

SEGURO E PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

*Palestra proferida em 04 de junho de 2.004 por ocasião do Seminário
"CONTRATO DE SEGURO NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO" organizado pela
Escola Paulista da Magistratura e pelo Instituto Brasileiro de Direito do Seguro*

INTRODUÇÃO

A nova face do mundo

O princípio da precaução

O princípio da precaução e o seguro

INTRODUÇÃO

Por ocasião de uma Conferência sobre a Conservação dos Recursos Naturais realizada no distante 1908, *Théodore Roosevelt* manifestou uma inquietação cuja pertinência seria acentuada pelo transcorrer do tempo:

"Enriquecemo-nos pela utilização pródiga dos nossos recursos naturais e podemos, com razão, orgulhar-nos do nosso progresso. Chegou porém o momento de refletirmos seriamente sobre o que acontecerá quando as nossas florestas tiverem desaparecido, quando o carvão, o ferro e o petróleo se esgotarem, quando o solo estiver mais empobrecido ainda, levado para os rios, poluindo as suas águas, desnudando os campos e dificultando a navegação."

Sáimos de 1908 e voltamos para 2004. Os principais desafios a serem vencidos pela humanidade neste século

XXI apresentam elevado grau de dificuldade. No entanto, é de se assinalar que se os mesmos forem superados, certamente ingressaremos num novo patamar da nossa evolução. A hipótese contrária traz em seu bojo o espectro do nosso perecimento.

Primeiramente, ousou dizer que será preciso os desvios que nos são propostos de vez em quando por pseudo-cientistas que abandonaram a persecução da verdade para se porem desfrutáveis diante das forças de um tal “mercado”, ente abstrato, sem identificação, sem rosto, mitificado pelos nossos meios de comunicação em massa.

Adotada tal postura, haveremos de encarar os desafios que se apresentam; comecemos por reduzir a poluição e lutar contra a desordem climática global, problema que se encontra na ordem do dia.

Protejamos, outrossim, a biodiversidade e detenhamos o esgotamento dos recursos naturais, sobretudo da água potável.

É preciso frear a erosão dos solos e a desertificação progressiva.

Causa-me incômodo constatar que estou a repetir, muito embora sem a mesma autoridade moral, intelectual e política, a advertência que *Theodore Roosevelt* fez há noventa e cinco anos.

A diferença é que a perigosíssima degradação ambiental era ainda uma cogitação na cabeça do ex-presidente dos Estados Unidos. Hoje ela é de uma evidência alarmante, ainda que desgraçadamente menosprezada por quem ocupa hoje a mesma cadeira que *Roosevelt* ocupou no início do século XX.

O bom senso e a racionalidade escasseiam progressivamente. Demonstração disso é o fato de que estamos longe de superar um desafio que a lógica apontaria como de fácil resolução: é preciso que sejamos capazes de alimentar num futuro não muito distante cerca de 8 a 10 bilhões de seres humanos habitantes deste planeta treloucado.

Pois bem.

A produção planetária de alimentos básicos representa mais de 110% (cento e dez por cento) das necessidades mundiais, o que é indicativo de *sobra*. No entanto, 30 (trinta) milhões de pessoas continuam a morrer de fome a cada ano, e mais de 800 (oitocentos) milhões encontram-se subnutridas.

A questão não é puramente *técnica*. Trata-se de dialogar com ou, se for o caso, **enfrentar** um poder econômico que se impõe globalmente, exibindo sua indiferença quanto à cor partidária dos comandos políticos nacionais e, seja lá onde for, esmagando

todos os instrumentos de defesa da cidadania em nome de uma pretensa racionalidade financeira.

Trata-se de um Poder que tem o rosto de muitos e de ninguém. Ele também não tem nome.

Há alguns séculos atrás, as monarquias absolutistas valiam-se de uma abstração poderosa como fonte de sua pretensa legitimação: o poder dos reis adviria da outorga divina.

Hoje, o *dom divino* dos monarcas pós-modernos, que se ocultam sob um véu opaco, encontra sua pretensa legitimidade num predomínio da razão financeira sobre a razão política e jurídica, predomínio que é vendido à platéia como tendo o predicado da inexorabilidade.

Foi em obediência aos seus editos que nós aguçamos as desigualdades. Em 1960, os 20% mais ricos da população mundial dispunham de uma renda trinta vezes mais elevada do que a dos 20% mais pobres, o que já se mostrava um escândalo. Hoje, passados pouco mais de quarenta anos, a renda dos ricos em relação à dos pobres não é mais trinta, mas **oitenta e duas vezes** mais elevada. Dos 6 bilhões de habitantes do planeta, 5,5 bilhões passam necessidades ao passo que 500 milhões vivem confortavelmente.

Os hereges que não professam a religião dos plutocratas só têm podido ironizar o permanente “estado de nervos” dos nossos “mercados”, dos que entoam seus mantras por meio de supostos analistas financeiros, os pastores midiáticos do fundamentalismo financista.

