



O RISCO NA SOCIEDADE MODERNA E SEUS REFLEXOS NA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E NA NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE SEGURO¹

Prof. J. J. Calmon de Passos
Professor Catedrático de Direito Processual da Universidade Federal da
Bahia (aposentado). Coordenador do Curso de Especialização em Direito
Processual da Universidade Salvador (UNIFACS).
Advogado em Salvador.

1. A responsabilidade civil, é do saber comum dos juristas, evoluiu de sua compreensão subjetiva e individual, algo imputável a quem deu causa a um dano que jamais teria ocorrido se inexistente o ato do responsável, para o estágio mais avançado da culpa presumida, ultrapassado pela concepção da responsabilidade objetiva, por sua vez suplantada pela teoria do risco. Tudo isso sucedeu não por mero capricho de teóricos, sim por imperativo da nova realidade sócio-político-econômica que o capitalismo avançado e os ganhos tecnológicos determinaram. Sobre isso, Niklas Luhmann e Raffaele de Giorgi, em trabalho apresentado para justificar a criação, na Itália, do Centro di Studi sul Rischio, sob o título de *L'analisi e lo studio del rischio nelle società complesse*, afirmam poder este tema “ ser objeto de pesquisa sociológica e de pesquisa orientada para uma teoria da sociedade”, tal sua relevância. Lembram eles caber às ciências sociais a tarefa de fornecer análises que tornem possível uma compreensão das condições de vida da sociedade contemporânea. O horizonte de percepção desta sociedade, esclarecem, é caracterizado por uma crescente possibilidade de decisão. E se entendermos “perigo” como a probabilidade de um evento futuro danoso, resultante do que pode ser imputada a algo externo, colocado fora do poder de opção do agente, será possível falar-se de “risco” quando um dano, qualquer que seja, for passível de ser entendido como conseqüência de uma decisão, seja ela imputável ao agente ou atribuível a um outro que não ele. Nesses termos, a sociedade

¹ Este trabalho é adaptação de quanto argumentado em Parecer oferecido por solicitação da Cia. de Seguros Aliança da Bahia.

contemporânea caracteriza-se pela diminuição do perigo e incremento do risco. A ciência, a tecnologia, a economia de nossos dias contribuíram para a redução do perigo. A previsibilidade e o controle que a tecnologia já permite no tocante aos acontecimentos externos autorizam esta conclusão. O que é danoso por determinação externa se tornou altamente previsível e controlável, graças aos avanços da ciência. Contudo, na medida em que se tornam evidentes e mais numerosas as possibilidades de decisão em relação a comportamentos, ou na medida em que podem se tornar visíveis as possibilidades das quais depende a ocorrência de danos futuros efetivos, impõe-se a tematização dos riscos. O horizonte do futuro se retrai, a sua prospectiva se desloca do âmbito do perigo para o âmbito do risco. Os riscos, agora, estão estreitamente relacionados ao desenvolvimento da própria sociedade, ao desenvolvimento da ciência, da tecnologia, da medicina, da política e em geral às transformações da estrutura nas quais se torna possível a comunicação social. Em suma, concluem, *o risco se fez integrante do próprio modo de ser da sociedade contemporânea.*

