

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

Vera Maria de Carvalho Pinto Rodrigues

Fundamentação filosófica do princípio do mutualismo
nos contratos de seguro

DOUTORADO EM DIREITO

São Paulo

2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

Vera Maria de Carvalho Pinto Rodrigues

Fundamentação filosófica do princípio do mutualismo
nos contratos de seguro

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Filosofia do Direito sob a orientação do Professor Doutor Gabriel Benedito Isaac Chalita.

São Paulo

2010

Banca Examinadora:

Aos meus pais, Vera Lúcia e Tomaz, *in memoriam*, minhas saudades eternas e meu reconhecimento pelo amor e preciosos ensinamentos que recebi.

Ao querido Maurício, pela compreensão dos longos períodos de ausência e por ser um grande companheiro de jornada, sempre me apoiando e me fazendo perseverar.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Gabriel Chalita, pela orientação deste trabalho e compreensão das adversidades que marcaram o período do meu doutorado.

À Professora Doutora Márcia Alvim, pelas sugestões para aperfeiçoamento deste trabalho e generosidade de sua postura sempre positiva e solidária.

Ao Professor Willis Santiago Guerra Filho, pelas aulas inesquecíveis e grandes lições transmitidas.

RESUMO

O presente trabalho tem por proposta a análise do princípio do mutualismo à luz da teoria contratualista do século XVIII elaborada por Jean-Jacques Rousseau, como forma de associação livre que traz benefícios para todos os que dela participam, alcançados pela soma de esforços para o bem comum.

Serão exploradas as semelhanças a teoria contratualista de Rousseau entre o princípio do mutualismo, visto que em ambos os casos os membros de determinada coletividade contribuem para se beneficiar dessa associação, garantindo, assim, a proteção contra eventuais infortúnios e danos decorrentes de sua ocorrência.

Passa-se, então a considerar o pacto social sob um prisma menor de associação, como nos contratos de seguro, e não sob o ponto de vista de organização política da sociedade; assim como será abordada a relação entre o risco inerente ao contrato social e ao contrato de seguro, cujo pilar de sustentação está no princípio do mutualismo.

Serão feitas considerações sobre a fundamentação filosófica do princípio do mutualismo nos contratos de seguro, na medida em que este é fundado nas concepções de bem comum, tais como apresentadas no contratualismo de Rousseau; possibilitando que todos integrantes da massa segurada desfrutem da tranqüilidade de garantir seus bens pessoais ou materiais dos infortúnios futuros e incertos, ou dos danos efetivamente causados quando da ocorrência de sinistros, o que de forma isolada não teriam condições de assumir. Por fim, serão feitas reflexões sobre o princípio do mutualismo e os contratos de seguro no Código Civil de 2002, bem como sobre recentes decisões do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Palavras-chave: princípio do mutualismo, contrato social, Rousseau, contrato de seguro.

ABSTRACT

This essay intends to analyze the principle of mutualism in light of the eighteenth century contractual theory produced by Jean-Jacques Rousseau, as a form of free association that brings benefits for all of its members, which benefits are to be reached through the gathering of forces of those members aiming the common good.

It will be explored the similarities between the contractual theory of Rousseau and the principle of mutualism, since in both cases the members of a collectivity contribute to get benefits from this association. Thus, these members assure protection against occasional misfortunes and related damages arising from its occurrence.

Then, we start to view the social pact as a more specific kind of association, as in the insurance agreements, and not as a political organization. We will also study the relation between the risk inherent to the social contract and to the insurance agreement, which has the principle of mutualism as cornerstone.

It will be discussed the philosophical fundamentals of the principle of mutualism in the insurance agreements, since the insurance agreements are based on the concepts of the common good, presented in Rousseau's contractual theory; allowing that all the members of the insured collectivity benefit from the tranquility of having their personal or material assets protected against future or uncertain misfortunes, or against damages caused at the time of the loss, that could not be borne by them individually. At last, we will analyze the principle of mutualism and the insurance agreements in the Civil Code of 2002, and on recent decision of the Appellate Courts of the State of São Paulo.

Keyword: principle of mutualism, social contract, Rousseau, insurance agreements.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O JUSNATURALISMO NA FILOSOFIA DO DIREITO	12
1.1 Considerações Preliminares	12
1.2 Jusnaturalismo	12
1.2.1 Aristóteles	13
1.2.1.1 Existência de uma justiça natural.....	17
1.2.1.2 Natureza como fundamento da vida política	20
1.2.1.3 Teoria das constituições	23
1.2.2 De Aristóteles ao Contratualismo.....	27
1.2.2.1 Cícero	27
1.2.2.2 Santo Tomás.....	30
1.2.2.3 Grócio	31
1.2.2.4 Pufendorf	34
2 ROUSSEAU E O CONTRATO COMO FUNDAMENTO DO DIREITO	37
2.1 Contratualismo na Filosofia do Direito.....	37
2.2 Hobbes.....	37
2.2.1 A Construção do Leviatã pelo Contrato	39
2.3 Locke.....	42
2.3.1 O contrato na construção do estado liberal	46
2.4 Rousseau	47
2.4.1 O Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens.....	48
2.4.2 Contrato Social	58
2.4.2.1 Livro I do Contrato Social.....	60
2.4.2.2 Livro II do Contrato Social.....	64
2.4.2.3 Livros III e IV do Contrato Social.....	71
2.4.3 Comentários sobre o pensamento de Rousseau no Discurso sobre a Desigualdade entre os Homens e no Contrato Social	72
3 O PRINCÍPIO DO MUTUALISMO SOB O ENFOQUE FILOSÓFICO DO PENSAMENTO DE ROUSSEAU	75
3.1 Noções de mutualismo.....	75

3.2	Os princípios no ordenamento jurídico.....	78
3.3	Reflexões sobre o mutualismo como princípio.....	82
3.4	O princípio do mutualismo e o pensamento de Rousseau.....	85
4	A FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA DO PRINCÍPIO DO MUTUALISMO NOS CONTRATOS DE SEGURO.....	97
4.1	Reflexões sobre a sociedade de risco e os contratos de seguro	97
4.2	O princípio mutualismo e os contratos de seguro	104
4.3	Comentários sobre o princípio do mutualismo e os contratos de seguro no Código Civil de 2002	115
4.4	Recentes decisões do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	119
	CONCLUSÃO	130
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	133
	ANEXOS.....	141

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata de analisar um tema contemporâneo do Direito, o princípio do mutualismo, à luz da teoria contratualista do século XVIII elaborada por Jean-Jacques Rousseau. O princípio do mutualismo refere-se a uma forma de associação livre que traz benefícios para todos os que dela participam, alcançados por meio da soma de esforços para o bem comum, por meio da solidariedade e da boa fé.

A teoria contratualista de Rousseau tem as mesmas características do princípio do mutualismo, visto que todos os membros de determinada coletividade contribuem para a formação de um fundo único capaz de garantir a proteção contra eventuais infortúnios e danos decorrentes de sua ocorrência.

Os dois primeiros capítulos apresentam um panorama da história da filosofia com o intuito de situar a discussão acerca da teoria contratualista, começando pela análise da dicotomia existente entre duas correntes do pensamento jurídico-filosófico, a saber, o jusnaturalismo e o contratualismo. Pretende-se, nesses dois capítulos, mostrar a transição operada no pensamento jurídico-filosófico da corrente do jusnaturalismo, que tem origem na Antiguidade, para a do contratualismo, que prepondera entre os pensadores dos séculos XVII e XVIII.

O Capítulo 1 apresenta os pontos principais das obras de alguns filósofos associados à teoria do direito natural, desde a Antiguidade até a Idade Moderna. São passadas em revista as teorias do direito natural nas obras de Aristóteles, Marco Túlio Cícero (adiante referido apenas como Cícero), Santo Tomás de Aquino (adiante referido apenas como Santo Tomás), Hugo Grócio (adiante referido apenas como Grócio) e Samuel Pufendorf (adiante referido apenas como Pufendorf).

Nesse capítulo, pretende-se mostrar em que medida cada um desses autores contribuiu para estabelecer, não apenas a distinção entre direito natural e direito positivo, mas também a hierarquia do segundo sobre o primeiro.

No Capítulo 2 procura-se explicitar a passagem das teorias jusnaturalistas (baseadas nas teorias do direito natural), apresentadas no primeiro capítulo, para as teorias contratualistas (que lançam os fundamentos do direito positivo). Pretende-se mostrar o movimento de antropologização do pensamento filosófico-jurídico, movimento este que acompanha as alterações da Idade Média para a Idade Moderna e que desloca o fundamento da ordem jurídica nas teorias do direito, antes centradas em Deus e na natureza, para o homem. São examinadas as teorias do direito em Jean-Jacques Rousseau (adiante referido apenas como Rousseau) um de seus principais expoentes.

Para bem compreender o contrato em Rousseau, faz-se necessária a retomada das fundações do contratualismo nas teorias de Thomas Hobbes (adiante referido apenas como Hobbes) e de John Locke (adiante referido apenas como Locke).

O Capítulo 3 apresenta algumas reflexões sobre o mutualismo como princípio e sob o enfoque filosófico do pensamento de Rousseau. Em primeiro lugar, procura-se mostrar que os princípios, por terem caráter genérico e abstrato, servem de alicerce para garantir a adequada elaboração das normas, sua respectiva interpretação e aplicação, harmonizando assim o ordenamento jurídico. Em seguida, discorre-se sobre a idéia de mutualismo, segundo a qual os indivíduos fazem a opção de participar de determinada coletividade objetivando o bem comum, agindo de forma solidária e com boa fé, para que todos sejam beneficiados, o que seria impossível individualmente. Finalmente, analisa-se o mutualismo enquanto princípio, que pode ser assim considerado em virtude de sua essencialidade na estrutura normativa do ordenamento jurídico, e que encontra sua origem no pensamento de Rousseau sobre o contrato social.

No Capítulo 4, trata-se de discorrer sobre a sociedade de risco e os contratos de seguro, cujo pilar de sustentação encontra-se no princípio do mutualismo. Procura-se mostrar que o contrato social de Rousseau é uma medida de prevenção de um risco social, no sentido de ser uma instituição que visa proteger a coletividade como um todo, funcionando, em uma menor dimensão, como os contratos de seguro, nos quais os segurados (indivíduos) contribuem para um fundo (coletividade)

que será administrado por uma seguradora, que por sua vez é fiscalizada em relação a sua solvência e gerenciamento dos recursos dentro de regras claras e rígidas fiscalizadas por um órgão do governo (soberano), a fim de que todos se beneficiem. Será ainda comentado o princípio do mutualismo nos contratos de seguro no Código Civil de 2002, bem como em recentes decisões proferidas E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

O pressuposto da lógica de funcionamento do contrato de seguro consiste no compartilhamento dos riscos. O princípio do mutualismo se aproxima da teoria contratualista de Rousseau na medida em que este é fundada nas concepções de bem comum compartilhado, como instrumento para redução das desigualdades materiais entre os homens, desde que os integrantes de tal coletividade respeitem a solidariedade e a boa fé.

Em suma, o mutualismo foi a fórmula encontrada para o impasse existente na priorização entre os interesses pessoais ou os da coletividade, possibilitando, assim, a harmonização e coexistência de ambos sem atingir o bem comum, por isso, a necessidade de conscientização dos indivíduos que pertencem à coletividade mutualística, pois serão diretamente afetados em caso de desrespeito aos seus elementos essenciais.

1 O JUSNATURALISMO NA FILOSOFIA DO DIREITO

1.1 Considerações Preliminares

O presente trabalho abordará nos primeiros dois capítulos a dicotomia existente entre duas correntes do pensamento jurídico-filosófico: o jusnaturalismo e o contratualismo.

Em apertada síntese, o jusnaturalismo sustenta a existência de um direito natural superior e justo por natureza, independente da vontade do legislador por estar presente na consciência humana. O contratualismo, por sua vez, defende que os homens teriam limitado seus direitos naturais em troca de segurança proporcionada pelo Estado, por meio de um pacto ou contrato social.

Esclarece-se, todavia, que a opção deste trabalho, fundamentada no tema da tese, dará maior ênfase ao contratualismo de Rousseau, que será tratado no próximo capítulo.

1.2 Jusnaturalismo

Desde o início da filosofia ocidental, na Grécia clássica, há uma distinção entre dois planos da realidade: a ordem da natureza (em grego, *physis*) e a ordem dos homens (em grego, *nomos*).

Segundo Norberto Bobbio, a natureza é definida em função do humano: é natural tudo aquilo que não é construído pela arte dos homens. “Nesta distinção, ou melhor, contraposição, entre a natureza e o mundo da *praxis* humana, emerge, a meu ver, o significado profundo, original e fundamental do termo *natureza*”.¹ Assim,

¹ BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1997, p. 28.

a natureza é tomada sempre em oposição ao que ela não é: não é arte, convenção, sociedade, civilidade, história e nem espírito.²

Em relação ao Direito, não pôde ser diferente. Desde o início foi estabelecida a diferença entre o direito proveniente da ordem da natureza e o direito oriundo da ação humana. Haveria então um direito de natureza – direito natural – em oposição a um direito propriamente humano.

Nas palavras de Norberto Bobbio:

Certas regras derivam da natureza e, por isso, constituem o direito natural; outras derivam da arte ou da convenção – as do direito positivo. Dessa resposta dada pelos gregos ao problema do direito, surgiu a dicotomia entre o direito natural *versus* direito positivo, que chegou até nós, depois de mil peripécias.³

As ordens diversas entre tais direitos guardariam entre si determinadas relações. Segundo a teoria que ficou conhecida como jusnaturalista, o direito natural seria o verdadeiro direito, o direito justo, o único direito propriamente dito. Ao passo que o direito humano, para ser válido, teria que se aproximar o máximo possível do direito de natureza. O direito dos homens, positivado, somente teria validade se fosse um espelho, um reflexo, do direito inscrito na ordem natural.

1.2.1 Aristóteles

Para análise da questão do direito natural na obra de Aristóteles, é preciso antes compreender sua concepção de ser humano. Somente com base nessa “antropologia” aristotélica é possível compreender o papel que o Direito, a virtude e a Justiça desempenham na sociedade dos homens. Para tanto, far-se-á referência a dois textos do referido filósofo: a Política e a Ética a Nicômaco.

² BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1997, p. 29.

³ *Ibidem*, p. 30.

Preliminarmente, é preciso observar que, para Aristóteles, todos os seres possuem matéria e forma (aquilo que determina a matéria, dando-lhe propriedades ou atributos)⁴. No caso dos seres humanos, a forma é a alma (*psique*) e a matéria, o corpo. Para Aristóteles, o corpo é um instrumento ou órgão da alma e, por conseguinte, corpo e alma são inseparáveis.⁵

A alma é movida pela razão (*logos*), que diferencia os homens dos animais e das plantas: somente o ser humano pode deliberar e escolher o melhor para si. A ação humana é, portanto, conduzida por essa deliberação pelo bem. Daí o lugar da ética no pensamento aristotélico. Como explica Marilena Chaui: “A ética é uma ciência prática ou uma ciência da *praxis* humana, isto é, um saber que tem por objeto a ação”.⁶

Note-se que o ponto de partida de Aristóteles está justamente na noção de causa final: todas as escolhas e ações humanas visam algum bem, sendo o bem justamente a coisa para a qual todas as coisas tendem. Existe, assim, um caminho em direção a um bem superior, à *eudaimonia* (bem-estar ou felicidade). Esse alvo é atingido por meio da prática, isto é, pelo exercício da função caracteristicamente humana: a razão. É para ela que a ação virtuosa tende. A virtude, assim, “é uma disposição em nós desenvolvida a partir das ações que praticamos”.⁷ Ela “determina um comportamento mediano, intermediário entre dois extremos: o excesso e a falta”.⁸

Dentre as virtudes há uma fundamental que é a justiça, examinada no livro V da *Ética a Nicômaco*. O texto do filósofo inicia-se com a busca dos sentidos da palavra justiça, que para ele são principalmente dois: “a justiça como respeito à lei e a justiça como equanimidade”.⁹ A primeira é a justiça universal, que visa o bem comum; a segunda é a justiça particular, que busca dar a cada um o que é seu.