Millôr Fernandes teria, certa vez, indagado ao infinito: “*Por que será que todas as pessoas de bom senso pensam exatamente como eu?*” Temperava com o seu humor o que *Descartes* já havia observado no seu *Discurso sobre o método*: “*o bom senso é a coisa melhor dividida no mundo, pois cada um se julga tão bem dotado dele que ainda os mais difíceis de serem satisfeitos com outras coisas não costumam querê-lo mais do que têm.*”

Sendo assim, como estarei a falar de precaução, vou me atrever também a dar a minha versão do que seja o “bom senso”.

Não se nega o que foi assinalado pelo professor CALMON DE PASSOS por ocasião do I Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho”, organizado pelo IBDS em setembro de 2.000 nesta Capital paulista. De fato, *o risco se fez integrante do próprio modo de ser da sociedade contemporânea*, eis que “*relacionado 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.”¹

É preciso correr riscos na vida. O problema é que há uma certa filosofia do risco vigente neste mundo pretensamente moderno por meio da qual cometemos o equívoco de suprimir da esfera das decisões, sejam elas políticas, econômicas ou estritamente pessoais, uma virtude que nossos avós cultuavam sob o nome de *temperança*.

Correr riscos é fruto de decisão caso a caso, não se trata de obrigação pré-estabelecida e de caráter geral. No plano coletivo, levando-se em conta a dinâmica da sociedade moderna, conviria uma séria reflexão a respeito, eis que:

1) precisamos identificar, com a máxima precisão e transparência possíveis, os riscos que estamos correndo (muitas vezes sem o saber, tal como a criança que numa praia faz uso de um inocente bloqueador solar e acaba, numa loteria às avessas, contraindo uma Síndrome de *Steven-Johnson* que pode conduzi-la à morte);

2) precisamos identificar aqueles que vêm tomando decisões atinentes a riscos que atingem toda a coletividade, de modo a perquirir-lhes mesmo a legitimidade para tanto;

¹ O RISCO NA SOCIEDADE MODERNA E SEUS REFLEXOS NA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E NA NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE SEGURO *in Anais do I Fórum de Direito do Seguro “José Sollero Filho”*, Ed. Max Limonad, pág. 12

3) precisamos democratizar e iluminar a escolha dos riscos aos quais tenhamos que nos submeter em nome de um necessário progresso que também tenha seus efeitos democratizados.

Falaremos aqui do contrato de seguro e de um elemento que lhe é essencial, justamente o *risco*, para avaliarmos o impacto que uma certa postura diante dos diversos riscos, especialmente os de natureza ambiental, tende a produzir na estruturação de tal avença.

Esboçaremos, assim, alguns efeitos que o chamado *princípio de precaução* tende a produzir na disciplina jurídica do seguro. Veremos que a postura diante dos riscos, que vem no bojo de tal princípio, produz conseqüências em desfavor de determinadas situações econômicas, abalos de ordem patrimonial que reclamarão técnicas de solidariedade social visando a dispersão de seus efeitos deletérios.

Haveremos de ser cuidadosos.

Atentaremos para a advertência do Prof. *Luc Mayaux*, docente na Universidade de Lyon e diretor do Instituto de Seguros ali sediado: o *princípio de precaução* é uma dessas noções novas que desconcertam o jurista clássico.²

² RÉFLEXIONS SUR LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION ET LE DROIT DES ASSURANCES, *in* *Révue Générale du droit des assurances* n. 2, 2003, publicado pela Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Temos consciência também de que o simples fato de considerar a existência de tal princípio pode provocar urticárias naqueles que julgam que a política e o direito devem estar submetidos à conveniência das grandes corporações, em especial no que tange à busca dos lucros, e que na busca deste não deve ser admitida nenhuma barreira.

Ignoremos tais obstáculos e passemos ao que interessa.

A nova face do mundo

Aguçou-se a partir da segunda metade do século XIX e da revolução industrial todo um processo de destruição paulatina dos meios naturais. Sob o manto de uma certa noção de “progresso”, atividades predatórias e devastações contínuas foram infligidas ao meio ambiente.

Assistimos, durante o transcorrer do século XX, a uma urbanização galopante e caótica, a um desmedido desflorestamento tropical, à crescente poluição de mares e rios, ao aquecimento global, ao empobrecimento da camada de ozônio, ao fenômeno da chuva ácida.

Vemos também que o ser humano conquista o poder de modificar-se geneticamente. Assistimos ao iminente advento da clonagem humana sem que estejam ainda fixados os limites cuja transposição possa ser perigosa.

Por outro lado, o mercado internacional assiste à chegada de organismos manipulados geneticamente. Ainda não foram respondidas, quanto a este tópico, algumas perguntas fundamentais: para quem, e com que finalidade, a comercialização dos transgênicos se põe na ordem do dia? Seriam mesmo necessários, na medida em que a produção de alimentos em escala planetária apresenta sobras?

