

Dco.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico
e financeiro

106



Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XXXVI (Nova Série)
abril-junho/1997

 **MALHEIROS
EDITORES**

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série - Ano XXXVI — n. 106 — abril-junho de 1997

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)
PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,
HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,
JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, ANTONIO MARTIN

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de
MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP: 04531-940

São Paulo, SP - Brasil - Tels. 822-9205

820-9718 - 820-5549 - Fax. 829-2495

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros
Diretora: Suzana Fleury Malheiros
Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato

Assinaturas e comercialização:
CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE
LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. 289-0811 - Fax. 251-3756

Composição: EDITORA FRASE LTDA.
Impressão: GRÁFICA E EDITORA FCA
(FUNDAÇÃO DE CIÊNCIAS APLICADAS)

SUMÁRIO

DOCTRINA

A TEORIA DA APARÊNCIA E O DIREITO BANCÁRIO	7
— Arnaldo Wald	
ACORDO DE ACIONISTAS	20
— Modesto Carvalhosa	
SEGURO DE DANO MORAL RESULTANTE DE ACIDENTE COM VEÍCULO AUTOMOTOR	25
— Rachel Sztajn	
ATUAÇÃO ESTATAL E ILÍCITO ANTITRUSTE	35
— Calixto Salomão Filho	
RESPONSABILIDADE DO CONTROLADOR, DOS SÓCIOS E DOS ADMINIS- TRADORES DE EMPRESAS DE CONSÓRCIOS, SUA APRECIÇÃO À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR	48
— Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa	
ASSEMBLÉIA DE COTISTAS NA SOCIEDADE LIMITADA — Aplicação da legislação societária	53
— João Luiz Coelho da Rocha	
A INTRODUÇÃO NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO DO REQUISITO DA ATIVIDADE INVENTIVA COMO CONDIÇÃO LEGAL PARA A CON- CESSÃO DE UMA PATENTE DE INVENÇÃO	58
— Gustavo José Ferreira Barbosa	
DA OBRIGATORIEDADE POR PARTE DO ADQUIRENTE DO CONTROLE DE SOCIEDADE POR AÇÕES DE CAPITAL ABERTO DE FAZER SIMULTÂNEA OFERTA PÚBLICA, EM IGUAIS CONDIÇÕES, AOS ACIONISTAS MINORI- TÁRIOS — ART. 254 DA LEI 6.404/76 E RESOLUÇÃO CMN 401/76 — É EFETIVO MECANISMO DE PROTEÇÃO AOS MINORITÁRIOS?	83
— Roberta Nioac Prado	
A EXAUSTÃO DO DIREITO DE MARCAS NA UNIÃO EUROPÉIA E O MER- COSUL	107
— Karin Grau-Kuntz e Newton Silveira	

ATUALIDADES

CÓDIGO E NORMAS DE CONDUTA DO SISTEMA FINANCEIRO PORTU- GUÊS E COMUNITÁRIO	127
— Armindo Saraiva Matias	
CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ES- TABELÉCIDA ANTES DO ADVENTO DA LEI NOVA. DIREITO APLI- CÁVEL	149
— Vera Helena de Mello Franco	

A DESINTERMEDIÇÃO NA OFERTA DE CRÉDITO E O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL: EXAME DO TEMA E POSSÍVEIS CONCLUSÕES	154
— Cassio M. C. Penteado Jr.	
O ICMS E OS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. NÃO-INCIDÊNCIA	164
— João Luiz Coelho da Rocha	
CONCEITO DE PREPOSTO	169
— Sérgio Sérvulo da Cunha	
AS CENTRAIS DE RISCO E O SIGILO BANCÁRIO	174
— Carlos Alberto Hagstrom	
ANOTAÇÕES SOBRE A LEGITIMAÇÃO PARA REQUERER A APURAÇÃO DE HAVERES	178
— José Alfredo Ferrari Sabino	
MERCOSUL	
MERCOSUL — NORMAS DE IMPLANTAÇÃO — FORÇA VINCULANTE...	185
— José Alfredo Borges	
DOCUMENTOS	
THE CLAYTON ACT — CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS ..	197

COLABORAM NESTE NÚMERO

ARMINDO SARAIVA MATIAS

Professor na Universidade Autónoma de Lisboa.

ARNOLDO WALD

Advogado. Professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Ex-Procurador Geral do Estado da Guanabara. Ex-Presidente da CVM.

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Livre-Docente e Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

CARLOS ALBERTO HAGSTROM

Ex-Procurador do Banco Central. Advogado em Brasília.

CASSIO M. C. PENTEADO JR.

Advogado em São Paulo. Professor da FMU/SP.

GUSTAVO JOSÉ FERREIRA BARBOSA

Advogado no Rio de Janeiro.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Advogado. Mestre e Doutor em Direito Comercial pela USP. Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP. Ex-Procurador do Banco Central do Brasil.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

JOSÉ ALFREDO BORGES

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador da Fazenda do Estado de Minas Gerais. Advogado em Belo Horizonte.

JOSÉ ALFREDO FERRARI SABINO

Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro.