⁴ CHAUI, Marilena. **Introdução à história da filosofia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 392.

⁵ *Ibidem*, p. 417.

⁶ *Ibidem*, p. 440.

⁷ MUÑOZ, Alberto Alonso. O paradigma aristotélico. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política: do nascimento da filosofia a Kant**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 137.

⁸ *Ibidem*, p. 138.

⁹ *Ibidem*, p. 138.

Pode-se observar, desde já, a conexão entre virtude e justiça na teoria do direito em Aristóteles. “O papel da lei é, para Aristóteles, o de assegurar que os indivíduos realizem ações conforme a virtude.”¹⁰ O que ela garante é um comportamento exterior de acordo com a virtude (ainda que nada possa fazer no plano interior). Assim, a justiça no primeiro sentido – de obediência à lei – anda junto com a virtude.

A justiça particular é aquela, conforme anteriormente mencionado, em que cada um tem o que lhe é devido. Por meio dela, há distribuição a cada homem do que lhe é próprio. A justiça particular prega a distribuição, seja de riquezas, honras ou poderes, entre homens desiguais objetivando torná-los iguais.

Na justiça particular existe uma divisão interna: a justiça corretiva e a justiça distributiva. A justiça corretiva parte de um caso concreto, em que o juiz deve restaurar a igualdade numa situação entre as partes em que a igualdade original foi perturbada. Na justiça distributiva, por sua vez, são necessárias pelo menos duas pessoas e duas coisas a serem distribuídas, cuja questão central restringe-se ao que deve ser dado para cada pessoa. Para tanto, são necessários critérios que passam pela atribuição de um mérito próprio para cada pessoa e, a partir daí, a distribuição será efetuada.

A consideração de mérito vai variar em função do tipo de regime. Assim, numa democracia, todos são considerados iguais em tudo e os bens, conseqüentemente, devem ser divididos igualmente. Numa oligarquia, por outro lado, o critério de distribuição é a riqueza e os ricos possuem acesso privilegiado ao poder. Numa aristocracia, por sua vez, o critério principal é a virtude. Com isso, “os mais virtuosos receberão mais poder, mais honra e, supõe-se, menor participação nos deveres de financiar a cidade”.¹¹

¹⁰ MUÑOZ, Alberto Alonso. O paradigma aristotélico. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política**: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008, p. 138.

¹¹ *Ibidem*, p. 140.

Dessa forma, na justiça distributiva considera-se:

(...) uma proporção entre a distribuição e o valor atribuído a cada indivíduo no regime em que viverem (...). Ou seja, a justiça distributiva compete em dar a cada uma das pessoas o que lhe cabe conforme um critério de distribuição válido universalmente; a injustiça, em dar mais ou tirar mais do que o devido. A proporção é, portanto, “geometria”.¹²

Segundo Marilena Chaui, a justiça distributiva “deve criar os iguais e tornar justo o tratamento desigual dos desiguais, opera geometricamente e não aritmeticamente”.¹³

Em outras palavras, a justiça distributiva promove a igualdade conferindo tratamento desigual aos desiguais e dando a cada um a medida conforme suas necessidades.

A outra espécie de justiça particular, a justiça corretiva, é também chamada reparadora, retificadora ou comutativa. A justiça corretiva é necessária quando uma das partes é lesada em relação ao que foi acordado previamente, portanto, uma das partes entra na relação de forma não voluntária. Os indivíduos estão em condições de igualdade e, no caso de lesão, o juiz deve forçar o cumprimento do que foi estipulado para que as partes voltem à condição natural de igualdade. Não há preocupação com o mérito ou a virtude das partes envolvidas, apenas em relação à manutenção da igualdade entre as partes, visto que “a lei não se preocupa com a virtude ou o vício, a riqueza ou o poder dos indivíduos, mas trata-os de igual modo, tomando-os como iguais”.¹⁴

A reciprocidade é considerada um caso especial da justiça corretiva, pois, antes de Aristóteles, era considerada como a forma universal de justiça por meio da devolução do que foi tomado (“olho por olho e dente por dente”). Aristóteles, entretanto, considera simplista tal formulação, afirmando que ela vale apenas para

¹² MUÑOZ, Alberto Alonso. O paradigma aristotélico. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política**: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008, p. 140.

¹³ CHAUI, Marilena. **Introdução à história da filosofia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, v. 1, p. 140.

¹⁴ MUÑOZ, Alberto Alonso. O paradigma aristotélico. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política**: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008, p. 140-141.

os bens, não para os indivíduos. É a justiça que deve existir nas trocas mercantis, quando mercadorias devem ser trocadas por outras de igual valor, ou seja, tem-se o dinheiro como critério de valor de cada mercadoria.

No plano político, não mais relativo apenas entre as trocas individuais, mas sim às relações coletivas: “a reciprocidade é o fundamento de coesão das cidades, diz Aristóteles, na medida em que a cidade se mantém unida através das trocas de serviços e mercadorias entre os indivíduos”.¹⁵

1.2.1.1 Existência de uma justiça natural

Aristóteles formula duas distinções na justiça aplicada à política, a primeira distinção é aquela entre a justiça política e a justiça não política.

A justiça política é aquela que existe entre os membros de uma comunidade que, sendo livres e iguais, vivem uma vida tendente à auto-suficiência. É a justiça que a cidade pratica no trato de seus cidadãos, com cada um considerando o outro conforme um critério de valor, na justiça distributiva, ou restaurando uma igualdade inicialmente quebrada, na justiça corretiva.¹⁶

A justiça não política, por sua vez, é a que existe por analogia no espaço privado, entre o senhor e o escravo, o marido e a mulher ou o pai e o filho. Isto não significa que não haja algum sentido de justiça nessas relações, mas o fato de que as partes não são iguais entre si, nem podem ser equalizadas, conforme um critério impede uma aplicação própria da justiça no espaço privado.¹⁷

A segunda distinção é a que apresenta a existência de um direito natural, ou seja, “é a que existe entre a justiça natural, que supõe a existência de um direito natural, e a justiça convencional”.¹⁸ O resultado disso é que “a justiça natural é

¹⁵ MUÑOZ, Alberto Alonso. O paradigma aristotélico. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política**: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008, p. 141.

¹⁶ *Ibidem*, p. 141-142.

¹⁷ *Ibidem*, p. 142.

¹⁸ *Ibidem*, p. 142.

aquela presente no conjunto de normas que valem universalmente e que não poderiam existir diversamente nas diversas sociedades”.¹⁹

Assim, haveria um recurso à natureza das coisas para que as normas de justiça fossem formuladas. Essas normas são o que se chama de direito natural, valem sempre e em todas as ocasiões, eis que formuladas justamente a partir da própria natureza do mundo.

Nas palavras do estagirita:

A justiça política é em parte é natural e em parte legal. A parte natural é aquela que tem a mesma força em todos os lugares e não existe por pensarem os homens deste ou daquele modo. A legal é o que de início pode ser determinado indiferentemente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecido (...).²⁰

Há dois aspectos relevantes na definição de direito natural. O primeiro é que o que é justo naturalmente vale em qualquer lugar, ou seja, não é passível de variações espaciais. Vale tanto na Grécia como no Brasil. Essa característica é própria das coisas naturais – o fogo que queima na Grécia é o mesmo fogo que queima no Brasil. O segundo ponto é que as características desse direito natural não dependem da opinião dos homens – o justo e o injusto existem por si mesmos, independentemente da opinião que se tem sobre eles.²¹

A definição de direito natural de Aristóteles é dada em oposição ao direito não-natural. Há, assim, além da justiça natural, outra justiça, convencional, que deve ser aplicada a contextos específicos, a situações que não são universais e nem necessárias. “Essas normas particulares, em vigor num contexto específico, constituem uma convenção e circunscrevem o direito convencional.”²² Aristóteles se

¹⁹ MUÑOZ, Alberto Alonso. O paradigma aristotélico. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política**: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008, p. 142.

²⁰ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001, p. 117.

²¹ BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1997, p. 33.

²² MUÑOZ, Alberto Alonso. O paradigma aristotélico. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política**: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008, p. 141-142.

refere a ela como justiça legal. Suas normas podem variar intensamente, mas não podem opor-se aos ditames do direito natural.

São então dois direitos, duas justiças, observados no mundo. De acordo com Norberto Bobbio:

O interesse dessa distinção aristotélica consiste no fato de que ela busca o critério de delimitação com respeito à respectiva matéria do direito natural e do direito positivo: a matéria do direito natural corresponde aos comportamentos que são bons ou maus em si mesmos; a matéria do direito positivo começa onde cessa a do direito natural e concerne às ações indiferentes.²³

Havendo então dois tipos de direito, nasce a dúvida sobre qual deles deve prevalecer. Entre o que dispõe o direito natural e o positivo, Aristóteles defende que o direito natural deve ter primazia, pois se a lei escrita for contrária à causa dos homens, justifica-se utilizar a lei comum e a equidade, a que for considerada mais justa. Para ele, a equidade sempre dura e não está destinada a mudar, e a lei comum, pelo fato de ser natural, não muda, enquanto as leis escritas, freqüentemente sofrem alterações.

A discussão sobre a justiça e o direito serve, portanto, para que se possa avaliar determinada ordem política:

É com base na elaboração de um critério de justiça desta espécie que Aristóteles poderá, como veremos, julgar as diversas formas de configurações político-institucionais, determinando quais as melhores ou as piores, na medida em que se afastam de um padrão de avaliação.²⁴

Verifica-se, a partir disso, que a relação entre Aristóteles e os contratualistas – que serão analisados no próximo capítulo – ocorre justamente nessa relação entre a justiça natural e a justiça convencional. Nesse ponto eles divergem no tocante ao

²³ BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1997, p. 34.

²⁴ MUÑOZ, Alberto Alonso. O paradigma aristotélico. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política: do nascimento da filosofia a Kant**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 141-142.

fundamento da sociedade e do direito. Para Aristóteles, o fundamento deve ser a natureza, o fundamento deve ser uma convenção.

1.2.1.2 Natureza como fundamento da vida política

Aristóteles considera que a natureza de uma coisa não pode ser dissociada de sua finalidade. O filósofo aplica sua concepção finalista, portanto, à política. Tendo a natureza como parâmetro, as diferentes constituições políticas são valoradas em relação a seus fins. Aristóteles trata dessas questões na sua obra *Política*.

Aristóteles analisa as conseqüências de sua concepção finalista nas instituições considerando a política e o direito a partir da sua idéia de justiça natural.

A obra *Política* começa justamente criticando a concepção de vida social como convenção, em contraposição aos sofistas. “A *Política* abre-se com uma crítica à posição dos sofistas, que propunham que a vida social era o produto artificial de uma convenção que contrariava a própria vida natural.”²⁵ Fica claramente delineada a clássica oposição entre o natural e o convencional, entre o mundo divino da natureza e o mundo humano das instituições.

Assim: “Opondo-se a essa tese, Aristóteles apresenta uma análise da vida social que a vê não como uma convenção, mas sim como o produto natural do desenvolvimento de sociedades humanas menores”.²⁶ Ou seja: “Contra a Sofística, a vida social não é artificial, mas um produto natural da própria essência humana”.²⁷ A natureza, e não o homem, é que determina as instâncias da vida social.

²⁵ MUÑOZ, Alberto Alonso. A filosofia política de Aristóteles. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política**: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008, p. 148.

²⁶ *Ibidem*, p. 148.

²⁷ *Ibidem*, p. 148.

Diferentemente das outras formas de sociedade, a comunidade política, ou *polis*, tem como finalidade a auto-suficiência. É isso que a distingue das demais. Em segundo lugar, tem também como finalidade a vida boa, a *eudaimonia*. É, por isso, a forma suprema de comunidade, já que não depende de outras para subsistir. Logo, também a política pode ser considerada a ciência arquetônica, já que é ela que dá os fundamentos para todas as demais áreas do conhecimento.

Como as outras associações surgem com vistas a bens particulares, elas têm origem convencional e não natural, por isso são consideradas imperfeitas. A cidade, por sua vez, aparece naturalmente. Aristóteles demonstra isso a partir de seu processo de formação. A argumentação é lógica e cronológica. Lógica enquanto “decomposição dos seus elementos componentes e um exame do caráter essencialmente natural desses elementos”.²⁸ Cronológica enquanto “uma investigação do processo pelo qual a cidade surgiu a partir dos elementos básicos que a compõem”.²⁹

A casa, *oikos*, é a célula fundamental na formação da cidade. É seu elemento componente mais básico. Ela é formada por duas dimensões diferentes. Uma delas é entre o homem e a mulher. É uma relação de relativa igualdade, horizontal, fundada no instinto de reprodução. A outra dimensão é a da relação entre senhor e escravo. Ao contrário da primeira, é uma relação vertical, desigual, que tem como objetivo a subsistência. No entanto, ela é marcada pelo instinto de autopreservação que une ambos, de tal maneira que, para Aristóteles, essa relação não é benéfica somente para o senhor, mas sim proveitosa para ambas as partes.

Vários *oikos* formam uma aldeia, cuja função é satisfazer o que não é possível de ser feito no âmbito limitado do *oikos*. E a reunião de várias aldeias é justamente o que configura uma cidade, que é a comunidade completa: “suas finalidades não são mais a reprodução e subsistência, nem a satisfação das necessidades de proteção e produção de outros bens (conforme um critério de

²⁸ MUÑOZ, Alberto Alonso. A filosofia política de Aristóteles. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política**: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008, p. 148.

²⁹ Ibidem, p. 148.

especialização do trabalho), mas agora atingir o bem viver”.³⁰ A cidade é o prolongamento natural de outra ordem natural (a aldeia). Nada tem, por isso, de convencional.

A argumentação de Aristóteles deixa bem clara a fundamentação da comunidade política na natureza: “A cidade comunidade política, portanto, é um produto da natureza e é por essa razão que o homem é, por natureza e não por convenção, um animal político – tese esta a que a filosofia moderna não deixará de opor-se”.³¹ A concepção dos contratualistas modernos destoa de Aristóteles, como será verificado adiante.

O estagirita passa a tratar da escravidão. O escravo, para ele, não passa de ferramenta animada de trabalho. Foi criado assim pela natureza, como um ser inferior, portanto, para ele a escravidão não é injusta. A dominação é vantajosa inclusive para o escravo. Não obstante, a escravidão só é natural se fundada na distinção natural, ou seja, a escravidão fruto de conquista é considerada injusta.

Aristóteles retorna para a análise da estrutura da família. Para ele, a família segue regras em função dos seus participantes. Além do chefe de família, é formada também pelos escravos, pela mulher e pelos filhos. A relação entre senhor e escravo é de comando e obediência. A relação com a mulher, provida de razão, mas inferior ao homem, é constitucional. A relação com os filhos é monárquica, já que possuem a mesma natureza, mas um governa e os outros obedecem.