No ano passado, metade da população mundial defrontou-se com o problema da escassez de água potável.

Alguns órgãos de imprensa, com destaque no Brasil para a revista “*Carta Capital*” em seu número 280, reproduzindo reportagem trazida pela inglesa *The Observer* e também pela *Fortune*, noticiaram a existência de um relatório a propósito das mudanças climáticas em curso elaborado pelo *Pentágono* norte-americano com conclusões realmente inquietantes:

a) até 2007, chuvas torrenciais destruiriam barreiras costeiras e tornariam grande parte da Holanda inabitável. Cidades como Haia seriam abandonadas. Na Califórnia, barreiras no rio Sacramento seriam rompidas, interrompendo o sistema de aquedutos que leva a água do norte ao sul;

b) o acesso à água tornar-se-ia um campo de batalha. Os rios Nilo, na África, o Danúbio na Europa e o Amazonas na América do Sul são mencionados como prováveis zonas militarizadas a médio prazo;

c) até 2.010, nos EUA e na Europa, haveria um aumento de 33% nos dias com temperatura acima de 32° C. O clima começaria a perturbar a economia à medida que chuvas, secas e ondas de calor trariam o caos à agricultura;

d) mais de 400 milhões de pessoas em regiões subtropicais estariam em grave risco;

e) megassecas afetariam os celeiros do mundo, incluindo o Meio-Oeste norte-americano, onde fortes ventos provocariam a erosão do solo.

f) no tocante ao contingente populacional chinês, a sua demanda por alimentos torna-lo-iam particularmente vulnerável. Bangladesh ficaria quase inabitável devido à elevação do nível do mar, que contaminaria seus suprimentos de água doce.

Não devemos, é verdade, ignorar os recorrentes exageros de certos militantes ambientalistas; podemos, inclusive, nutrir uma saudável desconfiança para com certas previsões

emanadas de “*cartomantes recheadas de álgebra*” (expressão feliz cunhada pelo falecido Mário Henrique Simonsen).

No entanto, é de se realçar que os exageros apenas acrescentam cores mais fortes, próprias de quem “aumenta, mas não inventa”; mas não desmentem a realidade fática: o crescimento econômico não é ilimitado e, se não for objeto de controle e de adequada gestão, deixará o mundo literalmente esgotado.

O princípio de precaução

Lembra-nos MARIA LUIZA MACHADO GRANZIERA³ que “*tecnologicamente falando, os impactos no ambiente não se detectaram de uma só vez, de forma global. Foram descobertos aos poucos, alguns tardiamente, como é o caso da camada de ozônio, em que se utilizou o CFC – cloro-fluorcarbono – como uma substância inerte ao ser humano e ao meio ambiente, sem perceber que ela causava dano à camada de ozônio que envolve o planeta e o protege da radiação do Sol.*”

Assim é que, com o intuito de evitar novas surpresas do mesmo modo lamentáveis em matéria ambiental, a comunidade internacional, através de seus representantes políticos, passou a discutir abertamente a adoção de certas posturas de

³ DIREITO DE ÁGUAS – *Disciplina Jurídica de Águas Doces* – Editora Atlas S.A. – São Paulo – 2003 – 2ª edição – págs. 50/51

precaução diante da mera possibilidade de danos ao meio ambiente e à saúde das pessoas.

Praticamente desconhecido até meados dos anos 90, o “*princípio de precaução*” tornou-se, com o rumoroso caso da *vaca louca* no Reino Unido, uma expressão popular na Europa. Alguns governos, em especial o francês e o alemão, passaram a justificar sistematicamente as suas decisões em matéria de segurança alimentar ou sanitária pelo referido princípio. Invoca-se a sua aplicação nos domínios mais heterogêneos (clima, camada de ozônio, fauna, flora, pesca, organismos geneticamente modificados, saúde, alimentação, até as condições de utilização de armamentos nos campos de batalha). Em breve, como diz FRANÇOIS EWALD, não haverá quem não se julgue obrigado a agir por precaução.

Tal princípio, na verdade, surgiu no começo dos anos 70 no contexto europeu, a fim de colocar o meio-ambiente no centro das políticas públicas, vindo a tornar-se sinônimo de política de segurança, qualquer que fosse o seu objeto.

O princípio de precaução, dizem alguns, exprimiria valores de uma sociedade que recusaria a inovação e desejaria o “*risco zero*”. Para outros, refletiria uma filosofia geral da responsabilidade que devemos opor a toda pessoa que venha a submeter outras a graves riscos.

Justifica-se tal preocupação na medida em que certos riscos, sobretudo na esfera ambiental, dizem respeito a possíveis danos que podem ser irreversíveis ou mesmo irreparáveis, com a percepção de seus efeitos prolongando-se no tempo.