KARIN GRAU-KUNTZ

Pequisadora no Max-Planck-Institut fuer auslaendisches und internationales Patent, Urheberund Wettbewerbsrecht (Muenchen). Mestranda na Faculdade de Direito de Munique (Ludwig-Maximilians-Universitaet).

NEWTON SILVEIRA

Doutor em Direito Comercial e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Secretário Geral Adjunto do IIDA-Instituto Interamericano de Direito do Autor. Advogado e Procurador junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

RACHEL SZTAIN

Livre-Docente e Professora Doutora de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

ROBERTA NIOAC PRADO

Advogada. Pós-graduanda em Direito Comercial na Faculdade de Direito da USP.

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

Advogado.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Professora Assistente Doutora da Faculdade de Direito da USP. Advogada em São Paulo.

MODESTO CARVALHOSA

Advogado em São Paulo

Doutrina

SEGURO DE DANO MORAL RESULTANTE DE ACIDENTE COM VEÍCULO AUTOMOTOR*

RACHEL SZTAJN

*Responsabilidade civil — Seguro de responsabilidade civil — Dano moral
— Seguro de dano moral — Compensação por dano moral.*

Seguro é negócio que visa a garantir a reparação de um dano ou a recomposição patrimonial decorrente de necessidade provocada pela ocorrência do evento previsto, ou, ainda, urna forma de compor necessidades ou perdas patrimoniais resultantes de outros tantos eventos previstos.

Em matéria de seguros é possível falar em matemática de seguros, medicina de seguros e, claro, direito de seguros. No plano do direito a matéria de seguros inclui os seguros privados terrestres, marítimos, aeronáuticos, de crédito de responsabilidade civil, sobre a vida, seguro-saúde e os seguros sociais como a previdência e os seguros obrigatórios em geral. Os seguros podem ser indenitários, como é o caso dos seguros de danos — incêndio, furto ou perda —, e seguros não indenitários, como os sobre a vida, por sobrevivida ou por morte. Nesse tipo de seguro não se fala em indenização, pois a vida é bem jurídico de valor inestimável, e, nada obstante, o seguro existe como resultado de capitalização de im-

portâncias (prêmios) pagas pelo segurado à seguradora, para “devolução” no futuro, quando o evento ocorrer.

Em qualquer seguro, o que se assegura é um risco, a álea, um evento, futuro e incerto e possível, que venha a acarretar perda patrimonial (ou necessidade econômica) para o segurado. Daí ser finalidade do negócio dar segurança contra o risco, ou, melhor dito, dar segurança contra os efeitos decorrentes do risco. Assim, ao fazer um seguro, busca-se garantir que, sobrevivendo o evento danoso, a situação temida, haja alguma forma de compensação econômica que recomponha o patrimônio ativo do segurado.

Ora, imagina-se, se o risco é aleatório, pode ser evitado, prevenido, repartido, suportado diretamente pelo interessado ou por terceiro, integralmente ou não. O seguro, mútuo ou não, é uma das formas de repartir os efeitos danosos do risco entre várias pessoas sujeitas ao mesmo risco.

Ocorrendo o risco, o dano pode ser total ou parcial e sua reparação ter como fonte pagadora o Estado, reservas constituídas, poupança do lesado, ou ainda serem distribuídos os efeitos do dano entre grande número de patrimônios submetidos ao mesmo risco. É aqui, com esta forma de repartição dos efeitos danosos do risco, é

* O presente trabalho foi preparado para discussão em painel realizado no dia 12.4.97, no II Congresso sobre Responsabilidade Civil no Transporte Terrestre de Passageiros, promovido pelo Sindicato das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros do Estado de São Paulo e pelo CEPES do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

que se entra no campo específico dos seguros privados.

A relação jurídica do seguro baseia-se num contrato, da mais extrema boa-fé, que se caracteriza por adesão do segurado a cláusulas ou condições gerais, padronizadas e impostas pelas seguradoras, resultantes do exercício da autonomia privada combinada à contratação massiva. Assim, as apólices de seguro, que formalizam, instrumentalizam o contrato, estabelecem, de forma clara e precisa, os direitos, deveres e obrigações dos contratantes para cada tipo de seguro, espécie de risco segurado, duração do seguro, valor segurado e prêmio.

Mas, mesmo quando se estuda o direito dos seguros, é importante lembrar que seguro é instituto que tem fundamentos técnico-econômicos. E, para entender o seguro, é preciso analisar os elementos acima referidos de forma a apreender seu substrato técnico, sem o qual o seguro seria contrato aleatório semelhante ao jogo ou aposta.

A repartição de riscos, no modelo securitário, parte de análise de dados passados que, aplicando técnicas de estatística e cálculo de probabilidades, permite se defina a probabilidade de ocorrência do evento danoso em lapso temporal e sobre comunidade determinados.