Percebe-se que essa concepção das relações humanas deriva da visão hierarquizada que Aristóteles possui da própria natureza. Ao associar o chefe da família ou o governante da cidade a uma razão superior, o filósofo grego acaba pressupondo a existência de graus inferiores de razão nos quais os demais indivíduos se enquadrariam. Ou seja, Aristóteles reproduz nas relações que os homens estabelecem entre si um modelo hierárquico do mundo, estruturado em

³⁰ MUÑOZ, Alberto Alonso. A filosofia política de Aristóteles. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política**: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008, p. 150.

³¹ *Ibidem*, p. 150.

termos da oposição entre um saber divino – natural e, portanto, superior – e um saber humano – convencional e, portanto, inferior.

Assim, quanto mais próximo do saber divino, mais a política e o direito se aproximariam da natureza e, por conseguinte, melhor fundamentadas estariam as instituições humanas.

Conclui, assim, que com base no direito natural se justificariam instituições como a escravidão ou a dominação do pai sobre os filhos, afinal, aquele que domina é, por direito de natureza, superior aos dominados.

1.2.1.3 Teoria das constituições

Na visão de Aristóteles, portanto, o fundamento da vida política é a natureza. Todavia, para ele a natureza é também o fundamento da vida jurídica, e dessa forma ele cria a Teoria das Constituições.

Aristóteles inicia sua teoria pelo método que lhe é próprio, ou seja, pela crítica das teorias precedentes. No segundo livro da Política há uma crítica ao pensamento político grego. Em seguida, ele passa a uma análise institucional da cidade, concluindo que a cidadania é justamente dada pela participação no Poder Público. “É cidadão todo aquele a quem é atribuída a capacidade de participar da administração pública, da justiça e pode ser membro da Assembléia”.³² A cidadania acaba, com isso, variando em função da forma de governo, pois é mais adequada à democracia, mas pode e deve ser adaptada aos outros regimes.

Aristóteles entende que não é o conjunto de cidadãos que define a cidade, pois os cidadãos podem mudar e a cidade continuar a mesma. O que a define não é, portanto, sua matéria, mas sim sua forma, sua Constituição.

³² MUÑOZ, Alberto Alonso. A filosofia política de Aristóteles. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política: do nascimento da filosofia a Kant**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 153.

Assim, considera que “uma Constituição é a combinação das magistraturas (as diversas funções públicas) numa determinada cidade”.³³ Mas não apenas as funções públicas definem uma Constituição, importando também quem detém o poder. Denota-se, assim, a importância da noção de poder soberano, e será isso que levará à discussão da melhor forma de governo: se o poder soberano deve ser exercido por um, por alguns ou por muitos. O critério que distingue os diversos tipos de Constituição é a “fonte última de poder”³⁴ e também a finalidade com que é exercido o poder. São dois critérios que se sobrepõem.

As formas de Constituição de uma cidade dividem-se em relação à fonte de poder: (i) monarquia ou tirania; (ii) aristocracia ou oligarquia; e (iii) politéia ou democracia. As primeiras (monarquia, aristocracia e politéia) têm como finalidade o bem de todos os cidadãos, ao passo que as outras (tirania, oligarquia e democracia) têm como finalidade apenas o bem de quem detém o poder.

Com isso, é possível estabelecer os critérios de justiça próprios para cada regime. Isso porque os critérios de igualdade e desigualdade variam em função de cada regime. Na oligarquia, por exemplo, é a riqueza que determina quem participa do poder.

Contudo, Aristóteles defende que o que determina quem é mais capaz de comandar o poder político é a virtude. Ou seja, o poder deve ficar nas mãos daqueles que são considerados melhores cidadãos. Surge então a tarefa de determinar quem são os melhores.

O critério para ser feita tal distribuição é o mérito e, no caso da finalidade da vida política, o mérito tem que se dar em função da finalidade da própria vida política, ou seja, da boa vida para todos.

A existência da comunidade política serve para a convivência, assim, aqueles que contribuem mais para a comunidade desempenham papel mais importante. Por

³³ MUÑOZ, Alberto Alonso. A filosofia política de Aristóteles. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política**: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008, p. 155.

³⁴ *Ibidem*, p. 154.

isso, a justiça distributiva deverá considerar os méritos de cada um em relação aos quais serão atribuídas as honras.

Registre-se, porém, que não é qualquer tipo de mérito que será levado em consideração. Os méritos necessários para se poder administrar a cidade seriam a riqueza e a liberdade, ambos necessários, porém insuficientes.

Como a justiça é a condição que permite à cidade realizar o seu fim, ou seja, a boa vida para todos, são os homens capazes de realizá-la quem devem merecer governar a cidade, os homens de mais virtude.

É necessário, a partir disso, voltar para a finalidade da cidade, com o que se chega ao tipo de poder que nela deve existir. Aristóteles, então, passa a discutir a boa Constituição, sendo necessário que se observe, além do conhecimento teórico, a situação concreta para ver qual tipo de Constituição é melhor para determinada cidade em particular.

Tendo em vista a virtude do governante, Aristóteles também analisa a melhor forma de governo. Surpreendentemente, não escolhe nem a monarquia/tirania, nem a aristocracia/oligarquia e nem a democracia. Os critérios adotados por Aristóteles não são critérios teóricos, mas sim práticos. Ou seja, quando reunida, a multidão adquire uma só personalidade e as virtudes podem aí se sobressair.

Essa transformação só é possível na medida em que o povo delibera. Outra vantagem apontada é a de que a cidade deve decidir em comum acordo. O que também não é um critério estanque, pois, se num caso particular a virtude de um ou de alguns for maior que a da maioria reunida, o poder deve ser entregue aos primeiros. Em suma, qualquer uma das três constituições é legítima e pode ser escolhida pelo legislador.

Para Aristóteles, é a massa de cidadãos reunidos, o seu conjunto que reúne a maior virtude possível na cidade. A massa unida é mais virtuosa que cidadãos tomados individualmente. Todavia, o filósofo concebe que, eventualmente, um homem dotado de extraordinária virtude pode fazer um bom governo ou um grupo

de cidadãos pode superar os demais. Assim, o que faz variar são as peculiaridades de cada cidade. Não há, em teoria, uma forma melhor que as outras, mas sim formas que melhor se adaptam às circunstâncias especiais de cada situação.

Com isso, não havendo uma Constituição melhor *a priori*, a questão passa a ser a da estabilidade das instituições.

A principal causa de estabilidade seria a existência de uma classe média forte, capaz de impedir que um ou alguns cidadãos usassem o poder político contra o interesse e a finalidade da cidade. Essa classe média forte seria responsável por encontrar o justo-meio das ações políticas, cuidando das revoluções, que podem tanto alterar os regimes do governo como modificar os detentores de poder. Dadas as causas, Aristóteles estabelece então maneiras de evitar que elas ocorram.

Conclui que se a virtude é o bem fundamental a ser perseguido pelos homens, é natural que a melhor Constituição seja aquela que propicia um maior desenvolvimento das virtudes entre os cidadãos.

O que se pode extrair dessa exposição da Política de Aristóteles é que, mesmo estando fundamentada na natureza, a concepção aristotélica de justiça pressupõe uma distribuição correta dos méritos na cidade. Pressupõe, ainda, que a correção dos méritos distribuídos seja administrada por uma espécie de juiz, no caso, a classe média forte sugerida por Aristóteles.

Destaque-se, no entanto, que segundo Aristóteles, o acordo que permite tanto a distribuição dos méritos, como a correção das desmedidas não é estabelecido apenas enquanto pura convenção (como será para os contratualistas). Ao contrário, o acordo apenas reflete a ordem da natureza, de tal maneira que o direito político não se apresenta como antagônico do direito natural, e sim como sua aplicação. Ou seja, mesmo estando inscrito no âmbito da política, o fundamento do direito continua sendo a natureza.

É preciso, pois, compreender as mudanças que a concepção de direito natural sofreu até que se estabelecesse a oposição entre direito natural e direito positivo.

1.2.2 De Aristóteles ao Contratualismo

Se, por um lado, é inegável que Aristóteles tenha lançado as bases para a distinção entre direito natural e direito positivo, por outro não é possível ignorar que ele não estabeleceu uma hierarquia entre esses termos.

Norberto Bobbio aponta que “na época clássica o direito natural não era considerado superior ao positivo: de fato o direito natural era concebido como ‘direito comum’ (*koinós nómos* conforme o designa Aristóteles) e o positivo como direito especial ou particular de uma dada *civitas*”.³⁵

1.2.2.1 Cícero

A doutrina jurídica de Cícero baseia-se na teoria da lei natural. Como explica António Truyol-Serra, a ciência do direito não nasce dos éditos e nem mesmo da lei das Doze Tábuas, mas da razão, pois:

É esta que nos ensina que há em todos os homens uma razão comum, que provém de Deus, e é a lei em si. A todos aqueles a quem a Natureza concedeu razão, foi reta razão que lhes concedeu, e com ela a lei, que não é senão a reta razão enquanto ordena ou proíbe”.³⁶

Na obra *Da República*, Cícero opõe-se à doutrina de Carnéades, segundo a qual não há direito natural, mas apenas direito civil. Daí o sentido da afirmação de

³⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006, p. 25.

³⁶ TRUYOL-SERRA, António. **História da filosofia do direito e do estado**. Lisboa: Instituto Novas Profissões, 1985, p. 159.

que a reta razão é a verdadeira lei conforme a natureza, eterna e acessível a todos os homens.

Já na obra *Das Leis*, Cícero insiste na mesma tese ao afirmar que a lei não é obra da inteligência humana nem um decreto dos povos, mas algo de eterno que governa o mundo inteiro por prescrições e proibições:

(...) a lei não é uma invenção do espírito humano nem um decreto dos povos, mas algo de eterno que governa o mundo todo, mostrando o que é sábio prescrever ou proibir. Essa lei, dizem eles, do começo ao fim, é o espírito de Deus promulgando obrigações e vetos igualmente racionais. Por ser essa a sua origem, a lei que os deuses deram ao gênero humano é justamente celebrada, pois ela se confunde com a razão ou o espírito do sábio, que sabe o que é preciso ordenar e do que é preciso desviar os homens.³⁷

Em última instância, a lei é a mente de Deus promulgando, pela razão, as obrigações e as proibições. A reta razão precede a própria idéia de lei, da mesma forma como o espírito divino, assim: "(...) essa regra não precisava ser escrita para ser uma lei, ela já era desde a origem. Ela é contemporânea do espírito divino".³⁸

Cícero faz uma analogia entre a mente humana e a mente divina, estabelecendo entre elas uma escala: quando a razão é totalmente desenvolvida (no homem sábio), ela é lei (muito embora seja uma lei temporal). A gradação dessa escala é verificada no desenvolvimento da razão humana, ou seja, quanto mais sábio o homem, mais a mente humana (lei humana) se aproxima da mente divina (lei divina):

Assim, como a inteligência divina é a lei suprema, no caso do homem quando a razão é plenamente desenvolvida, ela deve ser lei; ora, a razão encontra-se desenvolvida no espírito do sábio. Quanto às leis diversas e temporais que são prescritas aos povos, estas recebem o nome de leis graças sobretudo a um favor, e não por um direito real. Com efeito, toda lei, para merecer verdadeiramente esse nome, deve ser digna de louvor (...).³⁹

³⁷ CÍCERO. *Des lois*. Tradução de Charles Appuhn. Paris: Garnier, 1954, p. 281.

³⁸ *Ibidem*, p. 283.

³⁹ *Ibidem*, p. 283.

Por ter Deus como autor, essa lei da reta razão é, naturalmente, superior às leis humanas. E exatamente neste ponto é possível notar uma diferença em relação a Aristóteles, pois Cícero é muito claro ao estabelecer uma hierarquia entre o natural e o instituído em matéria de direito, ao passo que Aristóteles simplesmente fazia essa distinção sem valorar a lei natural como superior às leis humanas.

Possivelmente, o que Aristóteles tinha em vista estava muito mais ligado à questão da universalidade: a lei natural é aquela perante a qual todos os homens são iguais, sem exceção, ao passo que a lei positiva pode visar o bem de um determinado grupo, mas não de outro, caracterizando-se como lei particular.

Por outro lado, o que importa para Cícero é menos a universalidade do que a utilidade, pois, para ele, a lei serve para prescrever ou proibir, isto é, serve para mostrar ao homem o que ele deve fazer para ser virtuoso.

De fato, o aspecto da utilidade da lei é tão marcante que a própria definição de lei está atrelada à escolha do bem, assim, a lei não é lei se apresenta efeitos nocivos. O seguinte trecho da obra Das Leis é bem elucidativo:

(...) não se pode qualificar de lei uma prescrição, de qualquer tipo e mesmo que o povo a adotasse, quando ela é nociva. Logo, a lei é o discernimento dos justos e dos injustos, tomando a natureza como norma em sua pureza antiga e primitiva, na natureza sobre a qual as leis humanas devem se reger para castigar os maus, dar segurança e proteger as pessoas de bem.⁴⁰

Como explica António Truyol-Serra:

Cícero leva às suas últimas conseqüências o dualismo aristotélico entre o justo natural e o justo convencional, um direito positivo oposto à *recta ratio* não pode ser propriamente tal, e carece, portanto, de autêntica validade.⁴¹

⁴⁰ CÍCERO. **Des lois**. Tradução de Charles Appuhn. Paris: Garnier, 1954, p. 285.

⁴¹ TRUYOL-SERRA, António. **História da filosofia do direito e do estado**. Lisboa: Instituto Novas Profissões, 1985, p. 159.

Em suma, para Cícero as leis humanas só seriam válidas quando estivessem em conformidade com a natureza, único critério sobre o qual devem se pautar as decisões humanas.

1.2.2.2 Santo Tomás

Após Cícero, o último grande momento da história do direito natural aparece em Santo Tomás.

Com o advento do cristianismo, “a lei natural passa a ser – direta ou indiretamente – a lei de Deus. Assim como Deus estabeleceu as leis que regulam o movimento dos corpos, determinou as leis que regulam a conduta do homem”.⁴²

Caberia ao homem, portanto, a missão de desvendar diretamente a lei de Deus, por meio da revelação nas Escrituras ou, indiretamente, pela razão.

Na Suma Teológica, Santo Tomás dá não apenas dois tipos de leis (naturais e humanas), mas quatro: lei eterna, lei natural, lei humana e lei divina. Ele entendia que a lei da natureza seria tomada a partir da lei eterna. Com efeito, esta é definida como “a razão divina que governa o mundo”.⁴³

A lei natural, por sua vez, remetendo-se à lei eterna, é a participação na lei eterna por meio da razão humana. Ou seja: enquanto ser dotado de razão, o homem é capaz de sondar a lei eterna, verdadeira linguagem cósmica e, a partir disso, instituir a lei natural. A lei natural consta de um preceito único e genérico que prega fazer o bem e evitar o mal.

A lei humana, por sua volta, consiste nos preceitos obtidos pela razão, derivados da lei natural, para lidar com as situações concretas. Para se passar da lei

⁴² BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1997, p. 37.

⁴³ *Ibidem*, p. 38.

natural à lei humana há duas maneiras diferentes: uma por meio de conclusões tiradas da lógica, ou seja, se é proibido fazer o mal, então é proibido matar um inocente sem motivo; e a outra por meio de determinação, ou seja, de um plano geral para uma situação concreta (se o culpado por um crime deve ser punido, como dispõe a lei natural, será a lei humana que vai estipular a pena a ser fixada).

