

Caso fortuito e força maior frente a técnica securitária

Flávio de Queiroz Bezerra Cavalcanti

1. ALGUMAS OBSERVAÇÕES PRÉVIAS

A humanidade sempre conviveu e sempre conviverá, com situações que escapam a sua previsibilidade ou, mesmo sendo previsíveis, irresistíveis para os recursos disponíveis. Infortúnios e catástrofes são uma constante ao lado do homem.

Afora a insatisfação pela falibilidade, e o sentimento religioso alimentado,¹ esses acontecimentos repercutem sobre a vida das pessoas e seus patrimônios, bem como impedem o cumprimento dos deveres jurídicos, surgindo o problema de atribuição desses riscos. Desde cedo surge, conseqüentemente, a necessidade de regular juridicamente a repercussão de fatos imprevisíveis ou irresistíveis.

Os ordenamentos constataam a existência desses fatos e lhes regulamentam sobre uma idéia base de que, não sendo os efeitos atribuíveis ao sujeito passivo, não pode o mesmo arcar com as conseqüências advindas. Em outros termos, o efeito decorre, por nexos de causalidade, de fato estranho à conduta do sujeito passivo, descabendo atribuir a este o resultado negativo. Não se põe na sua esfera jurídica o efeito negativo que não lhe é atribuível.² Desenvolvem-se, dentro dessa idéia geral, os conceitos de caso fortuito, força maior, fato de terceiro, ato do príncipe etc. A textura de todos assenta-se na idéia geral, grosseiramente sintetizada acima, de que não sendo evitável o efeito não se pode atribuí-lo àquele que não cumpriu seu dever por fato estranho e superior. Nessa linha, por mero exemplo, o disposto no art. 1.058, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro.

Ocorre, todavia, que a humanidade não se limitou a aguardar a atuação divina para proteção em face de fatos dessa espécie. Desenvolveu, paralelamente, técnicas e instrumentos minimizadores dos efeitos.

Na impossibilidade de prever, em particular, a ocorrência de um desses fenômenos, aprendeu e apurou técnicas para torná-los previsíveis, balizar seus efeitos, calcular a regularidade de sua repetição e as somas necessárias para suportar os efeitos patrimoniais.³

Terminou-se, assim por estabelecer meios estatísticos, permitindo avaliar probabilidades de ocorrência dos fatos e, conseqüentemente, a massa de recursos para fazer frente às necessidades. Chega-se, desta maneira, ao seguro como meio apto para socializar e minimizar os riscos.

Constata-se, nesse diapasão, que grande parte das situações da humanidade não se encontram, atualmente, no campo do imprevisível. Situam-se no campo do risco, dentro de

¹ Não nos parece a toa que o controle dos fenômenos naturais seja atribuído a divindades.

² Da análise desses não se pode deixar de constatar uma revolução da ciência jurídica, para fazer gerar diferentes efeitos quando se tratar de força maior ou caso fortuito interno ou externo, tratando as internas como integrantes do risco. A propósito vale conferir a doutrina inserta no RE 43756/SP, dentre outros.

³ A propósito, a obra de Peter L. Bernstein, de forma sagaz, tem como título "Desafio aos Deuses - A fascinante história do risco"

estatísticas e lei de probabilidades. A morte pela queda de um raio não é algo imprevisível ou decorrente dos desígnios de Tupã ou seus sucedâneos. É uma chance, um percentual, um risco estatístico e calculável, ainda que impossível de se evitar totalmente, ou de se saber sobre quem o raio cairá.

A técnica desenvolvida, e constantemente aprimorada, permite a expansão da proteção securitária ofertada, de molde a, diante da inevitabilidade dos acontecimentos, tornar possível a supressão dos seus efeitos negativos, ao menos na esfera patrimonial.

Há, ainda, um outro aspecto enfrentado mais adiante. Não se pode olvidar, também, que grande parte das atividades humanas são atualmente desenvolvidas de forma técnica e profissional, seja por pessoas naturais, seja (em volumes economicamente bastante superiores) por pessoas jurídicas, em atenção ao seus objetos sociais. Em sendo a atividade profissionalmente desenvolvida, a antevisão dos riscos normais ou excepcionais é algo plenamente possível (exigível, parece-nos) face ao cabedal de conhecimentos técnicos e a acumulação de experiência.