Para que se faça essa repartição dos efeitos do risco exige-se que ele, risco, seja homogêneo entre os patrimônios integrantes da comunidade sobre a qual pode recair; e, mais ainda, que a própria comunidade seja ampla. Análise de séries históricas de ocorrência de eventos em dadas comunidades permite prever a frequência de ocorrência. Esse cálculo, aplicado a uma comunidade, permite estimar o valor dos danos que a comunidade poderá sofrer se atingida por aquele evento (usualmente indicado como "lei dos grandes números"). Como nem todos os membros da comunidade são alcançados, e os que o forem não serão atingidos igualmente, é possível fazer reservas que permitam suportar os da-

nos experimentados pelos membros da comunidade. As seguradoras fazem esse exercício para calcular os prêmios (puros, que são depois acrescidos da carregação) para que os montantes cobrados dos segurados e somados constituam as reservas que serão utilizadas no pagamento dos danos.

Ora, quando alguém se dispõe a assumir riscos de terceiros, como é o caso dos seguradores, que estarão desejosos de receber os riscos das pessoas que querem transferi-los de forma profissional, encontramos-nos diante de atividade organizada, que cria mercados. Dessa forma, os mercados de seguros nada mais são do que mercados em que se compram e se vendem riscos. A operação de compra e venda de risco, no mercado que nos interessa, é a apólice de seguro, instrumento que prova a existência do contrato em que a seguradora assume o risco que o segurado deseja transferir.

No mercado de seguros as pessoas podem ser mais ou menos sensíveis a essa idéia de transferir risco conforme suas propensões individuais. Usualmente os segurados são ditos sujeitos com pouca ou pequena diversificação para suportar os riscos que podem atingi-los, enquanto as seguradoras, que mantêm carteiras de seguros para cobrir os tais eventos futuros e incertos, podem ser vistas como sujeitos bastante diversificados, de sorte que aceitar mais um segurado ampliando a carteira não é difícil para tais sujeitos.

Essa diversidade de posições, uma parte que deseja transferir risco por ser pouco diversificada e outra que deseja e pode aceitá-lo pois só alguns dos eventos, não todos, irão ocorrer, permitiria supor que todas as seguradoras tivessem interesse em aumentar suas carteiras quanto a todos os tipos de risco. Porém, o que se constata é que nem todas as seguradoras operam todos os riscos (ramos de seguro) e, mais ainda, verifica-se que alguns riscos não encontram tomador no mercado. Exemplo: seguro contra demissões, seguro contra reprovação em exames escolares. Além desses

riscos que não encontram “tomador”, há outros em que o tomador não garante a cobertura completa do risco. É o caso, por exemplo, do seguro de veículos automotores, em que as seguradoras impõem ao segurado o que vulgarmente se conhece como franquia, mas que, em realidade, tecnicamente é descoberto obrigatório, como forma de estimular sejam tomados cuidados especiais no evitar danos ao veículo.

Responsabilidade civil

A matéria da responsabilidade civil está, no direito privado brasileiro, centrada no art. 159 do Código Civil. Desse dispositivo resulta a obrigação do agente de indenizar a vítima de sua ação ou omissão. E, por essa obrigação, responde com seus bens, presentes ou futuros. A idéia de responsabilidade civil tem passado por modificações doutrinárias e legislativas. No século passado o paradigma da reciprocidade é que servia de base para a distribuição dos ônus entre vítima e agente.

Segundo o paradigma ou modelo da reciprocidade, se as pessoas, por força de atividade, criam mutuamente riscos entre si, não há razão para que qualquer delas, quando atingida pelo risco criado, sofrendo danos, seja compensada pelas demais. A indenização só terá lugar se alguma das pessoas criar risco intencional ou negligentemente e, com isso, agravar o risco mutuamente criado, pois, na hipótese, há diferença ou assimetria de “causação de risco” entre os participantes daquela atividade.

De outra forma, pode-se dizer que intencionalidade implica aumento da velocidade do risco dirigido a vítima determinada, o que o transforma em risco não-recíproco; logo, fora do modelo da reciprocidade.

Mesmo assim, nem sempre o causador do dano seria compelido a indenizar a vítima. Excludentes como emoção, estado

de necessidade, eram admitidas. Assim, dizem os estudiosos, a indagação era: será que o ato foi praticado sob violenta emoção, foi compulsivo? Com base na doutrina de exclusão de responsabilidade que remonta a Aristóteles — compulsão e ignorância escusável — era possível negar a responsabilidade do autor. Ou, se não sua responsabilidade, ao menos o direito da vítima à reparação. Vale indagar: se a vítima não tem direito à reparação, de que adianta a autoria?

Com a aceitação do paradigma da razoabilidade, cujo cerne está na idéia de culpa, indaga-se da culpa, do cuidado, diligência ou prudência no agir para efeito de imputação de responsabilidade quando há vítima(s). Claro que há, também aqui, situações em que se escusa o agente do dever de indenizar, mas deve-se distinguir entre situações justificadas — hipóteses que, no futuro, não serão consideradas ilegais ou erradas — e hipóteses excludentes que só se aplicam a casos concretos.