Assim é que diante da impossibilidade de respostas adequadas e eficazes pela administração pública no sentido da reposição do *status quo ante* (como se dá após a devastação de uma floresta antiqüíssima com seus milhares de ecossistemas e suas peculiares funções necessárias ao equilíbrio ambiental), os diversos ordenamentos jurídicos passaram a consagrar, por decisão política e jurídica, o princípio da precaução que, em matéria ambiental, teve sua grande expressão no Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, promulgado em 1992:

“Para proteger o meio ambiente medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves e irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando prevenir a degradação do meio ambiente.”

No que diz respeito à nossa ordem constitucional, o legislador de 1.988 já havia cuidado de consagrar em dois artigos a preocupação com o meio ambiente; na ordenação econômica e financeira, o art. 170 estabelece que esta, *“fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos*

existência digna, conforme os ditames da justiça social” mediante a observância de diversos princípios, entre os quais o da **defesa do meio ambiente** (CF, art. 170, VI).

No capítulo VI do Título VIII, dedicado especificamente ao meio ambiente, o texto magno estabelece no art. 225 que *“todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”*

Na feliz percepção de ÉDIS MILARÉ, tal esfera de preocupação, lado a lado com a proteção ao consumidor, funciona como limite à livre iniciativa.⁴

Dentre os diplomas legais que consagram a tutela do meio ambiente, há que se destacar:

a) a Lei 6.938, de 31.08.1981, chamada Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que estabeleceu o princípio da responsabilidade objetiva ao impor ao poluidor, independentemente da existência de culpa, a obrigação de reparar os danos ambientais;

b) a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1.985, disciplinadora da ação civil pública como instrumento processual

⁴ DIREITO DO AMBIENTE – doutrina, jurisprudência, glossário, 3ª edição revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, pág. 63

específico para a defesa do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, por meio da qual associações civis ganharam força para provocar a atividade jurisdicional de modo a frear ações lesivas aos mesmos;

c) a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1.998, a chamada “Lei dos Crimes Ambientais”, inovou ao concretizar a promessa insculpida no parágrafo 3º do art. 225 da Constituição Federal, qual seja a de incluir as pessoas jurídicas como sujeitos ativos de crimes ambientais, impondo superação ao dogma segundo o qual tais entidades não poderiam delinquir;

d) as Leis Federais n. 9.433/97 e 9.984/2000, que traçam a política nacional de recursos hídricos, vindas em substituição ao antigo Código de Águas de modo a enfrentar os graves problemas já existentes no tocante à escassez e poluição de águas doces no Brasil;

e) a Lei n. 4.771/65, que instituiu o nosso Código Florestal, inteiramente recepcionada pela Constituição em vigor, norma geral que disciplina a preservação e utilização das florestas e demais formas de vegetação.

Tais diplomas normativos servem como verdadeiros marcos no nosso trato jurídico para com a questão ambiental, mas estão longe de esgotar a disciplina normativa pertinente.

Todo este contingente de textos legais vigem em meio ao movimento pela implementação efetiva da chamada *Agenda 21* no Brasil.

Trata-se de documento programático oficializado por ocasião da “Cúpula da Terra”, a chamada Rio-92.

Em seu preâmbulo, a *Agenda 21* afirma ter por objetivo preparar o mundo para os desafios do século XXI. Preconiza uma série de mudanças, aborda os graves problemas ambientais hoje vividos pela humanidade e apresenta proposições para o seu equacionamento.

A *Agenda 21 Brasileira* foi promulgada e entregue à nação em 2002. A Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 21 Nacional – CPDS – antevendo as dificuldades na implementação da proposta e das ações prioritárias, antecipou-se às esperadas objeções lembrando que tal agenda se constitui em proposta realista e exeqüível de desenvolvimento sustentável, levando em conta as restrições econômicas, político-institucionais e culturais que limitam sua implementação. Para tanto, afirma ser indispensável que:

a) o nível de consciência ambiental e de educação para a sustentabilidade avance;

b) o conjunto do empresariado se posicione de forma proativa quanto às suas responsabilidades sociais e ambientais;

c) a sociedade seja mais participativa e que tome maior número de iniciativas próprias em favor da sustentabilidade;

d) a estrutura do sistema político nacional apresente maior grau de abertura para as políticas de redução das desigualdades e de eliminação da pobreza absoluta;

e) o sistema de planejamento governamental disponha de recursos humanos qualificados, com capacidade gerencial, distribuídos de modo adequado nas diversas instituições públicas responsáveis;

f) as fontes possíveis de recursos financeiros sejam identificadas em favor de programas inovadores estruturantes e de alta visibilidade.

Vê-se, assim, que a preocupação com o meio ambiente toma corpo no debate político e jurídico internos e que um dos pilares do direito ambiental, qual seja o princípio da precaução, tende a ganhar relevo na busca por uma tutela efetiva dos interesses difusos e coletivos.

Lembre-se que os objetivos do Direito Ambiental são essencialmente *preventivos*. Atenta-se para momento anterior à consumação do dano; enfoca-se o mero risco.