3. A par desse fenômeno da incorporação do risco à dinâmica da sociedade de nossos dias, fala-se também, hoje, com total procedência, em produção de massa, consumo de massa, comunicação de massa, contrato de massa, evidenciando-se o que já não pode mais ser ignorado por ninguém – um nível de interdependência entre os homens como jamais existiu antes, a par da capacidade das organizações privadas atingirem, com impositividade bem próxima da que é específica dos organismos estatais, um universo ponderável de sujeitos impotentes para lhes oferecer resistência eficaz. No campo delimitado por essas duas coordenadas – o incremento do risco e o crescente esgarçamento e anonimato das relações sociais - a velha responsabilidade civil viu-se compelida a buscar outros fundamentos que não a culpa individual, deduzida de um comportamento sobre o qual teria o agente algum poder de opção. Na atualidade, urge deslocar o ponto focal da responsabilidade, justamente em sua dimensão mais significativa, a do causador imediato do dano e de sua culpa, para o imperativo da reparação do dano, o qual, ainda que experimentado individualmente, tem sua causa em algo de que, mesmo indireta e remotamente, se beneficia a própria vítima do dano. As luzes se dirigem, agora, portanto, para o que se fez centro, por sua relevância – o dano. É ele que cumpre seja reparado, independente da investigação de quem seu causador e de sua culpabilidade, dado que se tornou produtora de danos a própria atividade produtiva, necessária e lícita, do capitalismo avançado, utilizando a tecnologia disponível. Porque devendo ser dissociada da culpa, foi vinculada ao mero nexos causal entre o evento e o resultado danoso, imputável ao beneficiário da atividade. Deve suportar a perda patrimonial respectiva, ainda quando nenhum ou quase nenhum seu poder de influir sobre os acontecimentos. É peça da engrenagem que opera segundo uma lógica impiedosa, tanto quanto o por ele vitimado. E para essa realidade nova as respostas antigas se mostram ou iníquas ou inócuas.

4. As conseqüências dramáticas e imobilizantes a que conduziria o permanecermos vinculando a responsabilidade à culpa individual, que já reclamara sua ultrapassagem pela teorização da culpa objetiva, pedem seja também ultrapassada esta última, passando-se a falar em responsabilidade

coletiva, conseqüência de uma sociedade que incorporou o *risco* ao seu cotidiano como preço a pagar pelo que se fez prioritário – o progresso tecnológico e a reprodução ampliada. Os danos que decorrem de atividades cuja licitude foi admitida em proveito (teoricamente) de todos, conseqüentemente em benefício da convivência social, em que pese seu componente de risco, devem ser por essa mesma sociedade suportados. Revelou-se indubitável que se admitir a responsabilidade pelo risco, de matriz social, mantendo-se a antiga técnica de ressarcimento às custas do patrimônio individual do responsável, significaria inviabilizar-se a atividade produtiva, incapaz de arcar com o ressarcimento dos danos inerentes a essa mesma atividade, caso conservada a velha perspectiva. Para se tornar operacional a teoria do risco, sem disfuncionalidade, impôs-se a solução pelo seguro, que institucionaliza, em termos técnicos, o imperativo da solidariedade numa sociedade de riscos. O que surgiu como um contrato entre pessoas, no qual uma delas assumia os riscos de indenizar a outra por força de algum sinistro que viesse a atingir o seu patrimônio ou a sua pessoa, bem mais próximo do jogo e da aposta que de algo relacionado com algum interesse social relevante, o que antes fora assim pensado, tornou-se uma técnica a serviço do interesse geral, mais adequadamente definível como *seguridade social ou segurança social*, publicizando-se, ou socializando-se, se assim se preferir. Deixou de ser possível, por conseguinte, entender-se a atividade securitária como de natureza estritamente privada, passando a ser vista, em muitas de suas manifestações, como vinculada ao interesse geral, retirada do campo da pura autonomia da vontade, passando a ser regulada, de forma cogente e minuciosa, pelo Poder Público. Os negócios que formaliza entram na categoria também nova dos chamados contratos de massa. Relações jurídicas nas quais o menos relevante é o sujeito que contrata e de quase nula relevância as motivações da declaração de vontade que formaliza.

5. A nossa Constituição Federal aponta, em vários de seus dispositivos, para essa compreensão. Coloca no âmbito do sistema financeiro nacional as empresas de seguro, dizendo a Lei Maior que este sistema é estruturado para servir aos interesses da coletividade (art. 192, *caput* e inciso II) reservando-se, com exclusividade, para a União, a competência legislativa sobre a matéria (art. 22, VII). Essa perspectiva conduz ao entendimento necessário de que todo aporte financeiro atribuído pelo segurado à seguradora com que contrata, intitulado de *prêmio*, é, em verdade parcela que, integrada a outras, *constitui um fundo comum de propriedade e destinação comunitária ou coletiva de todos os segurados*. Dessa universalidade apenas são extraídos os valores indispensáveis para sua administração, que inclui a justa retribuição do empreendedor, tudo isso regulado por disposições legais de natureza cogente objetivando, precisamente, acentuar e resguardar a propriedade coletiva desse patrimônio e sua destinação social e específica. Decorrência disso é a exigência legal de serem instituídas *reservas técnicas*, mediante as quais se dá ao sistema, como um todo, a estabilidade e segurança de que necessariamente se deve revestir. Vistos tais recursos com o caráter de patrimônio coletivo, público não estatal, configuram o que poderemos chamar de uma universalidade de interesses que se transindividualizam por força de sua destinação, ainda quando diferentes dos que têm uma abrangência universal e derivam da própria natureza das coisas.