A questão revolvida no presente diz respeito à conjugação desses vetores, querendo discutir se os mesmos influenciam os conceitos que possuímos de caso fortuito, força maior e similares. Elegidos esses fenômenos como excludentes de responsabilidade, parece-nos imprescindível esta análise, até porque, adiantamos, não é admissível simplesmente atribuí-los o condão de excludentes quando, em verdade, estamos diante de situações de imprevidência (diferente de imprevisão), economia de custos, assunção voluntária de riscos etc. Não se pode, na época atual, com enorme elevação de riscos, permitir que a falta de cautela, mormente em atividades empresariais, permita a desoneração do dever de ressarcir o atingido, deixando para este os efeitos negativos.

2.CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR - CERNE

Não se pretende aqui uma análise exauriente das graves questões atinentes ao caso fortuito e força maior o que, por si só, exigiria trabalho específico e de maior fôlego. Importa, para os objetivos firmados, reter o núcleo dessas questões ou, menos pretensiosamente, a idéia geral que as preside, enquanto excludentes de responsabilidade por descumprimento de dever jurídico.

O nosso Código Civil prevê:

" Art. 1058 –O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos arts. 955, 956 e 957.

Parágrafo único- O caso fortuito ou de força maior, verifica-se no fato necessário cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir".⁴

Ao tempo que os elege como excludentes de dever indenizatório, idéia, de regra, mantida nos diplomas legais⁵, por quebra de nexos causal, o Código traça suas linhas conceituais de forma notavelmente sintética.

⁴ .O projeto do novo Código Civil, em curso, previa, com pequenas alterações, o "caput" do art. 1058 (projetado, art. 393). O parágrafo único, em sua exata dicção, foi objeto da emenda n.º 37 do Senado Federal.

Do conceito legal, e de resto do quanto encontramos em doutrina, constatamos residir a caracterização do caso fortuito e força maior na articulação de duas idéias, ambas indispensáveis:

a) fato inescapável ("fato necessário"⁶), e

b) impossibilidade de evitar ou impedir os efeitos deste fato (= "cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir").

Quando o fato não é necessário, sendo decorrente de má - conduta do sujeito passivo, ou de outrem por quem ele responde, não nos deparamos com caso fortuito ou força maior e sim com simples e pura inexecução. Nem a impossibilidade subjetiva, vale dizer, para aquele determinado sujeito passivo, de acordo com suas condições individuais de patrimônio, disponibilidade ou técnica, é suficiente para caracterizar o fato necessário.⁷ Fato necessário, para atender a exigência da lei, é aquele que objetivamente (= para todos) teria ocorrido de igual maneira.

A admissão dessas excludentes todavia, não decorre tão somente de um fato necessário. É preciso, como claramente se deduz da norma legal, que os efeitos (danosos ou negativos) não possam ser evitados ou impedidos. Neste ponto, aliás, reside, ao nosso ver, o núcleo central das idéias de força maior ou caso fortuito. O sujeito passivo não tem como evitar ou impedir os efeitos do fato necessário, sendo descabido, fora das hipóteses legais, que por ele responda.⁸

Nessas oportunidades, o fato não se revela como necessário e sim decorrente da conduta do devedor que, ao se encontrar em mora, provocou-o, ou ao menos permitiu sua ocorrência.

⁵ Assim por exemplo, Código Civil Italiano, art. 1256; Código Civil Português, art. 790,1; Código Civil Francês, art. 1148; Código Civil Espanhol, arts. 1105 e segs; Código Suíço de Obrigações, art. 103, seg. parte, e art. 119.

⁶ Necessário, atualmente em linguagem corrente, é utilizado com frequência como imprescindível. Na dicção do Código, todavia, aparece no sentido de forçoso, inevitável.