O conflito entre os dois paradigmas, o da reciprocidade e o da razoabilidade, reflete estratégia na distribuição dos ônus no sistema jurídico. Com a teoria do risco, que leva à responsabilidade objetiva, constata-se que os paradigmas se superpõem cada vez que a atividade exercida cria perigo para pessoas que não participam da criação do risco. O maior desafio está, então, em decidir, no caso de atividades como as poluentes, derramamento de óleo, poluição sonora, sobrevôo a certas áreas, uso de *jet ski* e veículos automotores, se há ou não criação de risco extraordinário e se o benefício eventual da sociedade, por força da atividade, constituiria excludente de responsabilidade. A pergunta discute a relação custo-benefício dessas atividades, e em que âmbito, e em que limites do risco é que se definem as fronteiras morais e as escalas da distribuição dos ônus entre o agente e a sociedade. A resposta que se encontra é que a tutela de minorias e de interesses coletivos deve prevalecer sobre a tutela de interesses individuais.

Explica-se, dessa forma, que, mesmo quando haja interesse de um dos lados no transferir riscos o mercado de seguros ofereça coberturas não perfeitas e completas para todos os tipos de risco.

Uma das razões para que as seguradoras ofereçam cobertura imperfeita em face de alguns riscos, como já se viu, está presa à impossibilidade de controle de alguns comportamentos do segurado após a celebração do contrato de seguro. O problema de fato existe no caso de contratos de seguro sobre a vida, seguro médico ou seguro-saúde, pois que o segurado pode não observar cuidados necessários para reduzir o risco de certas moléstias como diabetes, enfarte do miocárdio, câncer, de um lado, por exemplo, e, de outro, não se pode oferecer recompensas para as pessoas que façam dietas alimentares, exercícios ou deixem de fumar, para evitar que o risco ocorra. Depois de diagnosticada e medicada, cada pessoa tem o direito de seguir ou não as prescrições médicas, e a seguradora não tem como verificar, diretamente, o que o segurado faz. Isso pode explicar algumas exclusões nas coberturas securitárias nesses casos, além do fato de que, se não tivessem sido consideradas no levantamento de dados para elaboração do cálculo atuarial, a seguradora não terá nem arrecadado prêmios nem feito reservas técnicas que permitam fazer face aos eventos.

Seguro de responsabilidade civil

Nos tipos de seguro cuja cobertura não é completa está o seguro na modalidade responsabilidade civil. Sabe-se que quem dá causa a um dano responde com todos os seus bens, presentes e futuros. Porém, para que o risco assumido pela seguradora não seja completamente incerto no seu montante costuma-se fixar um limite máximo para a indenização a ser coberta.

Qual o risco que se visa a assegurar com o seguro mais conhecido como RC? Distingue-se responsabilidade civil, previs-

ta no art. 159 do Código Civil brasileiro, de seguro de responsabilidade civil, que é o instrumento de que se servem as pessoas para diminuir o perigo de terem seus bens sujeitos a constrição para recomposição de danos causados a terceiros. No caso do seguro, asseguram-se atos danosos decorrentes de condutas ou omissões não culposas (nem, evidentemente, dolosas).

Mas, no plano do direito, uma das dificuldades é a de explicar a responsabilidade sem culpa — responsabilidade objetiva; outra, quando há seguro, como evitar que o segurado aja de forma descuidada, já que terá outra forma, que não seus bens, para compor os danos causados a terceiros. Nesta categoria incluem-se as pessoas que possuam ou utilizam bens ou equipamentos que possam causar danos a terceiros, como é o caso de veículos automotores.

Define-se seguro de responsabilidade civil como o seguro contra o risco de ter o patrimônio ativo atingido por obrigação de indenizar vítima, obrigação, essa, derivada de ação ou omissão do segurado.¹

Função desse tipo de seguro é proteger o segurado contra a responsabilidade civil que possa ter em relação a terceiros.

1. Garrigues, Joaquín, in *Contrato de Seguro Terrestre*, Madrid, MCMLXXXIII, p. 427, explica que a definição da lei alemã diz: "En el seguro de responsabilidad el asegurador se obliga a reponer al tomador del seguro la prestación que este último ha de realizar a tercero por causa de su responsabilidad por un hecho ocurrido durante el tiempo del seguro." Por sua vez, o cc italiano, no art. 1.917, dispõe: "Nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Sono esclusi i danni derivati da fatti dolosi (2.767). L'assicuratore ha facoltà, previa comunizzazione all'assicurato, di pagare direttamente al terzo danneggiato l'indennità dovuta, ed è obbligato al pagamento diretto se l'assicurato lo richiede. Le spese sostenute per resistere all'azione del danneggiato contro l'assicurato sono a carico dell'assicuratore nei limiti del quarto della soma assicurata. Tuttavia nel caso che sia (...) L'assicurato convenuto dal danneggiato può chiamare in causa l'assicuratore".

O risco coberto é o da possível responsabilidade em que possa incorrer o segurado por ação ou omissão, não dolosas, que obriquem a ressarcimento ao atingido.