6. Para melhor precisar essa distinção, aprofundemos nossa análise. Interesse é conceito vinculado a determinada necessidade e ao bem que a satisfaz. Em verdade, é ele o vínculo entre o bem e a necessidade a que atende, na perspectiva do sujeito que a experimenta. Nenhuma necessidade pode ser satisfeita sem que o bem a ela associado se torne disponível para o sujeito da necessidade. Se o bem, para cumprir sua destinação, reclama ser apropriado ou consumido pelo sujeito da necessidade, temos um interesse individual, capaz, inclusive de revestir-se do caráter de interesse geral ou social, dada a massa dos que experimentam igual necessidade, nunca suscetíveis, entretanto, de se mostrarem transindividuais, por força da satisfação que reclamam, via apropriação ou consumação individual. Quando ocorre essa generalização sem que se elimine a individualização da satisfação, denominamos esses interesses ora de coletivos ora de homogêneos, distinção que deixa aqui de ser aprofundada por desnecessária para o que nos propomos no momento. Há situações, entretanto, em que a necessidade que o bem satisfaz reclama esteja ele acessível ao sujeito que a experimenta, mas sua satisfação se dá necessariamente sem apropriação, permanecendo o bem sempre disponível para a satisfação de iguais necessidades de quantos venham a experimentá-las no futuro ou concomitantemente. O bem é em si mesmo indivisível e inapropriável. A sua utilização só é admissível se não afeta sua disponibilidade para atender às necessidades de outros sujeitos. Essa indivisibilidade e inapropriabilidade, poderemos dizer-las *universais ou naturais*, porque permanentemente disponível o bem e ao alcance de quantos dele venham a necessitar, os nascidos e os por nascer, os que estão e os que vierem a estar em relação com ele, hoje e amanhã. E isso é assim porque sua fruição só é possível se inviável excluir-se dela quem quer que seja, o que decorre da própria natureza das coisas, que torna o interesse insuscetível de delimitação em termos subjetivos e de divisibilidade em termos objetivos, sendo inapropriável por natureza. O exemplo mais típico é o do meio ambiente e sua pureza que ou existe para todos ou não existe, sendo inatribuível a uns em detrimento de outros.

7. Há, contudo, um diverso tipo de interesse que tem de comum com o primeiro sua inapropriabilidade e indivisibilidade, derivadas, entretanto, não da natureza das coisas, sim de decisão político-jurídica, pelo que se direciona para um universo delimitável de beneficiários, à disposição dos quais deve estar permanentemente. E nisso do outro se distingue. Mas ainda quando comporte apropriação, esta se dá em termos peculiares, visto como é apropriação incompatível com consumação destrutiva. O bem é permanentemente recomposto para ensejar satisfação ao universo dos interessados, sendo inadmissível se dê sem a recomposição do equilíbrio reclamado. O bem é de todos, não como na co-propriedade, em que se idealiza uma quota-parte destacável e disponível, admitida inclusive a divisão do que é comum, sim de um todo integrado, sem possibilidade de divisão, pre-definição de quota ou constituição de direito autônomo, ensejando, porém, apropriação de natureza reparatória. Nesse sentido parece válido falar-se em direito transindividual ou difuso de natureza jurídica. À semelhança das universidades de direito, uma pluralidade juridicamente concebida como constituindo uma unidade, seriam tratadas as reservas técnicas impostas por lei às empresas seguradoras, entendidas como uma universalidade com administração coletiva

centralizada num gestor público. Daí porque a lei, por coerência necessária, dispôs sobre sua inalienabilidade e sobre a impossibilidade de sua oneração, criando uma entidade pública para velar a respeito.