⁷ Despiciendo dizer que, em sendo personalíssima a obrigação, a impossibilidade subjetiva, por ex, a doença do pinto, pode vir a se caracterizar como fato necessário, por outrem não podem realizar a obrigação. Destaque-se, ainda, que o STJ tem acolhido a teoria objetiva, posto que tem dado ênfase a inevitabilidade e não imprevisibilidade (entre outros Resp. 258707/SP).

⁸ Observe-se, em verdade, que nas hipóteses em que a lei mantém a responsabilidade do sujeito passivo mesmo frente ao caso fortuito ou força maior, o efeito danoso não teria ocorrido, caso ele não tivesse, antes, falhado no adimplemento. É o que se deduz, facilmente, da alusão posta no art. 1058 as hipóteses do art. 955,956 e 957, com especial destaque a ressalva contida neste último : " art. 955 considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento, e o credor que o não quiser receber no tempo, lugar e forma convencionados (art. 1058).

Art. 956. Responde o devedor pelos prejuízos a que a sua mora der causa (art. 1058).

Art. 957 o devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria, ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada (art. 1058)."

A caracterização do caso fortuito ou força maior exige de maneira imprescindível que os efeitos não possam ser evitados ou impedidos pelo devedor. Agostinho Alvim, com sua sempre notável clareza, situa este requisito na idéia do "fato necessário", asseverando:

"A análise da definição do Código consistirá, principalmente, no estudo da necessariedade do fato, cujos efeitos não seja possível evitar ou impedir.

Há na prática, muito equívoco, acerca do que se deva entender por fato necessário.

A geada, o roubo à mão armada, o atraso de trens, são fatos necessários?

Nem sempre.

A necessariedade do fato há de ser estudada em função da impossibilidade do cumprimento da obrigação e não abstratamente.

Suponhamos que uma pessoa, durante certo lapso de tempo, guarde em casa uma grande soma, que deve entregar a alguém, e ladrões, sabedores do fato, roubem o dinheiro, em condições tais que fosse impossível impedir.

Nesta hipótese, a não ser que as circunstâncias especiais do caso aconselhem outra solução, não se poderá admitir a escusa, com base em caso fortuito.

Com efeito, se não era possível a defesa atual contra os ladrões, era possível, em todo o caso, prevenir o acontecimento, recolhendo a um Banco, pelo tempo que fosse necessário, a importante soma que se tinha em casa.

Outro exemplo: alguém, obrigado a estar numa cidade às "tantas" horas, deixa de comparecer e escusa-se com o atraso do trem.

É claro que não lhe era possível impedir o atraso; mas uma simples cautela da sua parte teria evitado que a obrigação não fosse cumprida. Prevendo a possibilidade de atraso, o devedor teria cumprido a obrigação se fosse de véspera, ou em outro trem, mais cedo.

Em nenhum desses casos terá havido no sentido legal, impossibilidade de afastar o evento que impediu de cumprir a obrigação, e isso porque o não-cumprimento se deu, em ambos os casos, por imprevidência, ou falta de cautela".⁹

Conquanto, ao nosso ver, a questão deva ser deslocada para a segunda parte do dispositivo legal, não há o que discordar das conclusões acima. A possibilidade de supressão dos efeitos elide a caracterização das excludentes de caso fortuito e força maior. Não é diversa a idéia que encontramos em outros juristas de escol, como se vê, por exemplo, nas anotações de Pontes de Miranda:¹⁰

"Fato necessário está, aí, por fato cuja determinação se procede sem que o devedor possa afastar, em suas conseqüências. Se o fato é necessário, mas o devedor pode evitar ou impedir os seus efeitos, não há caso fortuito por força maior.

A Lei frisa o elemento da inevitabilidade das conseqüências.

⁹ Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências, p. 326.

¹⁰ Tratado de Direito Privado, T. XXIII, p. 84.

Não se trata de ser impossível evitar ou impedir o casus, mas sim os efeitos do casus." 11

Igual confirmação se obtém do exame do tratamento pretoriano, posto que a nota caracterizadora, pelo entendimento amplamente predominante do Superior Tribunal de Justiça, é a inevitabilidade e não a imprevisibilidade.