Sinistro é a realização do risco, de que resulta o dano reparável decorrente de responsabilidade do segurado. Interesse, no caso do seguro de responsabilidade civil, é o de não sofrer o dano (perda) patrimonial decorrente de obrigação de indenizar terceiro por força de ação ou omissão não dolosa. Dano é, portanto, a perda ou necessidade financeira experimentada pelo segurado ou por terceiro.

Quanto ao valor do interesse segurado, se houver objeto determinado, o valor será determinado no momento da contratação do seguro; exemplo: depositário pelo valor da coisa depositada; mandatário ou locatário em relação à coisa em comodato ou locação. Mas, quando o valor da indenização é indeterminável, porque não se sabe qual é, ou não há limite máximo a ser indenizável, já que o dano pode ser ilimitado, não há como dizer qual o interesse segurável. Isso resulta da impossibilidade de se fixar desde logo o valor do dano que possa ser causado a terceiro e que seja passível de indenização. O interesse é indeterminado e é ilimitada a responsabilidade que pode gravar os bens, presentes e futuros, do segurado.

Sem aprofundar as discussões relacionadas à apuração do dano causado, considere-se que a idéia de dano recai, usualmente, na de perda de valor de coisas, de bens patrimoniais, ou na de perda de ganhos futuros, ou seja, no dano emergente e no lucro cessante. A dificuldade de se determinar o valor de dano que possa ser causado a terceiros que, no caso de bens patrimoniais, é determinado com a realização do sinistro, demonstra que, quando se fala em dano moral, mesmo essa estimação deixa de ser possível. Ressalvam-se algumas leis, como a de Imprensa, de Telecomunicações e do Consumidor, em que há tarifação ou previsão de forma de avaliação do dano moral. Mas, como se trata, neste

estudo, de dano moral decorrente de acidente com veículo automotor, nenhuma das regras nelas deduzidas pode ser aplicada, nem mesmo subsidiariamente.

Dano moral

Alguns doutrinadores² dizem que melhor que dano moral seria dizer dano extrapatrimonial, por alcançar bens não-patrimoniais, embora possa ter repercussões patrimoniais. O interesse lesado é, por não ser patrimonial, dito moral. Segundo Jorge Mosset Iturraspe, citado pelo autor já mencionado: "El dano moral es toda modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial".³

Outros juristas dizem que se trata de sofrimento humano não resultante de perda pecuniária. A doutrina, seguindo essas linhas de raciocínio, distingue dano moral de dano patrimonial pelo efeito do dano, pois naquele o conteúdo não é dinheiro, mas dor, emoção, tristeza, sofrimento físico ou moral, a sensação dolorida do homem. Orlando Gomes, nesse sentido, afirma que, havendo repercussões ou efeitos patrimoniais, o dano deixa de ser extrapatrimonial.⁴ Nessa linha, no direito italiano o dano moral é definido, por exclusão, como todo dano que não pode ser tomado como dano patrimonial.

Já Carlos Alberto Bittar diz que "danos morais são lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de in-

2. Andorno, Luis Orlando, "La reparación del daño moral", in *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, t. XXV, Año Académico 1986, Córdoba, Argentina, 1986.

3. Andorno, ob. cit. p. 272.

4. *Obrigações*, Forense.

vestidas injustas de outrem."⁵ Por sua vez, o Min. Raphael de Barros Monteiro Filho, reportando-se a Aguiar Dias explica: "a distinção entre dano material e dano moral não decorre da natureza do direito, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão sobre o lesado". Amparado em Minozzi, completa que o dano moral deve ser compreendido em relação ao seu conteúdo, que "não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuído à palavra dor o mais largo significado".⁶

Em parecer publicado na RT 738, Galeno Lacerda se manifesta sobre indenização por dano moral no sentido de que já o Código Civil admitira a indenização, tendo, em certos casos, regrado o modo de fazê-lo. A dificuldade, salienta o jurista, está na impossibilidade de medir pecuniariamente o dano que decorre de sua natureza imaterial. Lembra que Pontes de Miranda afirma que, interpretando-se o art. 1.547 do Código Civil, incluem-se não só a injúria e a calúnia, mas outros ilícitos que ofendem a honra, como difamação, proibição injustificada de entrada em clube, cassino, restaurante, por exemplo.⁷

Como se vê, toda a discussão doutrinária sobre a admissibilidade do dano moral isolado do dano material perde sentido com a Constituição Federal de 1988, pois no art. 5º, incisos V e X, encontram-se fundamentos para que se indenize a vítima de dano moral, independentemente do dano material (inciso V do art. 5º da CF: "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano

material, moral ou à imagem"; inciso X: "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"; leia-se a conjunção alternativa *ou*, do texto, como conjuntiva *e*).

Assim, a partir do texto constitucional cessam as anteriores disputas quanto à indenizabilidade do dano moral isolado. Mas, apesar disso, remanesce o problema da natureza do dano. No caso de danos patrimoniais a compensação tem por fim repor a vítima na situação anterior ao evento.