O estudo de impacto ambiental, previsto no art. 225, par. 1º, IV da CF, bem como a preocupação do legislador em “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (como se vê no inciso V do mesmo art. 225 da CF), constituem-se em exemplos de tal preocupação preventiva.

Esta ótica preventiva é objeto de consagração internacional. Tanto assim que a ECO 92 adotou em seu ideário o *princípio da precaução*, segundo o qual **a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando a evitar a degradação do meio ambiente**. Ou seja, como diz MILARÉ, “a incerteza científica milita em favor do ambiente, carreando-se ao interessado o ônus de provar que as intervenções pretendidas não trarão conseqüências indesejadas ao meio considerado”.

O *princípio de precaução* foi expressamente inscrito na legislação brasileira através da Conferência sobre Mudanças do Clima, acordada pelo Brasil no âmbito da ONU por ocasião da ECO 92, e ratificada pelo Congresso Nacional via Dec. Legislativo 1, de 03 de fevereiro de 1.994.

Reconhecida sua validade no plano normativo, impõe-se a consideração de virtuais efeitos na órbita securitária, ainda que superficialmente.

O princípio da precaução e o seguro

O eminente especialista em direito securitário Dr. WALTER POLIDO, já teve a oportunidade de brindar este seminário com valorosa exposição a respeito dos seguros para riscos ambientais.

Naquela oportunidade, cuidou de abordar a cobertura básica existente tanto no mercado nacional como internacional, lembrando que a mesma se concentra em “danos por poluição acidental de natureza súbita, repentina ou inesperada, ocorrida na vigência da apólice”, ao mesmo tempo em que alertou para uma série de dificuldades na compreensão desta cobertura e elencou, a título exemplificativo, alguns segmentos onde possivelmente prestada a garantia contra danos ambientais e seus efeitos diretos e indiretos, tal como nos riscos industriais, de transportes, de petróleo, riscos portuários, nucleares e outros.

Obviamente eu me desviarei do que já foi dito a este respeito.

Limito minhas reflexões buscando enxergar possíveis implicações do princípio da precaução no âmbito do seguro considerando a normativa vigente e a proposta legislativa em trâmite no Congresso Nacional.

Assinale-se, primeiramente, que o princípio de precaução se impõe tanto ao Poder Público como aos particulares. É o que se divisa do art. 225 da Constituição Federal e da legislação ambiental infra-constitucional vigente.

Em segundo lugar, muito embora a referência à tutela do meio ambiente seja objeto de seguidas referências nesta exposição, é de se sublinhar que a aplicação do princípio de precaução não se reduz aos domínios tidos como mais sensíveis, normalmente identificados com a flora, a fauna, os recursos hídricos, a segurança alimentar ou as biotecnologias. Daí ser importante esclarecer desde já que a sua projeção no campo do seguro não estaria limitada aos riscos ambientais, muito embora neles se projete com mais vigor e freqüência.

O dever de precaução nasce quando há a dúvida. Tal atividade ou tal produto podem ocasionar danos graves e irreparáveis à saúde ou ao meio ambiente ou a outro bem jurídico socialmente relevante?

Compreende-se a inquietação eventualmente suscitada por uma noção tão aberta e de difícil previsão quanto ao seu alcance. Não obstante, o direito do seguro, dada a sua permanente atenção para com o fenômeno do risco, com sua prevenção e com o seu custo, pode vir a ser um interessante instrumento para que o operador do direito e o economista possam precisar-lhe os contornos.

Lembra-nos LUC MAYAUX⁵: *“mesmo que (...) os conceitos de prevenção, de salvamento e de precaução não sejam superpostos, há muito tempo os seguradores os praticam, seja nos seguros de coisas, seja nos seguros de responsabilidade. E a aparição do princípio de precaução no direito da responsabilidade civil não deveria ser para o jurista especializado em seguros outra coisa senão a ocasião para abrigar uma construção teórica já bem avançada.*

A introdução do princípio de precaução na órbita jurídica significa a tomada de consciência da incerteza científica dentro do direito positivo e que a possibilidade de ocasionar danos graves e irreparáveis a um bem socialmente relevante deve orientar a suspensão de uma atividade, da produção de um bem, da sua distribuição ao público, não podendo servir como pretexto em contrário a ausência de certeza científica absoluta quanto à aptidão de uma atividade ou de um produto para lesar quaisquer bens socialmente relevantes.

⁵ Réflexions sur le principe de précaution et le droit des assurances – *Revue générale du droit des assurances*, L.G.D.J. Paris, n. 2, 2003, págs. 269/286

Interessa-nos, para os fins desta breve abordagem, fixar a obrigação do particular na adoção das medidas de precaução quando a ponderável incerteza a respeito do perigo de sua atividade ou de seus produtos se revelar.