A inevitabilidade, sempre destacada, é, como anotado por Pontes de Miranda, dos efeitos. Efeitos, acrescentamos, lesivos ao patrimônio do credor.

3- EFEITOS IMPOSSÍVEIS DE EVITAR OU IMPEDIR.

O fato necessário, ou seja, aquilo que torna impossível evitar ou impedir, não nos parece oferecer maior dificuldade conceitual, merecendo atenção o que são estes efeitos, não-impedidos ou evitados por pura impossibilidade.

De uma forma excessivamente singela, pode-se dizer que o efeito a ser evitado seria o descumprimento. De fato, houvesse o cumprimento não haveria o porque se falar de caso fortuito ou força maior. Não nos parece que o simples fato de não ter sido possível cumprir (leia-se, evitar ou impedir o não cumprimento) seja bastante para caracterizar o caso fortuito ou força maior.

O dever jurídico, ao não ser cumprido, provoca uma redução no patrimônio do credor. É exatamente o que, de regra, leva a parte inadimplente a ser obrigada a indenizar, recompor o patrimônio, reduzido pelo não cumprimento. A constatação de caso fortuito ou força maior obstaculiza a conversão do dever inicial em dever indenizatório.

De forma finalística, portanto, parece-nos que o efeito é o dano. A lei não diz, e, pensamos nós, não quis dizer: se não pôde ser cumprido. Os termos legais são: "o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior..." (art. 1058, "caput")

É razoável, ao nosso ver, entender que, se é possível evitar ou impedir o prejuízo (= efeito), não há como se caracterizar o caso fortuito ou força maior. Ou seja, mesmo que a parte não tenha podido cumprir o dever, quando ela pode evitar o prejuízo, não se trata de caso fortuito ou força maior.

4- A TÉCNICA SECURITÁRIA E O DESAPARECIMENTO DOS EFEITOS.

Os contratos de seguro têm por função básica proteger o segurado ou terceiro beneficiado de eventos danosos. Traçada a cobertura da apólice, a ocorrência dos fatos previstos, ou não excluídos, enseja o ressarcimento do dano, dentro do valor segurado.

Seja em uma concepção mais tradicional, como contrato aleatório, seja na posição mais inovadora, de contrato comutativo, no qual a prestação da seguradora é certa, garantia,

¹¹ O mesmo autor, mais adiante, analisando doutrina e jurisprudência, sintetiza: "imprevisível, com evitabilidade das consequências: Culpa-previsível, com evitabilidade das consequências: Culpa "(ob. Citada, p. 88).

12a função do contrato é suprimir os efeitos do ato danoso, ao menos quanto ao seu conteúdo econômico. 13

Observa-se, assim, que a razão de ser do contrato de seguro vem de encontro ao ponto nodal de nossa questão. O seguro suprime os efeitos econômicos dos fatos imprevisíveis (em particular) ou irresistíveis. Ora, em havendo apólice cobrindo o fato ocorrido, estava disponível para o contratante o instrumento jurídico para evitar o efeito danoso.

Em outros termos, quando o mercado segurador oferece cobertura que garanta os riscos, não se pode dizer que esses riscos se situam no âmbito da imprevisibilidade ou da inevitabilidade.

Não apenas se trata de acontecimento previsível (em geral) como sua incidência já foi estatisticamente apurada, submetida a cálculos atuariais e colocado sob proteção contratual.

Não podem, por outro lado, serem vistos como inevitáveis. O fato em si pode até ser inevitável. Mas suas conseqüências, diferentemente, são evitáveis. E, repetimos o antes exposto, a lei desejou caracterizar como caso fortuito ou força maior as situações em que o prejuízo é inevitável.

O fato que dispõe de proteção securitária tem suas conseqüências evitáveis, não podendo ser invocável, ao nosso entender, o caso fortuito ou força maior pela parte, quando do seu acontecimento.

5- FUNDAMENTOS DO DEVER DE RESSARCIR E FUNDAMENTOS DAS EXCLUDENTES- DESCOMPASSO EVOLUTIVO.