Por fim, em relação ao ponto fundamental do jusnaturalismo, aquele que defende a supremacia do direito de natureza frente ao direito dos homens, Santo Tomás entende que qualquer lei estabelecida pelos homens é autêntica na medida em que deriva da lei da natureza, caso contrário será uma corrupção de lei.

A lei humana é, portanto, uma derivação da lei da natureza, uma subordinação do direito positivo ao direito natural. De fato, mais do que uma mera distinção entre o civil e o natural, o que se verifica nas passagens citadas da Suma Teológica é uma preocupação em expor a origem, isto é, o fundamento da lei humana. Diferentemente de Aristóteles, que se preocupava apenas em demonstrar que a lei humana é uma lei que carece de universalidade quando comparada à lei natural. Em termos de fundamento, a lei humana é colocada necessariamente abaixo da lei natural, da mesma forma como o homem se encontra abaixo de Deus, ou dos deuses, na visão de Cícero.

1.2.2.3 Grócio

Grócio foi um jurista holandês que, apesar de ser considerado um dos pais do direito natural moderno, é um pensador da transição entre a Idade Média e a modernidade.

Para ele, assim como para Santo Tomás, a lei natural ainda expressava a transcendência divina em oposição ao “direito humano” que emanava do poder civil.

Por meio de sua obra considerada mais importante, *Do Direito da Guerra e da Paz*, Grócio tornou-se conhecido como um teórico do direito internacional. A seguir, trecho da referida obra que trata do direito natural:

O direito natural nos é ditado pela reta razão que nos leva a conhecer que uma ação, dependendo se é ou não conforme à natureza racional, é afetada por deformidade moral ou por necessidade moral e que, em decorrência, Deus, o autor da natureza, a proíbe ou a ordena.

Os atos, a propósito dos quais se manifesta essa regra, são, por si mesmos, obrigatórios ou ilícitos e, como tais, são considerados necessariamente ordenados ou proibidos por Deus.⁴⁴

A referência a Deus é necessária, visto que a noção de lei natural tem, segundo Grócio, um fundamento essencialmente moral, e como na Europa do século XVII ainda havia um forte vínculo entre moral e religião, tornava-se praticamente impossível fundamentar o direito natural em bases que não fossem, de alguma maneira, teológicas.

Simone Goyard-Fabre explica que:

Essa concepção fundamentalmente moral do direito natural vincula sua noção à idéia tradicional de *lei natural* e esta, que se impõe por seu caráter paradigmático e sua vertente teleológica, remete a um horizonte transcendente e divino.⁴⁵

Isso é confirmado na obra *Do Direito da Guerra e da Paz* de Grócio, na qual recorre diversas vezes à autoridade da Bíblia para sustentar seus argumentos.

Contudo, em relação a Santo Tomás, é possível identificar em Grócio uma diferença, em razão de outro tipo de relação entre teologia e direito natural.

Do ponto de vista da história, Grócio acompanhava um movimento de “antropologização” do pensamento filosófico e jurídico, segundo o qual o homem passa a ser o centro das reflexões sobre a metafísica e, por conseguinte, sobre a

⁴⁴ GRÓCIO, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Tradução de Ciro Mioranza. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005, v. I, p. 79.

⁴⁵ GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 60.

moral. Doravante, a lei natural não se confunde mais com lei divina e o próprio direito passa a ser visto em outro registro que não aquele reservado exclusivamente à teologia.

Verifica-se, pois, um esforço de racionalização, que corresponde a um afastamento da reflexão puramente teológica, cujos efeitos fazem-se sentir não apenas no campo da filosofia e das ciências, mas também do pensamento jurídico-político. Cada vez mais, o conceito de direito passava a ser pensado em termos de uma natureza humana, na qual a razão desempenhava papel central.

Simone Goyard-Fabre refere-se ao “jusnaturalismo racionalista” como uma “revolução na maneira de pensar o universo jurídico”.⁴⁶ O próprio Grócio refere-se ao seu empreendimento como uma verdadeira ciência do direito natural: “ninguém tentou até o presente fazer disso o objeto de um tratado completo e metódico”.⁴⁷ Assim, está de acordo com sua proposta de aplicar um procedimento dedutivo e sistemático, por meio do qual o direito seria examinado à maneira dos geômetras.

Na busca dos fundamentos do direito, a referência à natureza em geral (a natureza das coisas) é, com efeito, substituída pouco a pouco pela referência à *natureza do homem*. Essa mutação conduzirá ao advento da “modernidade”. A “antropologização” do jusnaturalismo será na verdade a sua “modernização”, fundamentalmente ligada à transformação dos esquemas e das categorias até então pertencentes à filosofia.⁴⁸

Evidentemente, a teologia não é rejeitada em absoluto, mas é posta de lado em favor de uma ciência do direito natural fundada agora em uma antropologia. Há, portanto, um deslocamento que o pensamento jurídico opera em relação à idéia de natureza, que a partir de Grócio passa a ser associada nem tanto à natureza em

⁴⁶ GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 12.

⁴⁷ GRÓCIO, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Tradução de Ciro Mioranza. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005, v. I, p. 33.

⁴⁸ GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40.

geral – como à *physis* dos gregos ou à criação divina da tradição judaico-cristã – porém, muito mais à natureza do homem.

1.2.2.4 Pufendorf

Pufendorf foi um jusfilósofo alemão discípulo de Grócio, que considerava a lei natural um meio racional de conciliar os interesses particulares em sociedade. Para ele, as leis naturais estariam baseadas em regras universais de justiça, as quais poderiam ser deduzidas pela razão.

Assim como Grócio, Pufendorf defendia uma doutrina do direito natural pressupondo a existência de um ideal de justiça prévio à instituição do Estado, visto que ele se referia às leis naturais como sendo anteriores, mas não necessariamente superiores às leis civis.

A aproximação com as idéias de Grócio também são constatadas na utilização do método das ciências matemáticas e raciocínio indutivo. “Conforme aponta Pufendorf, usa-se o método dos matemáticos para a descoberta de um princípio imutável. Essa idéia, cara à Escola Clássica do Direito Natural, faz dele um Direito imutável, perene às transformações históricas e não suscetível aos diversos costumes e tradições dos diferentes povos”.⁴⁹

Pufendorf diferencia-se de Grócio, todavia, ao limitar a validade da lei natural à vida presente, ou mais especificamente, à sobrevivência do indivíduo em sociedade. Ele deixa de lado a discussão acerca da validade do direito no âmbito da vida após a morte, limitando-se a associar a lei natural às necessidades físicas da espécie humana, as quais podem ser supridas no convívio pacífico com os outros homens:

⁴⁹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 225.

(...) o Homem é um Animal muito cioso de sua própria Preservação; de *si próprio* sujeito a muitas *Necessidades*; *incapaz* de Sustentar-se sem a Ajuda de *outros* de sua Espécie; e, no entanto, maravilhosamente apto para em *Sociedade* promover um *Bem comum*. (...) Donde, deve-se inferir que, para sua Preservação, é absolutamente necessário que ele seja *sociável*, isto é, que ele se *una* aos de sua Espécie e que se *comporte* de tal forma para com eles, que não possam ter Motivo justificável para fazer-lhe Mal, mas sim para *promovê-lo* e *garanti-lo* em todos os seus Interesses.

Então, as Regras desse Companheirismo, que são as Leis da *Sociedade Humana*, por meio das quais os Homens são orientados sobre como se tornar Membros úteis dessa Sociedade, e sem as quais ela faz-se em pedaços, são chamadas de *Leis da Natureza*, ou *Direito Natural*.⁵⁰

É possível verificar um significativo afastamento da concepção teológica de lei natural, que como o próprio Pufendorf afirmava, praticamente se confundiam com as leis da sociedade humana.

A idéia de direito natural segundo Pufendorf implica não apenas em uma separação entre a esfera da Igreja e a do Estado, mas também em uma valorização do poder do Estado, o que permitiria aos pensadores do século XVIII refletir de forma mais apropriada sobre o direito positivo.

Em relação à necessidade de obediência às leis da sociedade humana, isto é, em cuidar da preservação da sociedade como se fosse lei divina, Pufendorf escreveu:

(...) E, uma vez que isso não pode ser alcançado de outra forma senão pela Observância do *Direito Natural*, deve-se entender que existe uma obrigação imposta ao Homem por Deus de prestar Obediência às Leis desse Direito, como um Meio, não *inventado* pela Inteligência ou *imposto* pela Vontade dos Homens, nem capaz de ser *mudado* por seus Humores e Inclinações; mas *expressamente* ordenado pelo próprio Deus para a *consecução* desse Fim.⁵¹

O problema da origem do direito natural é deslocado para o âmbito da política por se tratar de leis da sociedade humana estabelecidas pelos próprios homens, ao invés de obtidas por meio de revelação divina.

⁵⁰ PUFENDORF, Samuel. **Os deveres do homem e do cidadão, de acordo com as leis do direito natural**. Tradução de Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007, p. 95-96.

⁵¹ Ibidem, p.98.

Percebe-se, então, que em Cícero, Santo Tomás, Grócio e Pufendorf existia uma afirmação da lei humana e, muito embora, esta não pudesse se sobrepor à lei natural (lei divina), ainda assim é possível notar que a preocupação dos referidos filósofos em relação ao fundamento do direito positivo é maior do que em Aristóteles.

Tal preocupação atingirá seu auge na teoria política dos séculos XVII e XVIII, quando os filósofos da corrente contratualista, os quais serão analisados no capítulo seguinte, tentarão cada um à sua maneira não apenas inverter a hierarquia, mas também romper a relação clássica, mostrando que a lei humana não precisa necessariamente se subordinar à lei natural pelo simples fato de apresentarem fundamentos diferentes.

2 ROUSSEAU E O CONTRATO COMO FUNDAMENTO DO DIREITO

2.1 Contratualismo na Filosofia do Direito

Com o advento da Idade Moderna, a filosofia também sofreu profundas alterações. Se na Idade Antiga e na Idade Média a realidade era centrada na natureza e em Deus, na Idade Moderna o protagonista passou a ser o homem.

No Direito processou-se a mesma alteração. Ou seja, se antes o fundamento da ordem jurídica era encontrado na natureza, depois, acompanhando a nova onda antropomórfica, o ser humano é que passou a ser importante.

Em decorrência disso, a base da formação da sociedade e da vida pública passou a ser um contrato, obra eminentemente humana, e a teoria que defendia a ordem política e jurídica, como oriunda de um acordo estabelecido entre os homens, recebeu o nome de contratualismo, tendo em Rousseau um de seus principais expoentes.

Para bem compreender o contrato em Rousseau, faz-se necessária a retomada das fundações do contratualismo nas teorias de Hobbes e Locke.

2.2 Hobbes

O pensamento de Hobbes, como típico de sua época, constrói-se em oposição ao de Aristóteles, que até então era dominante. Hobbes sempre se reporta à doutrina aristotélica para perfazer sua própria filosofia, que representa bem o novo e revolucionário tempo em que viveu. É um dos primeiros filósofos a prescindir de Deus para explicar o funcionamento do universo.

Sua metafísica é, assim, materialista e baseada na noção de movimento, herdada da física de Galileu Galilei, porém, num movimento distinto do formulado por Aristóteles. “Como vimos, para Aristóteles, tudo o que se move naturalmente o faz para a realização da sua essência natural, para o seu acabamento”.⁵²

Em outras palavras, a ordem cósmica aristotélica obedecia a teleologia, ou seja, aquela em que cada coisa ocupa seu lugar próprio e sempre tende a continuar ocupando-o.

Com a ordem política aristotélica ocorreu a mesma coisa: “A teoria da tendência natural explica tanto o movimento da pedra que cai quanto a natureza política dos homens”.⁵³ Há um “movimento do homem tendendo naturalmente para o seu bem, que reside na cidade. Nela, os homens realizam plenamente a sua natureza, atualizando o que são potencialmente (animais políticos)”.⁵⁴ Por isso, Aristóteles é categórico ao defender a essencialidade da política na configuração do homem.

Movimento, para Hobbes, é apenas e tão-somente mudança de lugar. Não há uma ordem predeterminada que defina onde as coisas devem estar ou o espaço que devem ocupar. A lei que rege os movimentos é a lei da inércia: uma vez iniciado o movimento, este perdura até que outro corpo o faça parar. Com isso, não faz mais sentido a noção de que o homem é naturalmente um ser político.

Assim: “Diferentemente de Aristóteles, para Hobbes o homem não é naturalmente um animal político que se move naturalmente na direção da realização da sua essência que é política, pois o ser humano age primeiramente para a obtenção de benefícios próprios”.⁵⁵

⁵² FRATESCHI, Yara. Estado e direito em Thomas Hobbes. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política**: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008, p. 291.

⁵³ Ibidem, p. 291.

⁵⁴ Ibidem, p. 291.

⁵⁵ Ibidem, p. 291.

Não sendo por natureza um ser social, o natural no homem seria buscar o seu bem individual. Viver em sociedade torna-se, assim, uma construção artificial e fruto de uma escolha, que passa ser denominada de “pacto social”.

Nasce, assim, a teoria de que o Estado e seu aparato jurídico são construídos por um contrato firmado entre homens, o pacto social, cuja formação será detalhada a seguir.

2.2.1 A Construção do Leviatã pelo Contrato

Como exposto anteriormente, o homem *hobbesiano* não nasce apto para a sociedade, mas pode se tornar por meio da disciplina. A sociedade, portanto, é um produto artificial da vontade do homem e não obra da natureza.

O homem busca, antes de tudo, um benefício individual, identificando na constituição da sociedade política justamente a possibilidade de se beneficiar e viver melhor do que fora dela. A busca dos homens pela vida política não é por inclinação natural, pois o que se espera dela é lograr vantagens e honras.

A reunião em sociedade não tem origem, portanto, em amor ou amizade, mas no medo do estado de natureza e na utilidade e cumprimento do pacto social.

Não vivendo naturalmente num estado social e político, o homem *hobbesiano* passa a viver num estado originariamente de guerra. Para Hobbes, ao contrário de Aristóteles, a natureza não associa os homens, mas os dissocia. A condição natural não é, assim, de paz e convivência, mas de guerra e de terror.

Sendo os homens iguais por natureza – outra diferença em relação ao pensamento de Aristóteles – o estado natural entre eles, isto é, uma condição em que não há um Estado político capaz de obrigá-los a respeitarem as leis, é de competição e de desconfiança. Isso porque, na ausência de um Estado político, não há um poder capaz de limitar as ambições e as ações humanas. Assim, não

havendo esse poder, todo homem pode fazer o que bem entender, causando desordem e guerra, e fazendo surgir a insegurança que faz com que os homens se ataquem por antecipação, antes que sejam atacados.

Esse estado de natureza belicoso, no entanto, não é bom para os homens, muito pelo contrário, é adverso à sua preservação e segurança. A solução seria então a associação com outros homens visando uma maior proteção. Tal associação estabelece-se então como um meio eficaz de evitar a guerra e não como uma característica natural dos homens. A saída encontrada foi o pacto social que limita o direito natural e institui um poder soberano.

Assim, o que leva os homens a firmarem o pacto social são suas características naturais: a paixão e a razão. As paixões referem-se ao medo da morte e a esperança de uma vida melhor, e a razão dita as regras para o encaminhamento dos homens para a instituição do Estado.

A razão dá aos homens regras para preservação da vida, que são as chamadas *leis de natureza*. Elas prescrevem o que os homens devem fazer ao sair do estado precário de guerra em direção a um Estado político mais seguro, arcando com o ônus da perda da liberdade original.