A adoção de tais medidas certamente implicará um custo financeiro que poderá ou não estar coberto securitariamente, caso o agente se veja garantido por uma apólice de responsabilidade civil, por exemplo.

Imaginemos duas situações:

1^a) um determinado empresário recebe a informação de que pode ser perigoso um novo produto que se encontra prestes a ser lançado no mercado e toma a decisão de não comercializá-lo até que pesquisas complementares confirmem ou não tal periculosidade;

2^a) este mesmo empresário determina a retirada de seu produto após a sua colocação no mercado assim que um grave defeito no mesmo parece ter sido detectado mediante reclamação de um consumidor, mesmo sendo ainda hipotética a presença de tal defeito em qualquer outro dos exemplares já postos à disposição do público.

Primeira indagação que se apresenta: seria prudente, na segunda das situações aqui imaginada, exigir que o empresário, garantido por um seguro de responsabilidade civil, aguardasse a apresentação de outras reclamações para agir mais drasticamente? Entendemos que seria, para dizer o menos, inoportuno.

Assim sendo, em havendo o seguro de responsabilidade civil, a quem toca o custo das medidas de precaução? Ao segurado ou ao segurador?

Convém trazer à baila as noções clássicas do direito do seguro referentes à “prevenção” e ao “salvamento”.

Entende-se que, ao menos em princípio, a medida de prevenção situa-se antes da realização do risco e é munida do intuito de diminuir-lhe a frequência ou a intensidade. A medida de salvamento, também em princípio, intervém após o sinistro com o objetivo de minimizar ou mesmo impedir suas conseqüências danosas.

Examinemos a disciplina legal a respeito.

O Código Civil vigente estabelece no seu art. 771 que *“sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador logo que o saiba e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as conseqüências.”* Em

seguida, o parágrafo único determina que *“correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento conseqüente ao sinistro”*.

Mais adiante, em seu artigo 779, dispõe que *“o risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou conseqüentes como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano ou salvar a coisa”*.

Já o projeto de lei n. 3.555 de 2.004, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito do Seguro após provocação do Deputado Federal José Eduardo Martins Cardozo, que o apresentou ao Congresso Nacional, estabelece em seu artigo 78, I, que o segurado, ao tomar conhecimento do sinistro, será obrigado a tomar todas as providências necessárias e úteis para evitar ou minorar seus efeitos; no art. 81, dispõe que *“nos seguros de dano, correm por conta da seguradora, sem reduzir a importância segurada, as despesas para evitar o sinistro iminente e para evitar ou atenuar os seus efeitos. Essa obrigação persiste ainda que os atos não tenham sido eficazes.”*

De acordo com o parágrafo primeiro do mesmo artigo, tais despesas poderão sofrer limitação contratual em valor nunca inferior a cinco por cento da importância segurada, não incidindo tal limitação se a adoção das medidas de salvamento tiver sido recomendada pela seguradora, de acordo com o que prevê o parágrafo sexto do mesmo artigo 81.

Excluir-se-ão, na medida em que acolhido o projeto para conversão em lei, as despesas com prevenção ordinária ou com qualquer espécie de manutenção (parágrafo terceiro).

De todo modo, cumpre assinalar que as medidas de salvamento não estão contidas na garantia do seguro, antes decorrendo do texto da lei, tanto no Código Civil vigente como no Projeto de Lei que se encontra em tramitação no nosso Parlamento.

No tocante às medidas de prevenção, estariam desguarnecidas securitariamente, em princípio, aquelas de caráter “ordinário” devendo seu custo ser carreado ao segurado.

Voltemos à indagação a respeito das medidas de precaução. A quem toca o seu custo financeiro?

Observemos que a precaução, na verdade, situa-se entre a prevenção e o salvamento, ora abarcando características de um, ora de outro. A diferença fundamental entre a precaução, de um lado, e a prevenção e o salvamento no outro não reside na finalidade das medidas, mas no grau de certeza do risco que as determina, sendo que a gravidade e a virtual irreparabilidade do possível dano conseqüente constituem elementos essenciais do risco a ser considerado para adoção das medidas de precaução.

O ônus de salvamento, por exemplo, se verifica quando o segurado dispõe de condições objetivas que o capacitam a eliminar ou minorar os efeitos da realização do risco, podendo verificar com clareza quais são as providências que devem ser tomadas prontamente.

A precaução é estimulada pela “suspeita de risco” que desejamos estancar em razão da gravidade e virtual irreparabilidade das suas possíveis conseqüências.

Quando a medida de precaução é anterior ao sinistro, ela não se distinguiria, em princípio e para fins de atribuição de seus custos, da medida de prevenção, salvo no que toca à incerteza de um risco por vezes até mal conhecido (lembre-se que “mal conhecido” não significa “desconhecido”). No entanto, cremos que nem sempre ela poderia ser confundida com a “prevenção ordinária” prevista no parágrafo 3º do artigo 81 do Projeto de Lei 3555 de 2004, razão pela qual o seu custo pode, em certas circunstâncias, ser atribuído ao segurador.