8. A doutrina contemporânea já precisou a natureza peculiar do contrato de seguro. É ele um contrato comutativo, em verdade um negócio jurídico coletivo, integrado pelos muitos atos individuais que aportam para o fundo comum os recursos tecnicamente exigidos para segurança de todos em relação às incertezas do futuro. A massa comum dos recursos financeiros a ninguém pertence, em termos de propriedade individual, sendo algo em aberto e permanentemente disponível para atender às necessidades que surjam e para cuja satisfação foi constituída. Deve ser permanentemente reconstituída a cada utilização que se efetive, como deve estar ao alcance de quem precisa respirar, revestindo-se da boa qualidade que assegura a vida saudável, o ar que nos cerca. Assim como ele se recompõe a cada ato respiratório, assim também os recursos direcionados para a segurança de todos os segurados a todos pertence e para todos devem estar disponíveis no momento da necessidade. Poderíamos oferecer larga fundamentação doutrinária e jurisprudencial para esse entendimento do ainda hoje mal denominado contrato de seguro. Dispensamo-me de fazê-lo, porque a tarefa já foi magnificamente cumprida em Parecer que Ernesto Tzirulnik elaborou para a Cia. de Seguros Aliança da Bahia. De quanto nele se contém com respaldo na doutrina européia, norte-americana e latino-americana queremos ressaltar, por seu fácil acesso a todos, a lição de um mestre nacional Fábio Konder Comparato, em seus *Ensaio e Pareceres de direito empresarial*, Rio, Forense, 1978, p.p.537 e *Seguro de garantia de obrigações contratuais*, em *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, Rio, Forense, 1981, p.353, bem como de um outro não menos autorizado, Eros Roberto Grau, *Responsabilidade do Estado: Sociedades de Crédito Imobiliário: Isonomia e regulamentação*, em revista de Direito Público, RT, S. Paulo, n. 92, p. 253. Do primeiro, destaco o que se segue;

Na verdade a operação de seguro implica a organização de uma mutualidade, ou o agrupamento de um número mínimo de pessoas submetidas aos mesmos riscos, cuja ocorrência e tratamento são suscetíveis de tratamento atuarial, ou previsão estatística segundo a lei dos grandes números, o que permite a repartição proporcional das perdas globais, resultante dos sinistros, entre os seus componentes. A atividade do segurador consiste justamente na organização dessa mutualidade, segundo a exigência técnica de compensação do conjunto de sinistros previsíveis pela soma total de contribuições pagas pelos segurados.

Do segundo, ressalto a distinção que faz entre normas de ordem pública voltadas para o estabelecimento de um regime de segurança social, fundado em princípios como o da publicidade, o da legalidade, o do processo devido, o da supremacia do interesse público, entre outros, de uma outra ordem por igual cogente e relevante, mas que deriva do fenômeno da necessária intervenção do Estado no domínio econômico. .

A dinamização de tais políticas (públicas) racionais envolve não meramente a preservação da paz social, porém a perseguição de determinados fins, nos mais variados setores da atividade econômica. O conjunto dessas técnicas importa e renovação dos princípios que ditam o liberalismo econômico, porque aí, a regulamentação das atividades empreendidas por determinados agentes econômicos, em determinados setores, alinhada ao sentido de promover a realização de resultados econômicos que se projetem em benefício do conjunto social.

A eles acrescentaria um trecho de Giuseppe Bavetta:

Che in tal modo si finisca anche com il tutelare il singolo assicurato, rientra nei fini pratici programmati dal legislatore e consacrati nel complesso sistema delle assicurazione: chè, com'è ovvio, sul piano pratico, la tutela della massa degli assicurati si traduce sostanzialmente e principalmente appunto nella tutela del singolo(assicurato); tutela, che non viene ad essere pregiudicata ma chè, anzi, ne esce rafforzata. Non può tuttavia perdersi di vista che al fenomeno assicurativo é stato dato un assetto del tutto speciale: esso riguarda non quest'altro assicurato, ma la massa di essi. De tale punto di vista, dunque, l'assicurazione há un'indubbia rilevanza social. (L'impeza di assicurazione, Milão, Giuffrè, 1972, p. 3),