A principal regra da razão determina a preservação da vida e a busca da paz. Deriva dessa regra a próxima, que recomenda que ele se abstenha do direito a todas as coisas, tratando-se de uma limitação do direito natural a todas as coisas, que acaba conduzindo a humanidade à guerra. Ou seja, todos os homens devem abdicar do direito a tudo, caso contrário, aquele que abdicasse se tornaria presa fácil de quem assim não o fizesse, sendo um acordo individual dos homens perante todos os outros, a coletividade. A terceira regra da razão indica que se cumpram os pactos celebrados, a fim de que as outras regras não sejam esvaziadas.⁵⁶

⁵⁶ FRATESCHI, Yara. Estado e direito em Thomas Hobbes. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política**: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008, p. 303-305.

Outras regras são enumeradas com o fito de prescrever mandamentos para a obtenção da paz. Porém, tais regras da razão não têm poder vinculante, não há nada que faça com que elas sejam obrigatoriamente cumpridas. Elas só passarão a ter poder vinculante com a instituição do Estado, que fará com que elas sejam positivadas e, se não cumpridas, resultarão na aplicação de sanções.

As regras racionais apontam no sentido do que é melhor para a conservação do homem ao sair do estado natural de guerra, sendo necessária a instituição de um poder comum competente que proteja o pacto social, por meio da criação do Leviatã, o qual terá poder absoluto. Confira-se:

Os homens autorizam todas as ações do soberano e criam o Leviatã, cujo poder é absoluto, após terem reconhecido que o direito ilimitado de todos a todas as coisas é, mais do que ineficaz, altamente prejudicial para a conservação das suas vidas, e após terem reconhecido que a instituição de um juiz com poder efetivo para fazer valer as sentenças é a melhor maneira de impedir que as suas opiniões discordantes levem à guerra generalizada de todos contra todos. Trata-se de uma aposta: nada garante efetivamente que o fim para o qual o Estado foi criado seja realizado, mas há mais razões para supor que é melhor e mais seguro viver sob esse poder do que em estado de guerra.

Que o soberano venha a atentar contra a via do súdito é um risco a que todos estão sujeitos, mas ainda assim é melhor enfrentá-lo do que viver sob a ameaça constante de que, a qualquer momento, qualquer homem poderá tirar a sua vida e bens. Esse é o cálculo que os homens fazem e que os leva à conclusão de que é mais seguro viver sob o poder do Leviatã do que permanecer em estado de natureza, e que, portanto, é melhor estar sujeito às arbitrariedades do soberano do que ao ataque generalizado. (...).⁵⁷

Dessa maneira, a instituição do Estado se dá por meio de um pacto em que todos os contratantes concedem poder absoluto ao soberano para tomar decisões como seu próprio nome, e esperando que este zele por sua vida e segurança, de forma racional para garantia da paz.

⁵⁷ FRATESCHI, Yara. Estado e direito em Thomas Hobbes. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política**: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008, p. 319.

2.3 Locke

Juntamente com Hobbes e Rousseau, Locke é um dos ilustres representantes do contratualismo. Diferentemente de Hobbes, Locke defendia uma limitação à autoridade soberana e, por esse motivo, foi considerado precursor das revoluções liberais.

Locke também defendia o direito de resistência contra o poder absoluto, por entender que os homens se associavam não apenas para segurança e conservação da vida, mas também para garantir a propriedade, que, na opinião dele, era um direito natural.

Sua obra *Dois Tratados sobre o Governo* engloba o Primeiro e o Segundo Tratado sobre o Governo Civil. O primeiro é uma refutação do poder absoluto e divino dos monarcas. O Segundo Tratado, por sua vez, é a obra propriamente positivista de Locke, que procura comprovar que a origem do poder político é o contrato social, na vontade dos homens e não na divina, devendo os homens resistir ao soberano com poder ilimitado.⁵⁸

Para ele, se os homens são naturalmente iguais, são também naturalmente livres de qualquer sujeição. “Eis o ponto de partida para recusar a monarquia absoluta de origem divina: o direito do governante não é natural e tampouco divino, mas derivado do consentimento humano”.⁵⁹

Yara Frateschi ainda acrescenta que em Locke:

(...) se o poder político é produto do consentimento humano ele não pode ser absoluto, pois os homens não têm como transferir um poder maior do que aquele que eles têm naturalmente sobre si mesmos. Poder absoluto é fruto de usurpação, sinônimo de tirania.⁶⁰

⁵⁸ FRATESCHI, Yara. Estado e direito em Thomas Hobbes. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política**: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008, p. 328.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 328.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 328.

Faz-se mister justamente a análise do contrato, “Para tanto será preciso dar as razões pelas quais os homens fazem o pacto e decidem abrir mão da liberdade e da igualdade naturais originando a sociedade civil”.⁶¹

Ora, os homens formam a sociedade justamente para proteger a propriedade, e Locke se encaixa bem na tradição contratualista: “Locke, assim como todos os autores contratualistas modernos, irá investigar o estado de natureza, bem como a lei e o direito natural”.⁶² Isso para saber as razões e os objetivos dos homens instituírem o Estado.

Parte-se, assim, para a forma com que Locke constrói seu raciocínio e, especialmente, as conclusões que ele chega a respeito da formação da sociedade por meio de um contrato.

O filósofo, dentro da tradição contratualista, analisa o estado de natureza em oposição ao estado civil. Inicia tratando o estado de natureza como um estado de liberdade e de igualdade, onde todos os homens respondem apenas à lei da natureza e são igualmente executores dessa lei.

Mesmo sendo um estado de liberdade, o estado de natureza não é um estado permissivo, pois os homens estão sujeitos à lei natural. Ou seja, a lei natural é o comando que determina a conservação da paz e da humanidade. Por isso, devem os homens buscar preservar a si mesmos e aos demais homens, estando proibidos de tirar a vida dos outros.

Os homens não devem destruir os outros homens, pois “nós somos artefatos de Deus e fomos feitos para durar enquanto Ele aprovar”.⁶³ E, como a lei de natureza determina a preservação de toda a humanidade, aquele que ataca ao homem ataca também a humanidade como um todo. “Logo, todo homem tem o

⁶¹ FRATESCHI, Yara. John Locke: estado e resistência. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política**: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008, p. 328.

⁶² Ibidem, p. 328.

⁶³ Ibidem, p. 329.

direito de punir o transgressor e de ser o executor da lei de natureza porque tem o direito de preservar a humanidade”.⁶⁴ Assim:

Em resumo, no estado de natureza vige uma lei que ordena a autopreservação, bem como a preservação da humanidade, e é a existência da lei natural e o dever que os homens têm de observá-la que faz Locke afirmar, ao mesmo tempo, que o estado de natureza é de liberdade, mas não de licenciosidade.⁶⁵

Mas não são todos que agem em conformidade à lei de natureza: “Contudo, nem todos os homens e em todos os momentos regulam as suas ações em conformidade com a razão, mas há aqueles que o fazem pela força, e é justamente aqui que reside a distinção entre o estado de natureza e o estado de guerra”.⁶⁶ Tem-se, então, além do estado de natureza original, pautado pela razão e pela liberdade, um estado de guerra.

Dessa forma, quando alguém se coloca em estado de guerra em relação a outrem, este tem o direito, dado pela lei de natureza, de destruí-lo. Isso pode ser feito tanto em relação a um criminoso como em relação a um governante tirânico.

A passagem do simples estado de natureza para o estado de guerra dá-se a partir de um ato violento iniciado, a violência continua e torna-se difícil interrompê-la. Em razão disso, o objetivo do homem que se une em sociedade é evitar o estado de guerra e, para isso, há necessidade de abandonar o estado de natureza. Porém, a introdução do dinheiro nas relações humanas fará com que o estado de natureza se dirija cada vez mais ao estado de guerra.

Para Locke, então, é vantajoso para o homem sair do estado de natureza para poder usufruir a propriedade, pois, apesar de desfrutar de liberdade, não tem segurança. O objetivo da reunião numa sociedade civil é garantir a propriedade contra a insegurança e a incerteza do estado de natureza. Assim, a propriedade em

⁶⁴ FRATESCHI, Yara. John Locke: estado e resistência. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política**: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008, p. 329.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 329.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 329.

Locke não é apenas a soma dos bens materiais, consistindo na vida, na liberdade e nos bens dos homens.

Dessa forma, se no estado de natureza todos os homens são iguais, os bens poderiam ser divididos igualmente entre todos eles. E de fato são. O que dá a propriedade para os homens não é a natureza e sim, seu trabalho. Ou seja, com o fruto do seu trabalho, o homem passa a tomar como seu algo que a natureza originalmente dispôs para todo o gênero humano.

Com isso, o homem transforma-se em proprietário ainda no estado de natureza, antes mesmo da instauração da sociedade política, em função do trabalho passa a agregar bens naturais.

Existe, todavia, um limite para a acumulação da propriedade no estado de natureza. Tal limite é dado pela própria natureza: o homem só pode acumular o que for capaz de consumir, ou seja, é dado pelo próprio uso humano. Isso em função da lei de natureza, que determina a autopreservação e a conservação da humanidade como um todo. Acumular mais que o necessário é causar escassez para o resto da humanidade, o que vai contra a lei de natureza. E é a tentativa de fugir dessa limitação pelo uso, que conduziu à invenção do dinheiro.

Com o dinheiro, deixam de existir os limites naturais para o acúmulo de propriedades, acarretando a desigualdade nas posses e tornando possível a desigualdade dos homens. Conseqüentemente, surgem as desigualdades nas posses – em contraste com a original igualdade natural – e passam a ocorrer controvérsias sobre o direito de propriedade e a necessidade de um árbitro imparcial, que julgue dentro de regras fixas para punir delitos com penalidades previstas em lei.

Dessa forma, a conservação da propriedade no estado ainda natural torna-se cada vez mais frágil e um governo passa a ser necessário para protegê-la. Faltam no estado de natureza três elementos que permitem a conservação segura da propriedade: (i) uma lei fixa e conhecida para regular as possíveis controvérsias; (ii)

um juiz imparcial que resolva as controvérsias; e (iii) um poder capaz de executar as sentenças.

2.3.1 O contrato na construção do estado liberal

A saída do estado de natureza para a entrada no estado civil não é pacífica nem natural, mas feita por opção racional dos homens. A sociedade política é, portanto, resultado de um pacto.

Importante sempre frisar que o motivo que leva os homens a saírem do estado de natureza e a formar o governo civil é a conservação da propriedade. Por maioria, os homens devem nomear os que farão as leis e que velarão pelo seu cumprimento.

Como os homens se reúnem em sociedade para proteger sua vida, sua liberdade e seus bens – que constituem, em conjunto, a propriedade – o governo formado não pode ir contra esses elementos. Daí os poderes não serem ilimitados nem absolutos, originando o direito de resistência. Na análise de Amaury César Moraes:

Sendo assim, os homens necessitam disciplinar essas relações, de forma que cada um tenha garantido o seu usufruto e liberdade. Essa garantia advém do consentimento mútuo da formação de um governo: (a) é necessário estabelecer uma lei positiva, de total consentimento dos associados, um pacto; (b) é necessário existir um juiz que resolva, dentro da lei estabelecida, as dissensões havidas entre os homens; (c) é necessário o estabelecimento de uma força que execute as sentenças e imponha o respeito à lei. Portanto, o governo é estabelecido para que desapareçam os inconvenientes das incertezas e inseguranças do estado de natureza, em que cada homem é legislador, juiz e executor (poder de castigo). Como diz Locke, esse direito original é a origem dos poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.⁶⁷

⁶⁷ MORAES, Amaury César. Liberalismo e propriedade no “capítulo V” do segundo tratado sobre o governo de Locke *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 76-77.

O governo será formado de modo a poder garantir a defesa dessas instâncias. Será dividido em Poder Legislativo, Poder Judiciário e Poder Federativo (o responsável pelas guerras e pelas relações exteriores). Os poderes, pela razão com que foram formados, não podem ser arbitrários, e nem atentar contra as liberdades e propriedades dos súditos. Isso transformaria um governo legítimo em tirania.

Em relação à melhor forma de governo, se monarquia, aristocracia ou democracia, Locke pondera que cabe ao povo resolver qual é mais adequada.

2.4 Rousseau

Tendo exposto os fundamentos das doutrinas jusnaturalista e contratualista com seus principais referenciais, alcança-se Rousseau.

O filósofo viveu no auge do chamado Iluminismo. Havia, na época, a convicção de que a razão humana bastaria para solucionar todos os problemas da humanidade, demonstrando um exacerbado otimismo.

Porém, Rousseau não era otimista como seus contemporâneos. Ele mantinha duas desconfianças quanto ao conhecimento racional, sobre sua utilidade e o perigo de seu uso na administração pública.

Há no pensamento de Rousseau a exaltação do primitivo, por entender que o homem não civilizado tinha meios de garantir sua independência e anseios de forma relativamente tranqüila. O progresso da civilização, portanto, acarretou males, mas como não se podia mais voltar atrás, deveriam ser usadas as próprias armas da civilização para combater seus efeitos nocivos.

Se de alguma forma Rousseau destoa da empolgação de sua época com os progressos do conhecimento, por outro lado, ele também não foge das principais questões de seu tempo. A saber:

A filosofia política de Rousseau pode ser dita herdeira de grande parte das questões deixadas pelo pensamento contratualista que o precedeu, tais como a necessidade de uma fundamentação legítima do Estado, a natureza do poder soberano, a dimensão da liberdade presente na condição civil e as formas do seu devido exercício. Entretanto, se Rousseau acolhe essa agenda preliminar de problemas, ele também a transforma e, em certa medida, a *supera* devido à radicalidade do tratamento por ele dispensado: o recurso ao “estado de natureza” não será empregado para fundamentar um código de direitos inatos, mas para investigar as transformações da liberdade humana que exigem um comportamento político ativo para se manifestar: o recurso ao “contrato” não será tomado para legitimar a submissão dos membros do Estado a uma autoridade a eles exterior, mas para assegurar a cada um o *status* de criador e de participante da autoridade política; a separação das funções do Estado em instituições distintas não será feita para cindir a autoridade política entre indivíduos e grupos particulares, mas para possibilitar que a autoridade soberana, atribuída inteiramente à vontade popular, encontre as condições estruturais para se fazer cumprida. Assim, (...) as respostas de Rousseau ao contratualismo moderno nos colocam uma nova agenda de problemas e um novo leque de exigências normativas tão difíceis de serem cumpridas quanto necessárias para “podermos continuar andando de cabeças erguidas”, quer dizer, para podermos sustentar a pretensão de vivermos numa comunidade de cidadãos livres e iguais.⁶⁸

2.4.1 O Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens

Rousseau pertence à tradição contratualista pela preocupação com o fundamento racional da instituição do Estado, através da passagem do estado de natureza para o estado civil, mediada pela noção de pacto social, também denominado de contrato social. Os mecanismos dessa passagem do estado natural para o social são detalhadamente expostos na obra de Rousseau denominada Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens (adiante referida apenas como Discurso sobre a Desigualdade entre os Homens).

⁶⁸ MORAES, Amaury César. Liberalismo e propriedade no “capítulo V” do segundo tratado sobre o governo de Locke. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia.** São Paulo: Atlas, 2007, p. 355.