Parece claro, portanto, que o cerne da questão da responsabilidade civil está exatamente nessa recomposição quando se discute dor, espanto, emoção. Cada vez mais, tanto as pessoas quanto os Tribunais se vêem diante de questões que envolvem o dano moral, e o reconhecimento e tutela dos direitos da personalidade como dores, tristeza, ansiedade, irritação, decorrentes de atividade social injustificada exigem resposta.

A primeira discussão sobre dano moral é quanto a saber se se trata de indenização ou não e, se for reparação, se o seguro indenitário de dano moral estará inserido na disciplina dos seguros privados. Diz Garrigues⁸ que "o seguro é o antídoto para o anticorpo que é o risco". Uma das possibilidades na discussão do seguro de dano moral seria indagar se é comparável ao seguro sobre a vida em qualquer de suas modalidades ou se se trata seguro de danos. Sem esquecer que se, no dano moral, a "indenização" tiver caráter punitivo, não haverá como segurar o risco de pagá-la. Sem dúvida, nos casos de pura indenização quando há dano patrimonial causado por ação ou omissão do segurado ou de terceiro o risco pode ser, via de regra, objeto de seguro.

Duas linhas de discussão se opõem. A primeira diz que não se repara sentimento

5. In "Reparação civil por danos morais: a fixação do valor da indenização", *Lex* 147/147

6. In "Indenização por dano moral: evolução da jurisprudência", *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva* 7, n. 2, Superior Tribunal de Justiça, 1995.

7. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. 44/63.

8. Garrigues, Joaquín, *Contrato de Seguro Terrestre*, p. 13.

com pecúnia, pois definir valor econômico para sentimentos foge a qualquer modelo de pensamento racional. Claro que se a conduta do responsável for repreensível o pagamento de alguma indenização é instrumento punitivo. E a sociedade entende que a punição tem elemento didático: previne a repetição do fato. Mas essa hipótese pode ser excluída de cobertura securitária.

Mas esse mesmo raciocínio fica mais tênue quando o dano (dor) resulta de conduta pouco cuidadosa, não voluntária do agente. Se o dano moral for resultado ou acessório de algum dano material, a cumulação da composição foi sempre mais fácil de admitir. Já quanto ao dano moral "puro", apesar de alguma doutrina entender, antes de 1988, sua indenizabilidade, os Tribunais, em geral, relutavam em admiti-la.

A pergunta-chave que se faz é a seguinte: por que a vítima deve ser monetariamente compensada por experiência que não resulte em perda patrimonial? Não pode ser como devolução de alguma coisa perdida, pois emoção, dor, não se mensuram monetariamente. Dor e sofrimento constituem, no quadro da responsabilidade civil, institutos novos e de grande carga subjetiva, pois que apenas a vítima os experimenta e são intangíveis enquanto danosos. Claro que o aleijão, a deformidade física, a perda de destreza, entre outros, podem provocar perda de receita, mas estar-se-á, em face deles, no plano da indenização patrimonial — lucro cessante. Algumas vezes até a injúria, a calúnia, podem produzir danos patrimoniais. Mas a angústia, a dor mental, podem não trazer reflexos patrimoniais e mesmo assim causar "danos" extrapatrimoniais. Imagine-se o sofrimento de alguém que perde familiar ou pessoa querida em acidente, tiroteio entre policiais e marginais. A "lesão" poderá não se refletir em seu comportamento social, nem mesmo em sua capacidade laborativa, mas o sofrimento estará presente em sua vida. Assim, como valorar, mensurar, esse sofrimento?

Outra questão a ser considerada prende-se ao "titular" da dor. Nos casos de perda de familiar em acidente, quem é o "lesado", o titular do interesse no caso de dano moral? Vale dizer, quem sente (mais ou menos) a dor, a angústia da perda do parente? O pai, a mãe, os irmãos, primos, amigos? E como se "indeniza" todos eles? Ou a "indenização" cabe apenas a alguns? Quais?

Qualquer estimativa na mensuração de danos morais pode estar baseada na idéia de que diferentes danos devem ser compensados diferentemente? Sim, se se imaginar que servem a dupla função: compensar e impedir a repetição do fato. Mas compensação equivale a precificar bens não apreciáveis economicamente. Logo, sem pensar em caráter punitivo, a "compensação" do lesado, da vítima, por dano moral (extrapatrimonial) terá caráter inibitório em face do agente causador do evento.

Também não se diga que o sistema jurídico não se ocupa de outros interesses que não os econômicos. O direito penal é prova cabal disso. Outros interesses, como a vida, saúde, incolumidade física, moral, são objeto de tutela penal. Mas a verdade é que a sociedade atual dá grande valor ao dinheiro e, dessa forma, acaba por precificar, avaliar, interesses extrapatrimoniais. Veja-se que muitos dos delitos menos graves são apenados com multa.

Seguro de dano moral

Como é que se assegura um bem ou interesse como a dor, o sofrimento, a angústia? Imagine-se alguém que, tendo receio de sofrer acidente automobilístico, deseja fazer seguro para tratamento médico, perda de receita e seguro de vida, como é que faria seguro contra a dor e sofrimento que resultassem do acidente? Quanto aos demais interesses, trata-se de capitalização e modalidades indenitárias, respectivamente. Mas dor, como medir sua intensidade e

freqüência para aplicar a ela o cálculo de probabilidades? Parece tarefa inglória, impossível, na verdade, quase que uma questão bizantina.