Neste passo, valho-me de interessante manifestação jurisprudencial oriunda da Corte de Cassação francesa, trazida a lume pelo já citado professor *LUC MAYAUX* em trabalho publicado na *Révue Générale du Droit des Assurances*, recentemente⁶:

⁶ Ob. cit. Pág. 269/286

“Estava em causa um sinistro deflagrado no Túnel sob a Mancha durante um período de ensaios. Canalizações haviam sofrido importantes danos sobre a porção do túnel onde havia tido lugar o ensaio, danos que eram devidos à deficiência de seus suportes. A sociedade promotora do túnel decidiu, por precaução, refazer completamente as canalizações sobre toda a extensão do túnel, não se limitando ao curto trecho sinistrado. Os seguradores recusaram-se a custear as obras sobre as partes não danificadas sob o motivo de que a apólice limitava esta responsabilidade tão somente às medidas de salvamento, excluindo-se as medidas de prevenção. A cour d’appel , que havia subscrito tal argumentação, viu seu acórdão censurado.(...) De fato, a substituição das canalizações não danificadas não tendia a limitar as conseqüências do sinistro dando lugar à garantia, mas a prevenir um outro sinistro. Todavia, levando-se em conta as deficiências constatadas pelo expert, o sinistro era inelutável desde o instante em que as canalizações defeituosas iriam, com o começo da fase de exploração do túnel, ser submetidas a pressão. Ora, como foi visto, é a incerteza sobre a deflagração do sinistro que fundamenta a assunção da medida pelo segurado. Quando, ao contrário, o sinistro é certo, ainda que futuro, tal medida se assemelha à de salvamento cujo financiamento parece logicamente dever ser suportado pelo segurador (...)”

Se a medida de precaução é adotada posteriormente ao sinistro, incidiria na espécie a principiologia que se aplica às providências de salvamento?

Lembremos uma vez mais que a precaução repousa sobre um risco incerto, objeto de suspeita. No entanto, é de

se considerar que no que tange aos produtos defeituosos (e diferentemente do que se passa nos atentados ao meio ambiente) a potencialidade de tal risco pode emergir posteriormente, com a utilização do produto, fazendo surgir dúvidas quanto à sua inocuidade em razão de reclamações formalizadas por consumidores por conta de graves perturbações físicas que eles imputam, não se sabe ainda se errada ou acertadamente, à sua utilização.

A medida de retirada do produto do mercado, sendo ainda incerta a caracterização do defeito no mesmo, seria equiparável a uma medida de salvamento? Se confirmado *a posteriori* o defeito no produto, não há dúvida de que o segurado terá procedido a uma medida equiparável à do salvamento, impedindo que as conseqüências financeiras do sinistro sofressem um indesejável incremento. A questão que permanece em aberto é outra: e se fosse confirmada posteriormente a inocuidade do produto? As medidas adotadas por precaução, ditadas pela prudência diante da gravidade e irreparabilidade dos virtuais danos que adviriam de um risco que não se concretizou, haveriam de ser carreadas ao segurador ou ao segurado?

No nosso sentir, cremos que tais medidas foram adotadas de modo a minorar os possíveis danos conseqüentes a um sinistro, o que caracterizaria um risco do seguro sobre os ombros do segurador, na letra do art. 779 do atual Código Civil. E nem se poderia cogitar da caracterização de tais medidas como sendo de “*prevenção ordinária*”, como previsto no art. 81, parágrafo 3º do Projeto de Lei

3.555/2004. A questão, reconhecemos, é extremamente delicada e reclama apurado exame caso a caso, eis que muitas vezes ditados por noções equivocadas de precaução, ou mesmo no exercício de má fé, poderão certos segurados inserir sob tal rubrica despesas com providências notoriamente inadequadas, desproporcionais ou exageradas que certamente não haveriam de ser reembolsadas pela seguradora.

No tocante ao comportamento do segurado que respondesse civilmente por conta do desrespeito ao princípio de precaução, que reflexos teria o mesmo na órbita securitária?

É preciso dizer que no plano da responsabilidade civil, um dos efeitos da consagração do princípio da precaução pode ser visto também no art. 187 do novo Código Civil, segundo o qual *“também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”*. Reforça-se a responsabilidade subjetiva, entre outras hipóteses, no caso da infração a um dever de precaução eis que em nome da rapidez exigida pela *“competitividade”* e *“agressividade”* crescentes e desmesuradas, o agente teria ignorado a possibilidade, já identificada no momento da decisão, de causar danos graves e irreparáveis a um bem socialmente relevante, ainda que mediante uma atividade lícita em princípio.

Ora, o segurador garante os danos causados por culpa do segurado, a menos que ela apresente contornos que a aproximem ou cheguem mesmo a assemelhá-la ao dolo.