Não se pode olvidar que as idéias de caso fortuito e força maior, tais quais postas no Código Civil, foram pensadas e reguladas dentro de um determinado sistema de responsabilidade civil. Este, atualmente, não é mais exclusivo e sim cada vez mais enfraquecido.

A textura do caso fortuito e força maior está, dessa maneira, intimamente ligada à idéia de culpa, elemento primordial da responsabilidade subjetiva acolhida no nosso Código Civil.

São os mesmos excludentes da responsabilidade civil por quebrarem o nexo de causalidade, impedindo estabelecer relação de causa e conseqüência entre uma ilicitude e um fato¹⁴. Afastam a culpa do agente, como elemento provocador do dano, conforme síntese feliz de Vieira Netto, para a cátedra paranaense:

"O que desejamos acentuar ainda, ao finalizar estas observações, é que esse fortuito – na época do contratualismo e da culpa – resume-se ao fato inevitável, irremovível, como se vê do art.

¹² . Para uma síntese dessas duas correntes, ver, por todos, Ernesto Tzirulnik, Estudos de Direito do Seguro, São Paulo; ed. Max Limonad

¹³ Óbvio, assim, que nos encontramos na esfera dos seguros de danos e não na seara dos seguros de pessoas.

¹⁴ Muitas vezes denominamos essas situações como excludentes. Em vero, não excluem. Evitam antes a própria formação da obrigação. É um dado a menos no suporte fático e não um dado a mais, excluindo o dever de indenizar.

1.058, parágrafo único do Código. Sem dúvida aqui também se debatem o subjetivismo (fortuito= não culpa), de que são partidários RIBAS, SPENCER VAMPRÉ, ESPÍNOLA e outros, e a corrente objetiva, representada entre nós em CARVALHO DE MENDONÇA (M.I), LACERDA e outros.(131) 15

Na Responsabilidade Contratual¹⁶ a culpa é presumível pelo descumprimento. A presença de caso fortuito ou força maior mostra a inocorrência do ilícito relativo.

Nos mesmos moldes, essas idéias são aplicáveis quando se alteram os pressupostos da responsabilidade civil? Não nos parece possível manter os conceitos sem sofrerem também alterações evolutivas.

O caso fortuito e a força maior permanecem, ao nosso entender, como excludentes. Não, todavia, quando eliminarem a culpa do agente, pela não ocorrência de ilícito. São excludentes, e como tal invocáveis, quando o resultado danoso econômico não puder ser imputado à esfera de conduta do agente.

Da mesma forma que as raízes mais fortes da responsabilidade civil se firmam hoje em prognósticos econômicos: risco-proveito, alocação de custos, repartição dos ônus etc, o fundamento de validade das excludentes também se situará em plano diverso d'outrora.

Há força maior ou caso fortuito quando for externo, fora da linha de atuação do sujeito. Vale dizer, quando o resultado econômico negativo experimentado por outrem não possa se vincular a ele.¹⁷

Quando, ao contrário, o resultado econômico a ele possa se ligar, não há quebra de nexos causal.

Explicitamente, quando, por exemplo, o dano decorreu da não contratação de um seguro, não se pode falar em exclusão do nexos causal. Mesmo que se trate de um fato de natureza a danificar uma obra em curso, v.g. uma enchente, o dano não encontra aí razão de sua ocorrência. Encontra causa de existir na não contratação de seguro para amparar aquela situação, salvo, obviamente, em não existindo apólice com cobertura desse jaez.

Deixar que evolua a idéia de responsabilidade civil, sem paralelamente efetuar nova leitura das excludentes, é provocar grave e inadequado descompasso científico entre dois conceitos interdependentes ontologicamente.

6- EM REFORÇO- RÁPIDA LEMBRANÇA DA IDÉIA DE DANO.

Uma breve recordação da idéia de dano reforça, ao nosso ver, as questões aqui expostas. Comumente se confunde dano com objeto atingido.

¹⁵ ..O Risco e a Imprevisão, 2ª ed., 2ª tiragem, p. 59, ed. Jurua

¹⁶ Empregamos a terminologia (responsabilidade contratual), não obstante nossas sérias restrições, face à consagração de seu uso.