Já que as pessoas não conseguem assegurar a dor, esses "danos" são aqueles pelos quais as pessoas não deveriam ser compensadas, diz a teoria econômica. Isto não significa dizer que se está alheio ao sofrimento humano mas, apenas, reconhecer que dinheiro não constitui remédio para ele. Aliás, há algum remédio para sofrimento na farmacopéia além dos analgésicos?

Logo, uma tal compensação há de ser vista na função de instrumento para impedir, evitar, que o fato causador da dor se repita. Ou seja, imagina-se dor causada por terceiro, não auto-infligida nem decorrente de fatos da natureza. Um tal valor serviria, no caso do lesado, para deixá-lo em situação equivalente à que teria se não tivesse sofrido o dano — logo, a dor. Daí concluir-se que a "compensação" do lesado pelo sofrimento causado por terceiros deve ser total, pois será o instrumento eficiente para impedir novos atos da mesma espécie. Aqui, o caráter inibitório da "indenização" para o agente causador da lesão, do sofrimento.

Diante do exposto, parece claro que a discussão sobre o seguro de dano moral, sem deixar de lado a questão indenitária, compensatória ou inibitória, deve produzir, no sistema de seguros privados, o mesmo impacto que o abandono do paradigma da reciprocidade pelo da razoabilidade trouxe para o campo de responsabilidade civil.

Compensação por dano moral

Como seria possível avaliar o dano moral, precificá-lo? Uma forma de expressar essa idéia seria indagar quanto o lesado pagaria para evitar a lesão, o dano, ou, de outra forma, o que pagaria para não se sujeitar ao risco. Ou, ainda, o montante que a pessoa exigiria para suportar o dano ou o

risco. A primeira medida é conhecida como variação equivalente e limitada pela riqueza da pessoa (ninguém paga mais do que tem para evitar um dano). A segunda medida, que tem como base o montante que a vítima exigiria para suportar o dano, é conhecida como compensação exigida e tem fundamento nos bens do agente.

Afirma a doutrina norte-americana que ambas as avaliações, pré e pós-definida, não divergem substancialmente, salvo se o dano alterar de modo significativo as funções-utilidades da pessoa. Quer dizer, o que se exigiria e o que se pagaria para aceitar ou evitar o sofrimento não são valores muito díspares entre si, exceto quando do sofrimento resultarem outras conseqüências que afetem igualmente a pessoa. Na falta de estudos feitos no Brasil, melhor será não tomar essa idéia como definitiva.

Cabem, ainda, algumas observações quanto à segurabilidade do dano moral em face de aspectos de moralidade, pois é preciso saber se e como a teoria econômica pode oferecer critérios que permitam distribuir os ônus de danos. Guido Calabresi, embora aceitando que as normas legais levem em consideração a eficiência, diz que outras preferências sociais estão presentes nos sistemas que nada têm a ver com eficiência alocativa ou distributiva.⁹

Uma teoria de responsabilidade impõe se discutam conceitos de moralidade e justiça. E, para isso, o debate econômico provoca estudiosos de outras áreas. Analisando-se a reciprocidade entre dano e compensação, intencionalidade e negligência constituem paradigmas de riscos assimétricos. Negligência se aplica, em geral, a atividades quando os participantes aceitam certos riscos. Cada participante contribui para o risco tanto quanto se expõe ao risco criado pelos demais. Assim, a responsabilidade por dano deve ser ligada a risco decorrente de negligência no curso da atividade. E esse riscos podem ser objeto de seguro, atendi-

9. Calabresi e Hirschhoff, "Toward a test for strict liability", in *Yale L.J.* 2.972, pp. 1.055 e ss.

dos os fundamentos técnicos do seguro. Mas a culpa apenas não é suficiente para justificar certas peculiaridades no caso de seguro de veículos automotores.

No seguro de veículos automotores é preciso ainda considerar que há fatos em que a conduta humana nem sempre é decisiva, pois, ainda havendo diligência do segurado, o evento pode resultar de conduta de terceiros. Assim, é preciso verificar se a conduta do segurado foi prudente ou não, se há dolo que não é segurável. Ora, como a seguradora é incapaz de monitorar, fiscalizar, o motorista do veículo quanto à cautela que tome ao dirigir, e ainda que se estipulasse no contrato de seguro que o motorista só poderia dirigir cautelosamente, após o acidente como é que se demonstraria que agiu de forma perigosa? Testemunhas sempre? E se não houver?

Dessa forma, as seguradoras ficam sujeitas a resultados que decorrem do comportamento do segurado, e uma das formas encontradas de torná-los mais cautelosos é repartir os riscos dos acidentes. Daí a imposição do descoberto obrigatório de alguns tipos de seguros. Sujeitos racionais comportam-se de acordo com certos padrões conforme ficam mais ou menos sujeitos aos efeitos danosos ou benéficos que os atingem. E, segundo voz corrente da população, “o bolso ainda é o órgão mais sensível do corpo humano”.