No que tange à violação do princípio de precaução, mesmo que ela seja decorrente de uma simples imprudência ou negligência e possa mesmo ser voluntária e consciente, hipótese que se enquadra no art. 187 do Código Civil já mencionado, não cremos que ela possa ser encarada como uma falta intencional no contexto securitário.

Um imaginável reflexo do princípio de precaução no campo do seguro poderia ser o da inserção, entre os riscos cobertos por uma apólice de seguro ambiental por exemplo, das perdas econômico-financeiras desencadeadas pela obediência a determinações governamentais no sentido de abster-se de uma atividade ou de suspender o lançamento de um produto, por exemplo. Poderia o seguro ocupar-se de garantir o interesse do segurado em ver-se financeiramente guarnecido ao ver-se obrigado a despender vultosas quantias na adoção de medidas de precaução?

O Projeto de Lei n. 3.555/2004, no seu artigo 11, letra “a”, prevê serem nulas as garantias de interesses patrimoniais relativos a autuações aplicadas pelas autoridades administrativas no exercício do poder de polícia e multas judiciais.

A medida de precaução ditada pelo Poder Público constitui-se em comando exarado no exercício de seu Poder de Polícia. Os interesses por ela vulnerados não poderiam ser guarnecidos securitariamente?

A resposta a tal questão não poderá prescindir de uma profunda reflexão a respeito da relevância do princípio da precaução. Quando o segurado se comporta de modo a respeitá-lo, está agindo em benefício de todos. Assim é que a interpretação de tal dispositivo deverá se compatibilizar com a desejável preservação deste benefício mediante a adequada garantia securitária.

A estruturação e a viabilização de um seguro que forneça garantia contra tais riscos haveria de ser cuidadosamente estudada, sobretudo em resguardo da solvabilidade da operação. Para tanto, é preciso que a criatividade dos operadores se manifeste.

Lembre-se que o princípio de precaução está intimamente vinculado à noção do desenvolvimento sustentável. Lembra-nos FRANÇOIS EWALD⁷ que *“a filosofia do desenvolvimento sustentável exprime um novo gênero de utopia. Ela nos convida não a revolucionar o mundo existente em proveito de um outro; ela propõe aos homens deste mundo a partilha de uma mesma constrição, a da precaução, que, respeitada, permitiria o encontro de uma certa harmonia entre os seres humanos e a Terra. Ela incita a restabelecer*

⁷ LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION, *Presses Universitaires de France*, novembro de 2.001, Paris, França, pág. 34

laços com a sabedoria do chefe indígena: “A terra não pertence ao homem, o homem pertence à terra”. Ela propõe uma conversão espiritual que se dirige a todos, desde os Estados até o último membro da sociedade civil. Ela define uma nova responsabilidade, sem desconsiderar as obrigações do solidarismo de Leon Bourgeois, onde cada um deve se conceber menos como proprietário do que como depositário, herdeiro ou usufrutuário de uma terra que haverá de ser transmitida preservada e embelezada aos seus descendentes. A atitude de precaução é a aplicação desta nova espiritualidade”

E é desejável a adequação do seguro a esta filosofia, eis que ele vem a ser uma das mais interessantes e complexas técnicas de concretização da solidariedade social através da evolução da estatística e da atuária, ambas conferindo o necessário lastro ao mutualismo. Sendo assim, que ele se ponha em benefício da atitude de precaução, garantindo a pulverização de seu custo para aquele que age em benefício de todos, o que contribuiria para afastar a suspeita repetida aqui e acolá de que, na prática, o seguro não passaria de mera especulação financeira em benefício dos seus afortunados iniciados.

Lembro aqui a citação feita por Dr Ernesto Tzirulnik num estudo que eu pessoalmente reputo fantástico, um ensaio sobre a responsabilidade civil e a transferência do interesse do segurado, publicado nos anais do seminário anterior a este da Escola Paulista da Magistratura e pelo IBDS, naquela oportunidade Dr Ernesto Tzirulnik cita Michel Albert num livro interessantíssimo chamado Capitalismo e

Capitalismo. Por influência de Dr Ernesto acabei lendo esse livro depois. Este trabalho, publicado ainda em 1992 quando o autor exercia ainda a presidência da AGF francesa, expôs com clareza as duas origens do seguro: uma seria aquela correspondente ao chamado modelo “marítimo”, de índole anglo-saxônica, que tenderia a diluir a solidariedade através da precariedade dos contratos e, sobretudo, da hiper-segmentação dos prêmios; outra, corresponderia ao modelo alpino, no qual o seguro se apresentaria como uma forma de organização da solidariedade. Dizia MICHEL ALBERT: *“de um lado, o seguro é uma afirmação, do outro uma negação do vínculo social”*.

Creemos que o nosso Código Civil e o Projeto 3.555/2004 que ora tramita no Congresso Nacional expressam a opção pelo modelo alpino. Que assim se faça.

Antonio Carlos Alves Pereira – junho de 2.004