¹⁷ "Portanto, o acontecimento há de ser externo, porque o acontecimento interno, oriundo da falta de cautela e precaução do devedor no exercício do seu mister, não constitui causa de exclusão de responsabilidade" (RESP 160369/SP)

Sabe-se, porém, que o dano não é o bem da vida lesado e sim o efeito decorrente da lesão. Nas palavras do mais festejado jurista na matéria, com apoio na doutrina de Hans Alberto Fischer, o dano tem uma concepção jurídica própria e "vem a ser o prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em consequência da violação destes por fato alheio."¹⁸

Estamos, assim, sempre tratando de efeitos, não do objeto.

Evitando-se o efeito, evita-se o dano, em sentido técnico. Reparar o dano é tentar apagar seus efeitos. Caso fortuito e força maior, nesse diapasão, é aquilo que torna inevitável o dano, vale dizer, o efeito da lesão.

7- ROUBO DE CARGAS – SITUAÇÃO PARADIGMÁTICA.

Ao nosso ver, a situação que enfeixa as idéias resumidamente defendidas no presente, é a referente aos roubos de carga em transporte.

O Superior Tribunal de Justiça, via de regra, acolhe o roubo como caso fortuito:

"Automóvel. Roubo ocorrido em posto de lavagem. Força maior. Isenção de responsabilidade.

O fato de o artigo 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas.

Aplicação do artigo 1.058 do Código Civil.

A inevitabilidade e não a imprevisibilidade é que efetivamente mais importa para caracterizar o fortuito. E aquela há de entender-se dentro de certa relatividade, tendo-se o acontecimento como inevitável em função do que seria razoável exigir-se." (RESP 120647/SP)

E assim tem tratado o roubo de cargas transportadas, e.g.:

"Direito Civil. Transporte de mercadorias. Roubo. Força Maior. Exclusão da responsabilidade do transportador de indenizar regressivamente a seguradora que cobriu os prejuízos do contratante do transporte. Precedentes da corte. Recurso desacolhido.

A presunção de culpa de transportadora pode ser ilidida pela prova da ocorrência de força maior, como tal se qualificando o roubo de mercadoria transportada, com ameaça de arma de fogo, comprovada a atenção da ré nas cautelas e precauções a que esta obrigada no cumprimento do contrato de transporte."

"Transporte de mercadoria. Roubo da carga durante o trajeto do veículo. Responsabilidade do transportador. Força maior.

A presunção de culpa do transportador pode ser elidida pela prova da ocorrência de força maior (Decreto n.º 2.681/912, art. 1º., par. 1º).

O roubo da mercadoria em trânsito, uma vez comprovado que o transportador não se desviou das cautelas e precauções a que esta obrigado, configura força maior, suscetível, portanto, de excluir a responsabilidade, nos termos da regra jurídica acima referida.

¹⁸ José de Aguiar Dias, da Responsabilidade Civil, vol. 2, pp. 794/795, Forense, 1983

Recurso não conhecido". (RESP 43735/SP)

Entendimento diverso pode ser colhido em outros tribunais, v.g.:

"Seguro- transporte de mercadorias- ação de seguradora contra transportadora- roubo da coisa transportada – irrelevância – responsabilidade caracterizada.

O transporte de mercadorias é obrigação de resultado, e não pode quem assuma tal incumbência, safar-se da obrigação de reparar o dano escudado na ação criminosa de terceiros."(Ap. 339.991 – 7ª Câmara – 1º TACSP - j. 23.4.85 –in RT 597/129)

"indenização – ressarcimento de danos -transporte de carga – risco previsível – estrada preferida por assaltantes- transportadora já havia sido vítima de casos iguais – cautelas não tomadas – inoocorrência de caso fortuito ou força maior – artigo 1.058 do Código Civil – reembolso devido à proprietária da carga – procedência da ação – recurso não provido.

(...)