9. Característico dos interesses transindividuais é sua ineliminável dimensão social, diríamos melhor, pública não estatal, pelo que a responsabilidade por sua tutela é função dos agentes estatais, a par da titularidade das entidades e organizações não governamentais. O que a todos ou a muitos afeta não pode ser deixado à disponibilidade dos indivíduos, porque a insatisfação de um só que seja legítima a efetivação da tutela de um interesse que é, por essência, indivisível e versa sobre um bem inapropriável. No particular, nossa Constituição é também paradigmática. Ela prevê a responsabilidade do Estado e seus agentes pela preservação desses interesses e a lei disciplinadora da ação que lhe é mais específica, a ação civil pública, é expressa no prescrever essa legitimação, conseqüentemente esta responsabilidade. Na estrutura da Administração Pública Federal e no âmbito do Ministério da Fazenda, vinculado ao sistema financeiro, existe uma autarquia federal a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, a quem a lei deferiu entre muitas atribuições relevantes, a de *autorizar a movimentação e liberação dos bens e valores obrigatoriamente inscritos em garantia das reservas técnicas e do capital vinculado* (art. 36,f, do Decreto Lei 73 de 1966, hoje com *status* de Lei Complementar).

Conjuga-se essa disposição com o que prescrevem os artigos 84 e 85, nos quais se impõe às Seguradoras a constituição de reservas técnicas, fundos especiais e provisões, de conformidade com critérios fixados pelo Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, mandando sejam registrados na SUSEP, não podendo ser alienados, prometidos alienar ou de qualquer forma gravados sem sua prévia e expressa autorização, considerando nulas de pleno direito, as alienações realizadas ou gravames constituídos com violação do que foi disposto. Saber comum o de que toda função atribuída, num Estado de Direito Democrático, a um órgão ou entidade pública é, ao mesmo tempo,

poder e serviço. Poder, no sentido de que se investe o agente administrativo da necessária autoridade para efetivar quanto lhe foi atribuído; dever, por lhe ser vetado omitir-se no tocante ao exercício de sua competência, visto como, antes de configurar uma faculdade, como é normal na atividade privada, reveste-se do caráter de um agir impositivo Nada, portanto, mais evidente que o interesse jurídico de todo órgão ou entidade pública para intervir judicial ou extrajudicialmente em toda relação jurídica na qual ou em conexão com a qual se evidencie o envolvimento do interesse posto sob sua tutela, tendo em vista assegurar a incolumidade do bem pelo qual lhe cumpre zelar, correspectivamente, portanto pelo resguardo de sua competência, deferida justamente para lhe possibilitar a tutela dos interesses que a esse bem se vinculam. Interesse jurídico, com ou sem repercussão econômica direta no patrimônio público estatal, mas sempre com reflexo no patrimônio social, dito também público não – estatal. Por força disso, concluo que, em nosso país, já existe e cumpre seja objeto de mais aprofundado estudo, o embrião de um sistema de seguridade social via mercado segurador, com regulação estatal e gestão pública centralizada da massa de bens representada pelo somatório das reservas técnicas legalmente previstas em favor da segurança coletiva.

Referência Bibliográfica deste Artigo (ABNT: NBR-6023/2000):

PASSOS, J. J. Calmon de. O risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica do contrato de seguro. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

(substituir x por dados da data de acesso ao site).

Publicação Impressa:

Publicado originalmente no vol. 763, p.95 da Revista dos Tribunais.

Interatividade

Participe do aperfeiçoamento da Revista Diálogo Jurídico



Opine sobre o assunto focado neste artigo: [clique aqui](#)



Sugira novos temas para a revista eletrônica Diálogo Jurídico: [clique aqui](#)



Imprima o artigo: tecle Ctrl+P

Envie o artigo para o seu computador: tecle: enviar página por e-mail



Cadastre-se e receba diretamente por e-mail informações sobre novos artigos publicados na revista: [clique aqui](#)