Rousseau escreveu o Discurso sobre a Desigualdade entre os Homens para concorrer ao prêmio oferecido em 1753 pela Academia de Dijon, que apresentava o seguinte tema: “Qual é a origem da desigualdade entre os homens e se ela é autorizada pela lei natural.” Apesar do fato de ser classificado em segundo lugar, Rousseau produziu uma das críticas sociais mais contundentes de toda a história do pensamento político. Contra a opinião comum vigente no século XVIII que, de certa forma, aceitava uma origem natural para as desigualdades entre os homens, o filósofo defendeu a tese radicalmente oposta de que as desigualdades resultavam de causas exclusivamente sociais, não havendo nada na natureza que pudesse justificá-las como legítimas.

Tal posicionamento assumido por Rousseau colocou em xeque, entre outras coisas, a legitimidade da escravidão, que desde a Política de Aristóteles era vista como uma condição natural para certos homens. Na visão de Aristóteles, alguns homens teriam nascido para serem senhores e outros para serem escravos, ao passo que para Rousseau, todos os homens eram livres por natureza.

Em linhas gerais, o Discurso sobre a Desigualdade entre os Homens narra a história hipotética da sociedade, partindo de uma origem conhecida como estado de natureza, passando pelo momento em que a sociedade é efetivamente instituída na forma de um estado civil firmado pelo contrato social, por meio do qual são estabelecidas as leis e o governo, até chegar ao seu fim ocasionado pelo desenvolvimento das desigualdades nas relações sociais e que, em razão da corrupção das instituições, resultam em um estado de dissolução de todo e qualquer tipo de sociabilidade entre os homens.

Ao longo desse percurso, no qual se explicitam as causas da degeneração das instituições à medida que o homem se afasta de sua condição original, Rousseau procura traçar a gênese da desigualdade, mostrando como ela surge e vai se estabelecendo ao longo do desenvolvimento das relações humanas, além de apontar as implicações desse progresso da desigualdade na vida dos homens em sociedade.

O grande mérito de Rousseau com o Discurso sobre a Desigualdade entre os Homens foi o de ter explicitado a distinção entre natureza e sociedade ao mostrar que a desigualdade é instituída, ou seja, que ela é uma construção social e não algo natural. Com isso, Rousseau afirma em resposta à Academia de Dijon que, ao contrário daquilo que pensavam os filósofos do direito natural – Grócio, Pufendorf, Locke e Hobbes – a desigualdade tem uma origem institucional, e ainda, que ela não é autorizada pela lei natural.⁶⁹

A análise a seguir será limitada às passagens que se referem à instituição da sociedade, bem como aos textos que se relacionam com o momento em que os homens decidem deixar o estado de natureza e passam a viver em sociedade segundo um pacto de associação ou, mais precisamente, um contrato. Dessa forma, faz-se necessária uma breve exposição geral da obra, para demonstração da articulação do pensamento político rousseauiano.

O Discurso sobre a Desigualdade entre os Homens é dividido em duas partes: na primeira, Rousseau descreve o homem no estado de natureza, e, na segunda, ele acompanha o processo segundo o qual os homens instituem o estado civil e vão se corrompendo na medida em que a sociedade se desenvolve.

Na primeira parte do Discurso sobre a Desigualdade entre os Homens verifica-se uma das premissas fundamentais do pensamento político de Rousseau: o homem em estado de natureza não é sociável. Trata-se da negação da teoria aristotélica que considera o homem um animal político, um ser que estabelece sociedade com seus semelhantes naturalmente.

Para Rousseau, todos os filósofos anteriores teriam concebido o homem natural com base nas descrições dos selvagens das Américas feitas pelos navegadores da época e, dessa maneira, estariam descrevendo não exatamente o homem em sua essência, pois o homem em estado de natureza seria anterior a toda forma de sociabilidade, e sim o homem civilizado. É por isso que, em relação aos

⁶⁹ PISSARRA, Maria Constança Peres. **Rousseau**: a política como exercício pedagógico. São Paulo: Moderna, 2003, p. 42-43.

seus predecessores, Rousseau discordava, pois: “falavam do homem selvagem e descreviam o homem civil”.⁷⁰

O objetivo de Rousseau na primeira parte do Discurso sobre a Desigualdade entre os Homens é conhecer o homem em sua essência, isto é, descrevê-lo tal como ele seria na época em que vivia isolado dos outros homens, ou seja, antes da formação de qualquer tipo de sociedade. Trata-se, evidentemente, de uma abstração que, segundo ele, faltava nas análises que os filósofos faziam do homem em estado de natureza, vez que os livros sobre o assunto referiam-se apenas a selvagens que, de uma forma ou de outra, já haviam desenvolvido algum tipo de sociedade, ainda que rudimentar.

De acordo com Rousseau, somente pelo conhecimento dessa essência do homem seria possível compreender a situação atual da sociedade. Explica Luiz Roberto Salinas Fortes que “é preciso ir até a essência do homem para poder julgar sua condição atual”.⁷¹ Daí a justificativa do método adotado por Rousseau em sua pesquisa pelo homem original:

Comecemos, pois, por descartar todos os fatos, pois eles não se prendem à questão. Não se devem tomar as pesquisas que se podem realizar sobre esse assunto por verdades históricas, mas somente por raciocínios hipotéticos e condicionais, mais apropriados para esclarecer a natureza das coisas do que para lhes mostrar a verdadeira origem, e semelhantes aos que fazem, todos os dias, os nossos físicos sobre a formação do mundo.⁷²

Rousseau rejeita igualmente os livros científicos “que só nos ensinam a ver os homens tais como eles se fizeram”⁷³ e, conforme relatos de historiadores, ele buscava conhecer o homem “sem recorrer aos incertos testemunhos da história”⁷⁴, a fim de trabalhar com o estado de natureza em termos puramente hipotéticos e

⁷⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 161.

⁷¹ FORTES, Luiz Roberto Salinas. **Rousseau: o bom selvagem**. São Paulo: Discurso, 2007, p. 49.

⁷² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 161.

⁷³ Ibidem, p. 154.

⁷⁴ Ibidem, p. 176.

conjecturais. É por isso que, sobre a condição original do homem, Rousseau afirmava tratar-se de um estado que “já não existe, que talvez não tenha existido, que provavelmente jamais existirá”.⁷⁵

A originalidade de Rousseau consiste, portanto, em ter analisado o homem natural numa condição verdadeiramente pré-social, abstraindo-o até mesmo do modelo de selvagem que havia sido concebido com base nas categorias do pensamento europeu do século XVIII. Tudo isso se passa como se ele olhasse para uma estátua desfigurada pelas intempéries do tempo e tentasse descobrir qual era sua aparência original no passado:

Tal como a estátua de Glauco que o tempo, o mar e as tempestades haviam desfigurado tanto que se parecia menos com um deus do que com um animal feroz, a alma humana, alterada no seio da sociedade por mil causas incessantemente renascentes, pela aquisição de um grande número de conhecimentos e erros, pelas mudanças ocorridas à constituição dos corpos e pelo choque contínuo das paixões, mudou, por assim dizer, de aparência a ponto de ficar quase irreconhecível (...).⁷⁶

E ao buscar os atributos mais essenciais do homem, Rousseau descobre que a natureza do homem é boa e a sociedade é que o corrompe. Com isso, ele se distingue de Hobbes, para quem o homem era essencialmente mau e por isso vivia permanentemente em guerra com seus semelhantes. Como explica Luiz Roberto Salinas Fortes, Rousseau introduz uma correção no pensamento de Hobbes:

(...) Os homens são maus, mas não intrinsecamente maus, não enquanto portadores dos atributos da espécie *homem*. A essência, a *natureza* do homem é essencialmente boa; o que vemos diante de nós é uma degradação, uma degenerescência dessa *natureza* originária, em si mesma límpida e rica em potencialidades.⁷⁷

Na segunda parte do Discurso sobre a Desigualdade entre os Homens – que é a que interessa para esse trabalho – Rousseau descreve o processo que teria levado esse hipotético homem insociável a sair do estado de natureza, a fim de

⁷⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 151.

⁷⁶ Ibidem, p. 149-150.

⁷⁷ FORTES, Luiz Roberto Salinas. **Rousseau: o bom selvagem**. São Paulo: Discurso, 2007, p. 37.

passar para o estado civil. A primeira pergunta que se apresenta no texto diz respeito ao motivo pelo qual o homem teria abandonado o estado de natureza, visto que, por natureza, os homens não estabelecem sociedade entre si e, em sua condição original, não teriam motivo para deixar um estado de liberdade absoluta por outro repleto de convenções e constrangimentos.

Rousseau vai além e afirmava que o homem no estado de natureza quase não se diferenciava de um animal, pois não tinha sequer a razão desenvolvida, atributo que surgirá, posteriormente, junto com a sociabilidade. As únicas faculdades distintas dos animais eram: a liberdade e a capacidade de se aperfeiçoar (perfectibilidade). Conjugadas, elas permitiam ao homem superar os obstáculos que ameaçavam sua sobrevivência como, por exemplo, as condições climáticas desfavoráveis – invernos longos e verões escaldantes – que teriam forçado o homem primitivo, que se alimentava apenas de frutos que colhia nas florestas, a mudar seus hábitos alimentares, passando de vegetariano a carnívoro, e a desenvolver outros meios de obtenção de alimentos para a sobrevivência, através da caça e da pesca.

Nesse estágio, todavia, a sociabilidade ainda não se encontrava desenvolvida, pois, muito embora os homens pudessem se reunir em bandos para obter mais sucesso na caça, esses agrupamentos se dissolviam tão logo as necessidades físicas estivessem satisfeitas. Rousseau se refere a tais agrupamentos como “as raras ocasiões em que o interesse comum devia fazer com que contasse com a assistência de seus semelhantes”.⁷⁸

De qualquer forma, o filósofo considerava que essas foram as primeiras formas de associação entre os homens dispersos:

Eis como puderam adquirir insensivelmente certa idéia grosseira dos compromissos mútuos e da vantagem de cumpri-los, mas somente o quanto o poderia exigir o interesse presente e palpável, pois a previdência nada representava para eles e, longe de ocupar-se de um futuro distante, não pensavam sequer no dia seguinte.⁷⁹

⁷⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 206.

⁷⁹ Ibidem, p. 206-207.

Rousseau é tão radical na questão da falta de sociabilidade do homem natural que nem mesmo considera a família como uma forma estável de sociedade e, nesse aspecto, ele também se distingue de Locke, que defendia a família como primeira forma de sociedade.⁸⁰

Os homens, para Rousseau, se uniriam às mulheres apenas para satisfação das necessidades sexuais e os filhos abandonariam as mães assim que conseguissem viver sem ela. Dessa forma, o desenvolvimento das faculdades humanas iriam, aos poucos, cada vez mais aproximando os indivíduos dispersos.

No entanto, esses progressos devidos à perfectibilidade começaram lentamente a ser utilizados não apenas para a satisfação das necessidades imediatas, mas também para atender ao anseio de necessidades futuras. Na lição de Luiz Roberto Salinas Fortes: “graças à perfectibilidade o homem se afasta cada vez mais da tutela da natureza e acaba por desviar-se, aventurando-se por caminhos que lhe serão funestos”.⁸¹

O episódio que marca essa transformação decisiva na história da sociedade é o da descoberta da metalurgia e da agricultura, quando o homem passou a cultivar a terra com seus instrumentos de ferro, forçando-a a produzir mantimentos que seriam consumidos em tempos de escassez. O cultivo da terra leva então à idéia de partilha – uma espécie de embrião da idéia de propriedade – de tal modo que, dos inevitáveis conflitos com os outros homens que também queriam terras para cultivar. Estabelecem-se as primeiras regras de justiça “para dar a cada qual o seu, cumpre que cada qual possa ter alguma coisa”.⁸²

A partir da referida noção de justiça, surgiu a idéia de direito de propriedade fundada no trabalho sobre a terra, pois:

⁸⁰ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 451.

⁸¹ FORTES, Luiz Roberto Salinas. **Rousseau: o bom selvagem**. São Paulo: Discurso, 2007, p. 63.

⁸² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 216.

(...) é o trabalho apenas que, dando ao lavrador o direito sobre o produto da terra que lavrou, dá-lhe, conseqüentemente, o direito sobre o solo, pelo menos até a colheita, e assim, de ano em ano, o que vinha a ser uma posse contínua se transforma facilmente em propriedade.⁸³

Sendo a propriedade fundada no trabalho sobre a terra, os homens logo perceberam que o maior ou menor trabalho sobre a terra resultaria em maior ou menor posse. Nesse estágio, o desejo pela estima pública fazia com que cada um se esforçasse para ser o primeiro aos olhos dos outros, surgindo o esforço de alguns para possuir mais terra do que os demais e, com isso, tornarem-se ricos; cabendo registrar que, para Rousseau, os ricos só são ricos porque desfrutam de coisas que os pobres cobiçam.

Assim, ficava impossível qualquer regra de justiça no sentido de uma distribuição igualitária das terras entre os homens, que passaram a se prejudicar mutuamente cada vez mais devido à ambição pelo aumento de sua fortuna relativa.

A idéia de propriedade despertava então o sentimento de inveja que, por sua vez, mobilizava as ações que visavam estabelecer uma condição de superioridade de cada um em relação a todos os outros. A saber:

(...) Enfim, a ambição devoradora, a gana de aumentar sua fortuna relativa, menos por verdadeira necessidade do que para ficar acima dos outros, inspiram a todos os homens uma nefanda inclinação para se prejudicarem mutuamente, uma inveja secreta tanto mais perigosa quanto, para aplicar seu golpe com maior segurança, freqüentemente assume a máscara da benevolência; em suma, concorrência e rivalidade de um lado, oposição de interesses do outro e sempre o desejo oculto de tirar proveito à custa de outrem; todos esses males constituem o primeiro efeito da propriedade e o cortejo inseparável da desigualdade nascente.⁸⁴

Surgem os pobres em decorrência da expansão das posses daqueles que conseguiam mais terras, os ricos, de tal maneira que o estabelecimento das relações

⁸³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 216.

⁸⁴ Ibidem, p. 218.

de dominação e de servidão decorrentes da idéia de propriedade resultava, necessariamente, em violência. Os ricos passariam a conviver com a possibilidade de ter suas posses roubadas e, exatamente por isso, acabariam sendo forçados a subjugar os potenciais ladrões mediante o exercício da força. É, portanto, a partir da idéia de propriedade enquanto direito que surge o estado de guerra entre os homens:

Foi assim que, tendo os mais poderosos ou os mais miseráveis feito de suas forças ou de suas necessidades uma espécie de direito ao bem alheio, equivalente, segundo eles, ao da propriedade, a igualdade rompida foi seguida pelas mais terríveis desordens; foi assim que as usurpações dos ricos, as pilhagens dos pobres, as paixões desenfreadas de todos, ao abafarem a piedade natural e a voz ainda fraca da justiça, tornaram os homens avaros, ambiciosos e maus. Levantava-se entre o direito do mais forte e o direito do primeiro ocupante um conflito perpétuo que só terminava por combates e assassínios. À sociedade nascente seguiu-se um terrível estado de guerra; o gênero humano, aviltado e desolado, já não podendo voltar atrás nem renunciar às infelizes aquisições que fizera e trabalhando apenas para a sua vergonha, pelo abuso das faculdades que o dignificam, colocou a si mesmo às portas de sua ruína.⁸⁵

Contudo, os ricos logo perceberam que o estado de guerra perpétua não lhes era vantajoso, pois além de custo alto do exercício constante da força para manter a segurança privada, o direito adquirido era precário e poderia ser anulado a qualquer momento pela força dos pobres. Diante da impossibilidade de manter seus bens pela força, vez que os pobres eram mais numerosos, um rico mais astuto concebeu a idéia de criar um poder supremo que garantisse, por meio de leis, o direito de propriedade a todos, estabelecendo dessa maneira um estado de paz e segurança.