A rigor, portanto, ainda que admitida a possível ocorrência de assalto, não pode o apelante escapular à responsabilidade alegando força maior (Revista dos Tribunais 571/129). É entendimento uniforme que o transportador assume a obrigação de resultado, qual seja, a de entregar a mercadoria no local de destino, assumindo, também, elementarmente, o dever de guarda e custódia das mercadorias transportadas "(RT 578/155). O dever da ré e do denunciado em reembolsar a autora é inarredável e foi corretamente fixado na respeitável sentença que não comporta nenhum reparo."(Ap. 394.021- 6ª Câmara Esp. 1º TAC SP –J 06.07.88 in JTACSP- LEX 113/154)

Em verdade, e infelizmente, o roubo de cargas transportadas é fato absolutamente previsível e com riqueza de dados estatísticos.

Em excelente trabalho sobre o tema, no qual pugna com fortes argumentos pela responsabilidade do transportador em caso de furto ou roubo da carga, Maurício Silveira, destaca a "precisão de informações dominadas pelo mercado transportador", passando a demonstrar detalhadamente os números referentes ao problema.¹⁹

A razão da não contratação de seguros com esta cobertura se situa em outro ponto, qual seja, em razões econômicas. Augusto Hauber Gameiro destaca:

"A última hipótese de que trata esta pesquisa é a de existir um desinteresse natural por parte de alguns transportadores, referente à utilização de seguros para cargas, ou seja, além dos problemas citados até o momento – que podem impedir e/ou dificultar o acesso das empresas transportadoras ao seguro – devem existir, também, casos em que tais serviços não são demandados, simplesmente por não interessarem aos potenciais demandantes.

Na realidade, a própria concepção de gerência de risco prevê a opção pela retenção do risco pelo do "não-seguro".²⁰

...

"Como já comentado no início deste item, a escolha pelo "não-seguro" faz parte da concepção de gerência de risco, que implica em uma decisão voluntária por parte dos indivíduos ("desinteresse" pelo seguro)." ²¹

¹⁹ Responsabilidade Civil do Transportador de Cargas, inédito, p. 23 e segs. As decisões antes transcritas, em sua maior parte, foram retiradas deste trabalho.

²⁰ A Demanda por Seguro e o Roubo de Cargas no Transporte Rodoviário Brasileiro, ed. FUNENSEG, p.p 87/88.

Estamos, conseqüentemente, diante de uma situação na qual o evento é previsível, há apuração estatística de suas probabilidades e existe apólice de seguro para fazer desaparecer os efeitos danosos. A não contratação se localiza na esfera da decisão econômica, maior lucro ou maior competitividade, transferindo o risco para o usuário do serviço de transporte, caso mantido o atual posicionamento.

Em reforço, Maurício Silveira destaca, em outro ângulo, a incongruência da existência de cobertura securitária com a aceitação da caracterização de caso fortuito ou força maior, a realçar com exatidão:

"Já o RCFDC – Seguro Facultativo de Responsabilidade Civil por Desaparecimento de Carga – é um produto disponível no mercado segurador que permite ao transportador garantir-se contra a responsabilidade civil exsurgida do roubo de mercadoria sob sua custódia.

Reitera-se, neste momento, a pergunta anteriormente realizada: é sensato existir um seguro de responsabilidade civil por fato equiparável juridicamente à força maior?

Se essa equiparação fosse consistente, a resposta certamente seria negativa, pois o risco assegurado seria impossível, nulo, nenhum, inexistente. E o risco é a causa e o objeto do contrato de seguro (art. 1.432, do Código Civil)

Mas, já se salientou anteriormente, o produto existe e muitos transportadores contratam esse seguro. Outros, à sombra da impunidade que alberga a mencionada equiparação maniqueísta entre o roubo e a força maior, economizam o prêmio que dispenderiam para a sua contratação."22

Nesse quadro, não há como acolher o efeito decorrente de furto ou roubo de carga como caso fortuito ou força maior. A não contratação de seguro desse jaez é mera opção econômica, acarretando para o transportador responsabilidade na ocorrência do evento.

De igual forma, entendemos em todas as hipóteses nas quais há cobertura securitária para impedir o efeito danoso e ela não é a contratada. Ao buscar aparentes vantagens econômicas, traz o sujeito para si os riscos de sua opção, mormente quando o fato se enquadra como elemento da infortúnica própria de sua atividade empresarial.