Em resumo, independente de a seguradora poder prever o comportamento do segurado, o fato de não poder observar as ações faz com que, em alguns tipos de seguros, a cobertura — transferência do risco — seja incompleta ou imperfeita. Uma das formas de estimular os comportamentos desejados é impor ao agente algum ônus decorrente do desvio na prática das ações que faça ou aceite fazer.

De outro lado, o seguro baseia-se em dados atuariais e estatísticos que permitam estimar a probabilidade de que determinado evento segurável ocorra em dada comunidade. As séries históricas permitem, no

desenho da apólice, determinar o prêmio e o valor da indenização para o risco assumido pela seguradora.

Fazem-se observações isoladas de fato que se realiza certo número de vezes e calcula-se a probabilidade estatística de o mesmo fato ocorrer naquele período de tempo na mesma comunidade. A seguir calcula-se o valor médio dos danos sofridos por força daquele fato, e só aí as seguradoras podem calcular o prêmio a ser pago pelos segurados para tal tipo de fato ou risco.

Mas, como o segurado pode agir de forma a alterar o modelo probabilístico que deu base ao cálculo do valor do prêmio e da indenização, se a seguradora aceitar o risco integral, poderá estimular o segurado a agir de forma displicente, de modo que a seguradora acabará por perder dinheiro. Para evitar esse problema as seguradoras impõem, em certos ramos do seguro, que o segurado seja também segurador, criando um co-seguro que faz com que o agente fique subsegurado.

Não há como o segurado garantir que observará certos comportamentos que garantam que a seguradora não será afetada por eventos que alterem os cálculos atuariais anteriormente efetuados. Assim, como incentivo para estimular comportamentos com alto grau de cautela, as seguradoras só oferecem cobertura limitada para certos eventos.

O mesmo tipo de estímulo deve existir no caso de seguro de dano moral contra terceiros. Fique claro que não se vê como, fora do modelo do seguro de vida por morte, ou seja, modelo de capitalização, imaginar seguro de dano moral para o próprio segurado, especialmente cobrindo riscos “auto-infligidos”. Como garantir que a vítima tome os cuidados desejados para evitar que o evento ocorra? E se o evento ocorrer, como garantir ou estimular a vítima a tomar as medidas necessárias para minorar o dano? E como garantir que o “autor” ou responsável pelo dano aja de forma menos

agressiva se puder sempre garantir que, seja qual for o montante do dano, ele não terá que arcar com a reparação?

Parece que o dano moral, resulte de acidente com veículo automotor ou de qualquer outro fato ou ato provocado por terceiros, se enquadra nesse modelo de seguro incompleto. Haveria estímulo para os agentes que pudessem pagar o prêmio se tornarem descuidados, displicentes e, por isso, alterarem as séries que deram origem aos cálculos atuariais, influenciando sobre as reservas técnicas e podendo levar as seguradoras a situações de grave crise econômica, com prejuízo para a comunidade.

Mas, agora, põe-se a questão: quanto é que vale o sofrimento, a dor moral? É igual para todas as pessoas? E todas as pessoas, independente de classe social, de posição ou de idade, são atingidas por dano moral sempre que há acidente com veículo automotor? E se não é assim, como é que se faz o cálculo atuarial para determinar o valor do prêmio e como é que se fixam as indenizações?

Parece que o modelo do seguro forfetário ou tarifado, em que o segurado é também co-segurador, pode ser empregado para que algum tipo de compensação seja rapidamente obtida pelo lesado, que em nenhuma hipótese deverá deixar de ser ressarcido de seu sofrimento moral. Alguns eventos deverão ou poderão ser excluídos da previsão de cobertura no seguro de responsabilidade civil por danos morais, como, por exemplo, calúnia, injúria, difamação,

outros resultantes de exercício irregular de direito.

Dessa forma poder-se-á fixar parâmetros que permitam que o agente que involuntariamente cause dor, sofrimento, angústia, a outrem, e que, por isso, seja responsabilizado, possa ter algum tipo de cobertura patrimonial.

Além disso, cláusula suprimindo cobertura nas hipóteses de injúria, calúnia, difamação, propaganda comparativa enganosa, ou outras modalidades que possam ser consideradas mais arriscadas, impediria comportamentos arrojados, arriscados, sem temor das possíveis conseqüências patrimoniais para os agentes.

As seguradoras podem, perfeitamente, combinar, nos seguros de responsabilidade civil por danos, a composição por dano moral decorrente de eventos previstos. No caso específico de seguro de veículos de transporte terrestre de passageiros, combinar cobertura de responsabilidade civil por dano patrimonial e dano moral decorrente de acidente é aceitável e não encontra óbices maiores.

Qualquer outra forma de "seguro de dano moral", especialmente seguro feito pelo segurado em benefício próprio, poderá ser contrato aleatório que não tem a base técnica informadora dos seguros e, no limite, poderá ser equiparado a jogo ou aposta, com o resultado de gerar obrigação natural.