Dessa forma, como os pobres também desejavam o fim do estado de guerra, eles aceitaram a proposta do rico, ainda que não fossem imediatamente beneficiados, pois a lei só beneficiaria aqueles que possuísem algo, o que não era o caso deles. Eis o discurso do rico:

⁸⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 219.

(...) Unamo-nos, disse-lhes, para resguardar os fracos da opressão, conter os ambiciosos e assegurar a cada qual a posse do que lhe pertence. Instituíamos regulamentos de justiça e de paz aos quais todos sejam obrigados a adequar-se, que não abram exceção a ninguém e reparem de certo modo os caprichos da fortuna, submetendo igualmente o poderoso e o fraco a deveres mútuos. Em suma, em vez de voltarmos nossas forças contra nós mesmos, reunamo-las em um poder supremo que nos governe segundo leis sábias, que proteja e defenda todos os membros da associação, rechace os inimigos comuns e nos mantenha numa concórdia eterna.⁸⁶

Os pobres decidiram então abrir mão de sua liberdade natural do estado de guerra para submeterem-se às leis do estado civil. Na verdade, eles vislumbravam a possibilidade de um dia tornarem-se ricos e, por isso, acreditavam que tal conduta seria um bom negócio para eles. Imaginavam que seriam beneficiados por um contrato, por meio do qual todos abririam mão de algo para que todos fossem igualmente beneficiados pela sociedade instituída.

Todavia, o rico havia estabelecido uma sociedade na qual apenas os ricos seriam beneficiados, ou seja, para aqueles que nada possuíam, o direito de propriedade era simplesmente inócuo e só serviria para impedir que os pobres tomassem a propriedade alheia. Nas palavras de Rousseau, a instituição da sociedade e das leis:

(...) criaram novos entraves para o fraco e novas forças para o rico, destruíram em definitivo a liberdade natural, fixaram para sempre a lei da propriedade e da desigualdade, de uma hábil usurpação fizeram um direito irrevogável e, para o lucro de alguns ambiciosos, sujeitaram daí para frente todo o gênero humano ao trabalho, à servidão e à miséria.⁸⁷

Na seqüência da narrativa de Rousseau, verifica-se a progressiva corrupção do governo instituído, que acaba se tornando uma tirania devido à desigualdade das obrigações de um contrato, que só obrigava uma das partes e concedendo tudo para um dos lados e não restando nada para o outro e, assim, revertendo-se em prejuízo daqueles que, mesmo nada possuindo, se comprometiam a proteger a propriedade

⁸⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 221.

⁸⁷ Ibidem, p. 222.

dos outros. O trecho do Discurso sobre a Desigualdade entre os Homens, a seguir, resume bem tal obra:

O primeiro que, tendo cercado um terreno, atreveu-se a dizer: *Isto é meu*, e encontrou pessoas simples o suficiente para acreditar nele, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassinios, quantas misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, houvesse gritado aos seus semelhantes: “Evitai ouvir esse impostor. Estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não é de ninguém!” Porém, ao que tudo indica, então as coisas já haviam chegado ao ponto de não mais poder permanecer como eram, pois essa idéia de propriedade, dependente de muitas idéias anteriores que só puderam nascer sucessivamente, não se formou de uma só vez no espírito humano. Foi necessário fazer-se muitos progressos, adquirir-se muito engenho e luzes, transmiti-los e aumentá-los de século em século, antes de se chegar a esse derradeiro limite do estado de natureza.⁸⁸

O resultado da divisão entre ricos e pobres acabou se tornando uma divisão entre senhores e escravos. O fim da sociedade chegou no momento em que o governo se tornou despótico, o que Rousseau simbolizou na imagem do monstro que esmaga sobre seus pés as leis e o povo.

A seguir, será analisada a principal obra de Rousseau denominada Do Contrato Social (adiante referida apenas como Contrato Social), cuja proposta é de um estado ideal e legítimo, resultante de consenso para garantir os direitos de todos os cidadãos, próximo da vontade geral e distante da corrupção.

2.4.2 Contrato Social

No Contrato Social, Rousseau faz uma exposição dogmática dos princípios do direito político, uma explicitação, passo a passo, dos fundamentos e dos componentes do Estado ideal.

⁸⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 203.

O texto de Rousseau descreve os passos dessa gênese que constituem o programa a ser seguido pelo corpo político, ou seja, como ele (i) ganha vida e passa a existir, para mostrar o surgimento da necessidade do contrato social; (ii) adquire movimento e vontade necessários para sua preservação, surgindo a origem da necessidade da legislação; e (iii) conquista força, sem a qual o movimento e a vontade seriam inoperantes, apresentando a necessidade de governo, ou melhor, de Poder Executivo.

É possível identificar no Contrato Social uma clara distinção entre teoria e prática, mormente pelo fato do texto estar estruturado da seguinte forma: no início descreve as condições ideais de um Estado absolutamente inexistente na prática, e, em seguida, passa a apontar problemas concretos extraídos da história de Estados que realmente existiram e as propostas de soluções para adiar o máximo possível a morte do corpo político.

Referida bipartição entre o ideal e o concreto encontra-se em todo o texto e tem como princípio contrapor o universal ao particular, deixando de um lado a teoria de modo geral, e, de outro, certas considerações dessa teoria em situações particulares. Tal esquema é anunciado, de certa forma, logo no Livro I, Capítulo 1 do Contrato Social: “Esforçar-me-ei sempre, nessa procura, para unir o que o direito permite ao que o interesse prescreve, a fim de que não fiquem separadas a justiça e a utilidade”.⁸⁹

Com isso, Rousseau procura estabelecer um meio-termo entre o idealismo distante na prática e o imediatismo passível de resolver problemas particulares, perdendo de vista, porém, estratégias de longo prazo para conservação do todo.

Evidentemente, entre a teoria e a prática há um distanciamento quase intransponível, que adiante será realizado pelo legislador no Livro II, Capítulo 7 do Contrato Social, por meio do qual é feita a passagem dos princípios teóricos para a aplicação prática. Sem a existência de tal figura, as descrições do Estado ideal de Rousseau permaneceriam na mais completa abstração utópica.

⁸⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 27.

Isto posto, passa-se ao exame dos Livros do Contrato Social para possibilitar a compreensão do pacto social apresentado por Rousseau e compará-lo com aquele concebido no Discurso sobre a Desigualdade entre os Homens. O Contrato Social é composto por quatro Livros, todavia, para os propósitos do presente trabalho, a atenção será voltada para o Livro I, que é o que trata da idéia de contrato.

2.4.2.1 Livro I do Contrato Social

No Livro I do Contrato Social, Rousseau está interessado naquilo que torna legítima a ordem social, não para se perder em generalidades, mas para se concentrar na questão relevante das teorias políticas que são as relações de autoridade entre os homens.

Partindo da idéia de liberdade natural defendida pelos filósofos jusnaturalistas, Rousseau questiona a possibilidade de conceber uma ordem social legítima fundada no dever de obediência, considerando-se que o homem é livre por natureza, ou seja, “o homem nasce livre, e por toda parte encontra-se a ferros”.

A questão se impõe, uma vez que toda e qualquer ordem social estabelecida a partir de relações de autoridade, envolvendo senhores e escravos, não poderia ser legítima tendo-se como pressuposto o princípio de que o homem nasce livre. Como afirma Rousseau no Capítulo 4 do Livro I do Contrato Social, se o homem não é livre, então ele não pode sequer ser homem, pois:

Renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, e até aos próprios deveres. Não há recompensa possível para quem a tudo renuncia. Tal renúncia não se compadece com a natureza do homem, e destituir-se voluntariamente de toda e qualquer liberdade equivale a excluir a moralidade de suas ações. Enfim, é uma inútil e contraditória convenção a que, de um lado, estipula uma autoridade absoluta, e, de outro, uma obediência sem limites.⁹⁰

⁹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 33.

Destaque-se que Rousseau utiliza o termo “convenção” para marcar a diferença entre a ordem civil e a ordem natural. De fato, no Capítulo 1 do Livro I do Contrato Social a ordem social é considerada “um direito sagrado que serve de base a todos os outros”, e que “não se origina da natureza: funda-se, portanto, em convenções”.⁹¹ Assim, a convenção por ser considerada sagrada para o alcance do efeito almejado, parte-se do princípio de que ela deve ser inviolável.

Rousseau passa então a analisar a família como única sociedade natural por ele admitida, conforme aborda no Capítulo 2 do Livro I do Contrato Social, por meio da observação empírica de que até o laço entre pais e filhos é dissolvido quando os filhos não precisam mais da proteção deles, não havendo, portanto, autoridade natural dos pais. Muito menos ainda, nas sociedades políticas que não podem ser mantidas a não ser por autoridades instituídas por convenções. Consegue-se então compreender a importância da investigação das convenções que instituem a sociedade.

Luiz Roberto Salinas Fortes explica que, para se conhecer a natureza dessas convenções, é preciso conhecer o ato que a produz, aproximando-se, assim da idéia de pacto social:

Determinar a natureza deste todo artificial é, em consequência, descrever o ato que o produz. Este ato, entretanto, não poderá ser, mais uma vez, descrito com apoio da história, que nos fornece o exemplo de variadas maneiras de *formação* do corpo político. Não se trata de saber como se deu historicamente essa formação, mas qual o ato que constitui necessariamente o corpo político.

O objetivo de Rousseau, neste primeiro livro, é determinar a *natureza* do corpo político. Mas o que ele faz, ao mesmo tempo, é definir um ideal, uma ordem justa. A preocupação com o direito se confunde ou se superpõe à preocupação com a essência do fenômeno político. Ou, por outra, a determinação da essência só se faz mediante a colocação do problema do direito. Perguntar pelo fundamento do direito é o mesmo que perguntar pela essência do corpo político.⁹²

⁹¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 28-29.

⁹² FORTES, Luiz Roberto Salinas. **Rousseau**: da teoria à prática. São Paulo: Ática, 1976, p. 77-79.

A convenção que Rousseau passa a examinar é a do direito do mais forte, tratada no Capítulo 3 do Livro I do Contrato Social. Para ele, o liame social não poderia ser fundado nesse direito, vez que direito e força são conceitos completamente distintos. A força física jamais poderia estabelecer um direito, pois a obediência pela força anula a necessidade de obediência por dever. Logo, se o homem é forçado a obedecer, passa a inexistir a obrigação. Nessa mesma linha, Rousseau também critica a convenção do direito de escravidão mostrando o absurdo que seria a alienação gratuita da liberdade, algo totalmente contrário à natureza humana, como no trecho acima sobre a renúncia da liberdade no Capítulo 4 do Livro I do Contrato Social.

Excluída a autoridade dos pais sobre os filhos, o direito pela força e o direito de escravidão, Rousseau passa a examinar a convenção do dever de obediência disposto no Capítulo V do Livro I do Contrato Social. Ali é observado que a obrigação da obediência a uma convenção é uma convenção anterior, e, assim sucessivamente. Então, todas as convenções dependem de uma convenção anterior, passando a buscar a convenção primeira, aquela que diz respeito ao “ato pelo qual um povo é povo”.⁹³ Para Rousseau, então, esse é o verdadeiro fundamento da sociedade.

No Capítulo VI do Livro I é introduzida a idéia de pacto social partindo de uma situação limite entre o estado de natureza e o estado civil. Rousseau supõe que os homens, vivendo em estado de natureza, tenham atingido um estágio de evolução no qual já não podem mais dispensar o auxílio dos semelhantes, de tal forma que todos reconheceriam a necessidade de uma conjugação de esforços para garantir a sobrevivência de todos, mas que não seja prejudicial à liberdade individual.

A solução para esse problema, segundo ele, consistiria, basicamente, em conciliar liberdade e justiça, de tal modo que essa conciliação tornasse legítima a ordem social. Nas palavras de Luiz Roberto Salinas Fortes: “o que torna *legítima* a autoridade é, assim, o consentimento daqueles sobre os quais se exerce, assim como só pode ser justa a sociedade na qual cada um dos seus membros participa da soberania”.⁹⁴

⁹³ FORTES, Luiz Roberto Salinas. **Rousseau**: da teoria à prática. São Paulo: Ática, 1976, p. 37.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 73.

Em conclusão, o sucesso do contrato dependeria da entrega dos direitos de todos os pactuantes, sem exceção, à comunidade toda, o que pode ser resumido em uma única cláusula, a da alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, para toda a comunidade. Somente a alienação total permite que cada um, dando-se por inteiro, contribua para estabelecer a condição de igualdade para todos, e, sendo a condição igual para todos, ninguém fica mais onerado que os demais.

É importante notar o ideal igualitário de Rousseau, por meio do qual o contrato é estabelecido pela comunidade com a própria comunidade. Não há, como em Hobbes ou em Locke, uma autoridade superior. Rousseau defende que o soberano não deve ser um príncipe ou mesmo uma minoria detentora de poder, mas o próprio povo reunido, ou seja, a comunidade que forma a sociedade. Se não houver igualdade de direitos não há pacto para Rousseau, pois:

(...) como a alienação se faz sem reservas, a união é tão perfeita quanto possível, e nenhum associado tem algo a reclamar, pois, se restassem alguns direitos aos particulares, como não haveria nenhum superior comum capaz de decidir entre eles e o público, cada qual sendo em algum ponto seu próprio juiz, logo pretenderia sê-lo em todos; o estado de natureza subsistiria e a associação se tornaria necessariamente tirânica ou vã.

Em linhas gerais, Rousseau pondera que se todos os associados consentirem a alienação de seus direitos à comunidade toda, estabelece-se uma igualdade de direitos tal, que a liberdade individual é transformada em liberdade convencional, tornando-se plenamente compatível com a obrigação de obediência ao pacto, e fazendo com que o direito de propriedade seja garantido pela força de todos por meio de obrigações mútuas:

(...) cada um dando-se a todos não se dá a ninguém e, não existindo um associado sobre o qual não se adquira o mesmo direito que se lhe cede sobre si mesmo, ganha-se o equivalente de tudo que se perde, e maior força para conservar o que se tem.⁹⁵

⁹⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 39.

A vontade particular dá lugar à vontade geral, noção essencial do Contrato Social em Rousseau, daí:

(...) se, pois, retiramos do pacto social o que não é de sua essência, veremos que ele se reduz aos seguintes termos: cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo.⁹⁶

A vontade geral, por sua vez, diz respeito à vontade do corpo político considerado em seu conjunto, não uma vontade alheia estranha aos membros, mas a vontade coletiva de toda a comunidade. Trata-se de um critério último, a partir do qual deverá ser ordenada a vida coletiva, e que tem como princípio básico a manutenção do contrato estabelecido pelas partes que se obrigam para a instituição da sociedade.

No balanço das perdas e dos ganhos abordado no Capítulo 8 do Livro I do Contrato Social, a liberdade é preservada:

(...) o que o homem perde pelo Contrato Social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo quanto aventura e pode alcançar. O que com ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui.⁹⁷

Passa-se, então, aos Livros II, III e IV do Contrato Social que, embora não correspondam ao ponto central de interesse desse trabalho, entende-se que devem ao menos ser analisados de forma mais concisa para uma compreensão mais completa do pensamento de Rousseau.

