM, Émile (1858-1917). Da divisão do trabalho social. In: *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

DYRLUND, Maria Cecília Baetas. Solidariedade (verbetes). In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, São Leopoldo: Unisinos, 2009, pp. 774-778.

EWALD, François. *Foucault, a norma e o direito*. 2.ed. Lisboa: Veja, 2000.

_____. Risco, sociedade e justiça. *II Fórum de Direito do seguro “José Sollero Filho”* (anais). São Paulo: IBDS, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Aristóteles (verbetes). In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro e São Leopoldo: Renovar e Unisinos, 2009, pp 68-72.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 1. ed., 3 impr. Editora Nova Fronteira.

FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1938.

FICHTNER, Priscila Mathias de Moraes. *A boa-fé qualificada nos contratos de seguro*. 2008. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. (no prelo)

FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil Comentado*. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRANCO, Hugo. Evolução dos conceitos da Física. In: *IFUSP, 1336/98*, 2ed., 2002. Disponível em: <<http://plato.if.usp.br>> Acesso em 20 ago. 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito Contratual contemporâneo: a função social do contrato. In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 369-394.

_____. Critérios para a fixação da reparação do dano moral: abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (org.). *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. O seguro de pessoa no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, ano 93, v. 826, agosto de 2004, pp. 11-24.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

GIUSTINA, Vasco Della. *Responsabilidade civil dos grupos: inclusive no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

GOLDENBEG, Isidoro H. *La relación de causalidad en La responsabilidad civil*. 2 ed. Buenos Aires: La Ley, 2000.

GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco (org.). *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 291-302.

_____. *Contratos*. 26 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v.3. 2 ed. rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. In: *Revista dos Tribunais*. – RT, n.840, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./2005, pp.11-36.

GOULART, Úrsula Santos de Ávila. *O agravamento do risco no contrato de seguro*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

HALPERN, Joseph Y, PEARL, Judea. *Causes and explanations: a structural-model approach*. Disponível em: <<http://www.cs.cornell.edu/home/halpern/papers/actcaus.pdf>> Acesso em: 15 set. 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In. TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Ed Renovar, 2008, pp.797-825.

HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX. 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. *O dano pessoal na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A previdência social na sociedade de risco – solidariedade e financiamento – a garantia da renda mínima*. Disponível em: <<http://www.sinteseeventos.com.br>>. Acesso em: 15 jan. 2010.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v. 86, n. 454/456, abr.-jun./1941, pp.548-559

KONDER, Carlos Nelson de Paula. *A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

_____. *Contratos Conexos: Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1987.

LASH, Scott. A reflexividade e seus duplos: estrutura, estética e comunidade. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony e LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. In. R. *CEJ*, Brasília, n. 25, abr./jun. 2004, pp.24-33.

LEWICKI, Bruno. Princípio da precaução: impressões sobre o segundo momento. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp.357-385.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, pp.18-28.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Teoria do risco. (verbete) In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, São Leopoldo: Unisinos, 2009, pp 734-738.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé e o seguro no novo código civil brasileiro (virtualidades da boa-fé como regra e como cláusula geral). *III Fórum de Direito do Seguro “Jose Sollero Filho”* (anais). São Paulo: IBDS, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o direito brasileiro. In: *Revista CEJ*, n. 28, jan-mar/2005, pp.15-32, p. 16. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/643/823>> Acesso em: 15 abr. 2011.

MATOZZI, Ignácio de Cuevilas. *La relacion de causalidad en la orbita de derecho de daños*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000 apud MULHOLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009.

MEDRONHO R. *Epidemiologia*. Rio de Janeiro: Atheneu, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 262-281.

_____. Art.944 do Código Civil: O problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp.757 a 796.

_____. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. O Código de Defesa do Consumidor e o contrato de seguro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 20-31, 1998.

MOUNIER, Emmanuel. *Personalismo*. Rio de Janeiro: Texto e Grafia, 2010.

MULHOLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

NALIN, Paulo. O Contrato em movimento no Direito pós-moderno. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v.10. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2000, pp. 275-280.

_____. Presunção de lucros cessantes: reflexões em torno de uma tendência jurisprudencial. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 3. Rio de Janeiro: Padma, julho/setembro/2000, pp.3-14.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. In: *Revista dos Tribunais – RT*, n.761, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 31-44, mar./1999.

_____. *Direito das Obrigações*. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES, Márcia Vidal; FIGUEIRA, Luiz Eduardo. Durkheim, Emile, 1858-1917 (verbete). In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, São Leopoldo: Unisinos, 2009, pp. 256-259.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. III. 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIMENTA, Melissa Cunha. *Seguro de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

PLASTINO, Carlos Alberto. *O primado da afetividade: a crítica freudiana ao paradigma moderno*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

POLIDO, Walter Antônio. *Contrato de seguro: novos paradigmas*. São Paulo: Roncarati, 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. Função Social do contrato: integração das normas do Capítulo XV com os princípios e as cláusulas gerais. *III Fórum de Direito do Seguro "José Sollero Filho"* (anais). São Paulo: IBDS, 2003, p. 47.

RAMOS, Maria. Febre Maculosa. In: *Invivo. Saúde*. Fiocruz. Disponível em: <http://www.invivo.fiocruz.br> Acesso em: 25 ago. 2010.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Saraiva, 1937.

RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Função social nos contratos de seguro: a nova ordem contratual e sua implicação para os contratos de seguro à luz do CDC e do Código Civil. In.

Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, v. 41, Rio de Janeiro: Padma, jan-mar./2010, pp.45-70.

_____. *Da responsabilidade individual à responsabilidade social: reflexões sobre causalidade*. In: Congresso Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, XVIII Conpedi, 2009.

ROSANVALLON, Pierre. *A nova questão social*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

ROUSSEAU, Jean Jacques, *Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens*, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de seguro no cotidiano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. A responsabilidade civil como política pública. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp.743-755.

SILVA, Luciana Rohden. Sobre as causas em Aristóteles. In: *Intuitio*. v.2, n^o.1, jun-2009. Porto Alegre, pp. 67-80. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br>> Acesso em: 20 ago. 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista. Relações jurídicas comunitárias e direitos subjetivos. *I Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho* (anais). São Paulo: Max Limonad, 2001.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p.48 e 86.

SOUZA, Antônio Lober Ferreira [et.al]. *Dicionário de Seguros*. 2ed. rev.e ampl. Rio de Janeiro: Funenseg, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Notas sobre o nexos de causalidade. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 6. Rio de Janeiro: Padma, abril/junho/2001, pp.3-19.

_____. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira, SARMENTO, Daniel. (coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, pp. 309-320.

_____. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (coord). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 395-406.

_____. Pessoa humana, direito civil e função social. Separata de *Liber Amicorum: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. O ocaso da subsunção. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 34. Rio de Janeiro: Padma, Abril-Junho, 2008, Editorial.

_____. O futuro da responsabilidade civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 24. Rio de Janeiro: Padma, Outubro-Dezembro, 2004, Editorial.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações* (arts.1º a 420). vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 277.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: teoria geral dos contratos, contratos em espécie, atos unilaterais títulos de crédito, responsabilidade civil e privilégios creditórios* (arts.421 a 965). vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. A constitucionalização do direito financeiro. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza, SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, pp. 961-986.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro: de acordo com o novo Código Civil Brasileiro*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais: 2003.

_____. *O contrato de seguro: novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: EMTS, 2002.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia: princípios básicos*. 4.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1994.

WEBER, José Ferreira. *Coleção introdução a ciência atuarial*. v.1. Rio de Janeiro: IRB, 1985.

ZOLO, Danilo. Personalismo (verbetes). In.: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, v.II, 1997, pp.925-937.