2.4.2.2 Livro II do Contrato Social

Nesse Livro é tratado o segundo passo do programa, ou seja, Rousseau descreve como o corpo político adquire movimento e vontade, que conforme já

⁹⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 39.

⁹⁷ Ibidem, p. 42.

antecipado, alcança-se por meio da legislação. A questão agora não é mais a formação e a unidade do corpo político, descrito no Livro I do Contrato Social, mas sua conservação.

Como Rousseau explica no Capítulo 6 do Livro II do Contrato Social, não basta firmar o pacto, é preciso conservá-lo: “(...) porque o ato primitivo, pelo qual esse corpo se forma e se une, nada determina ainda daquilo que deverá fazer para conservar-se”.⁹⁸

A vontade do corpo político tratada no Livro II do Contrato Social refere-se à vontade geral. Essa é a vontade do soberano. Todavia, conforme abordado no Capítulo 7 do Livro I do Contrato Social, Rousseau contrapõe os interesses dos indivíduos aos interesses do soberano. Há, portanto, dois tipos de vontade: a particular, aquela que o indivíduo pode ter como homem, e a geral que ele possui como cidadão.⁹⁹ Esta última corresponde à vontade do corpo político, pois é ela que diz respeito ao interesse comum da associação, constituindo-se “regra de administração legítima e segura”¹⁰⁰ da ordem civil.

Conclui o Capítulo 1 do Livro II do Contrato Social que “a primeira e a mais importante consequência decorrente dos princípios até aqui estabelecidos é que só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado”.¹⁰¹

Neste ponto, deve-se observar que Rousseau está interessado em um certo tipo de poder, não aquele que o príncipe tem sobre seus súditos, mas aquele que o corpo todo tem para o movimento, isto é, a capacidade de agir da pessoa pública. Daí a insistência do filósofo no caráter geral da vontade do corpo. De fato, ele define soberania como “o exercício da vontade geral”.¹⁰²

⁹⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 59.

⁹⁹ Ibidem, p. 41.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 27.

¹⁰¹ Ibidem, p. 49.

¹⁰² Ibidem, p. 49-50.

Justamente por se referir a uma vontade geral é que a soberania não pode ser alienada, transmitida ou dividida, já que não se transmite, nem se aliena a vontade para uma das partes do corpo, já que “a vontade ou é geral, ou não o é; ou é a do corpo do povo, ou somente de uma parte”.¹⁰³ Assim: “conclui-se do precedente que a vontade geral é sempre certa e tende sempre à utilidade pública.”¹⁰⁴

A vontade geral tende a manter a unidade do corpo político e, se houver indagação acerca do papel da legislação, Luiz Roberto Salinas Fortes responde:

Se o problema da *conservação* do corpo político se coloca a partir deste momento é porque existe um hiato entre a promessa inicial e seu efetivo cumprimento por parte dos membros da comunidade: enquanto as obrigações não forem cumpridas, o todo permanece na sua dispersão natural. Sua conservação consiste em sua promoção de uma existência virtual para uma existência de fato. Conservar é criar as condições para que a obrigação – a alienação total – se cumpra efetivamente.¹⁰⁵

Há, pois, o risco de que as condições do pacto não sejam cumpridas. Para Rousseau, a vontade geral é sempre certa, porém, as deliberações do povo não. Assim, mesmo havendo a vontade de todos, pode ser que não corresponda à vontade geral, pois há o risco do povo ser seduzido pela vontade particular de alguns grupos. É preciso, pois, que o soberano procure constranger cada um dos membros a obedecer a vontade geral, nos termos da fórmula que é apresentada no Capítulo 7 do Livro I do Contrato Social, de forma que aquele que se recusar a obedecer a vontade geral será forçado por todos a ser livre.

Contudo, para evitar “onerar os súditos com qualquer pena inútil à comunidade”¹⁰⁶, Rousseau introduz em sua exposição o chamado “ato de soberania”, que nada mais é do que uma convenção:

¹⁰³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 50.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 52.

¹⁰⁵ FORTES, Luiz Roberto Salinas. **Rousseau**: da teoria à prática. São Paulo: Ática, 1976, p. 93.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 55.

Não é uma convenção entre o superior e o inferior, mas uma convenção do corpo com cada um de seus membros: convenção legítima por ter como base o contrato social, eqüitativa por ser comum a todos, útil por não poder ter outro objetivo que não o bem geral, e sólida por ter como garantia a força pública e o poder supremo. Enquanto os súditos só estiverem submetidos a tais convenções, não obedecem a ninguém, mas somente à própria vontade [...].¹⁰⁷

Mesmo a pena de morte poderia ser vista como uma convenção desse tipo no ato do pacto, na hipótese de cada indivíduo consentir morrer caso venha a ser um assassino, assumindo um compromisso perante toda a comunidade. Ou seja, trata-se de estabelecer convenções que visam atender o interesse comum, ainda que os interesses particulares possam resultar em direitos que, do ponto de vista da natureza humana, seriam considerados legítimos. Um exemplo seria o direito à vida, legítimo se se considera a natureza humana, mas que não pode prevalecer se prejudicar a comunidade. Trata-se, pois, de fixar os direitos individuais e uni-los aos deveres, estabelecendo-se, assim, a justiça.

Ocorre que a justiça depende de um poder, ou seja, de um governo que assegure as condições de aplicação da reciprocidade dos compromissos. Isso se dá mediante a instituição das leis que, para Rousseau, é “a declaração da vontade geral”.¹⁰⁸ Em outras palavras, prescinde de um ato da vontade geral pelo qual “todo o povo estatui algo para todo o povo”.¹⁰⁹

Trata-se, portanto, de algo estatuído pela própria natureza da lei de forma geral, vez que: “o objeto das leis é sempre geral, por isso entendo que a Lei considera os súditos como corpo e as ações como abstratas, e jamais um homem como um indivíduo ou uma ação particular”.¹¹⁰

É preciso, portanto, não confundir a lei com um decreto, ou seja, “aquilo que um homem, quem quer que seja, ordena por sua conta, não é mais uma lei: o que

¹⁰⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 56.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 115.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 60.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 60.

ordena, mesmo o soberano, sobre um objeto particular não é uma lei, mas um decreto, não é ato de soberania, mas de magistratura.”¹¹¹

Verifica-se, assim, que, numa escala de determinação, a lei para Rousseau se situa entre a vontade geral e a vontade particular: nem tão geral a ponto de ser indeterminada, nem tão particular a ponto de se tornar um decreto.

Permanece, todavia, um problema nessa passagem da vontade geral para a lei: o povo. Se por um lado é o povo que “submetido às leis, deve ser o seu autor”,¹¹² afinal, pela própria concepção de pacto o povo é soberano, por outro lado, é o próprio soberano que se mostra incapaz de legislar sobre si mesmo. Muito embora o povo não possa se corromper, “freqüentemente o enganam”¹¹³, impondo-se a seguinte pergunta acerca das leis: “Mas, como as regulamentarão?”¹¹⁴ A resposta consiste em desvendar na prática uma vontade tão indeterminada como a vontade geral, sem que a legislação resultante não seja meramente uma expressão de vontades particulares.

Rousseau chega ao seguinte impasse: a legislação, necessária para a conservação do corpo político, não pode ser gerada a partir do próprio corpo político, visto que o soberano, por si só, é incapaz de legiferar:

Como uma multidão cega, que freqüentemente não sabe o que deseja porque raramente sabe o que lhe convém, cumpriria por si mesma empresa tão grande e tão difícil quanto um sistema de legislação?¹¹⁵

Tem-se de um lado a necessidade das leis e de outro a impossibilidade de determiná-las enquanto expressão da vontade geral: “o povo, por si, quer sempre o bem, mas por si nem sempre o encontra. A vontade geral é sempre certa, mas o julgamento que a orienta nem sempre é esclarecido”.¹¹⁶

¹¹¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 61.

¹¹² Ibidem, p. 61.

¹¹³ Ibidem, p. 52.

¹¹⁴ Ibidem, p. 62.

¹¹⁵ Ibidem, p. 62.

¹¹⁶ Ibidem, p. 62.

A saída de tal impasse se dá pela figura do legislador que é o guia, que surge precisamente da necessidade de que o julgamento do povo seja esclarecido, isto é, conduzido no sentido de conformar as vontades particulares à vontade geral. Trata-se da “razão sublime”¹¹⁷ e da “inteligência superior”¹¹⁸ dessa figura, que lhe conferem capacidade para elevar o entendimento parcial do povo, aproximando-o de um entendimento geral voltado para o alvo da associação que é o bem comum e, dessa forma, possibilitando que a vontade geral se expresse na forma de leis: “então, das luzes públicas resulta a união do entendimento e da vontade no corpo social, daí o perfeito concurso das partes e, enfim, a maior força do todo”.¹¹⁹

Na seqüência do Livro II do Contrato Social, Rousseau abandona a universalidade dos princípios e passa a tratar de questões mais particulares, insistindo na particularização das leis, como na seguinte passagem: “o instituidor sábio não começa por redigir leis boas em si mesmas, mas antes examina se o povo a que se destinam mostra-se apto a recebê-las”.¹²⁰

A necessidade de particularização das leis também aparece quando Rousseau considera o problema da extensão do Estado, pois: “as mesmas leis não podem convir a tantas províncias diferentes, que têm costumes diversos (...)”.¹²¹ Ademais, nem mesmo do ponto de vista temporal a aplicação das leis é universal, pois há um momento único e específico, quando o povo está “apto à legislação”.¹²² O trecho a seguir resume bem esse ponto:

Esses objetivos gerais de todas as boas instituições devem, porém, ser modificados em cada país pelas relações oriundas tanto da situação local quanto do caráter dos habitantes. Sobre tais relações precisa-se conceder a cada povo um sistema particular de instituição, que seja o melhor, não talvez em si mesmo, mas para o Estado a que se destina.¹²³

¹¹⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 65.

¹¹⁸ Ibidem, p. 62.

¹¹⁹ Ibidem, p. 62.

¹²⁰ Ibidem, p. 66.

¹²¹ Ibidem, p. 68.

¹²² Ibidem, p. 71.

¹²³ Ibidem, p. 73.

O legislador deve analisar a particularidade de cada caso e decidir o que é melhor em matéria de leis para determinada situação do corpo político, pois só ele pode assegurar que as obrigações mútuas sejam, de fato, mútuas entre todos os membros da associação, e não de apenas uma parte deles, como era no caso do Discurso sobre a Desigualdade entre os Homens. Ao proceder assim, ele realiza a fixação da vontade geral, permitindo, assim, de acordo com Luiz Roberto Salinas Fortes, “possibilidades efetivas de realização na *história* de uma sociedade na qual se concretizará o império da *vontade geral*”.¹²⁴

Luiz Roberto Salinas Fortes acrescenta, ainda, o seguinte comentário que pode ser aplicado como resumo do percurso entre a conclusão do Livro II e a introdução ao Livro III do Contrato Social. Confira-se:

Com o pacto primitivo fica fixado o objeto genérico do engajamento contraído: trata-se, para cada particular, de procurar sistematicamente o *bem comum* e de evitar o *mal público*. Da conclusão do pacto, porém, não decorre automaticamente o cumprimento da sua cláusula fundamental. Para que as obrigações das partes contratantes se cumpram efetivamente é necessário que duas condições essenciais sejam dadas. Primeiro, que a *vontade geral* seja fixada, que o *bem comum* seja definido concretamente. Segundo, que seja assegurada a busca permanente do *bem comum* por parte de cada associado, através de uma organização adequada da vida coletiva e da instituição de instrumentos capazes de fazer prevalecer, quando necessário, o interesse comum sobre os interesses particulares. Por outras palavras, é necessário dar *movimento* e *vontade* ao corpo político: *movimento*, dotando-o de um *governo* cuja tarefa é, justamente, a de velar pelo cumprimento da cláusula essencial do contrato; e *vontade*, dotando-o de um sistema de *leis* fundamentais que fixam o conteúdo concreto da *vontade geral*, estipulando as regras sociais a serem obedecidas. O corpo político adquire uma fisionomia concreta através de um sistema de leis, entre as quais as *leis políticas ou fundamentais* que fixam a *forma de governo* e de que Rousseau trata exaustivamente ao longo de todo o terceiro livro.¹²⁵

¹²⁴ FORTES, Luiz Roberto Salinas. **Rousseau**: da teoria à prática. São Paulo: Ática, 1976, p. 74.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 74.

2.4.2.3 Livros III e IV do Contrato Social

No Livro III do Contrato Social, Rousseau trata do governo que representa a força, que juntamente com a vontade prevista no Livro II do Contrato Social, permite a conservação da sociedade.

Por isso, no Capítulo 15 do Livro III do Contrato Social, Rousseau vai se referir ao Poder Executivo como a “força aplicada à Lei”.¹²⁶ Ou seja, é preciso que haja uma combinação entre legislação e governo, vez que: “quando me dirijo a um objeto, é preciso, primeiro, que eu queira ir até ele e, em segundo lugar, que meus pés me levem até lá”.¹²⁷

O governo, definido como “um corpo intermediário estabelecido entre os súditos e o soberano para sua mútua correspondência, encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade, tanto civil como política”,¹²⁸ não se confunde, portanto, com o soberano, “do qual não é senão o ministro”¹²⁹. Os membros desse corpo são os “magistrados ou reis”, que Rousseau define como “governantes”. O “príncipe” é definido como “o corpo em seu todo”¹³⁰, e o governo enquanto ação é “o exercício legítimo do poder executivo”¹³¹.

A ação do governo diz respeito à aplicação das leis: “o poder executivo não pode pertencer à generalidade como legisladora ou soberana, porque esse poder só consiste em atos particulares que não são absolutamente da alçada da Lei, nem conseqüentemente da do soberano, cujos atos todos só podem ser leis”.¹³²

Importante ressaltar a crítica que Rousseau faz à idéia de representação política, diferentemente de Locke e Hobbes, defendendo a idéia de que a vontade do

¹²⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 115.

¹²⁷ Ibidem, p. 79.

¹²⁸ Ibidem, p. 80.

¹²⁹ Ibidem, p. 80.

¹³⁰ Ibidem, p. 80.

¹³¹ Ibidem, p. 81.

¹³² Ibidem, p. 80.

corpo político não pode ser representada, uma vez que a vontade geral diz respeito ao exercício da soberania, e esta última não pode ser alienada. No Contrato Social de Rousseau, ou o povo é soberano, ou não é povo.

Por fim, o Livro IV do Contrato Social trata das condições de permanência do contrato, partindo do exemplo concreto da Roma republicana, estudando os alicerces do edifício político associados à opinião pública, aos costumes e às crenças dos povos.

Nos capítulos do Livro IV do Contrato Social serão examinadas várias instituições romanas: os sufrágios, as eleições, os comícios, o tribunato, a ditadura, a censura e a religião. Todos esses procedimentos são discutidos em função de sua eficácia para a manutenção do amor à pátria para a conservação do corpo político.

Em suma, toda a gênese descrita do corpo político no Contrato Social é marcada pela condição fundamental de que deve existir entre todos os membros da sociedade uma igualdade efetiva, sem a qual não haveria pacto social, as leis não poderiam ser estabelecidas e o governo se corromperia de forma tirana, como no Discurso sobre a Desigualdade entre os Homens.

O motivo é simples: sem essa igualdade, os membros da associação não poderiam encontrar a tão desejada forma de associação que garantisse, ao mesmo tempo, a propriedade individual e a liberdade de todos os membros da sociedade.

2.4.3 Comentários sobre o pensamento de Rousseau no Discurso sobre a Desigualdade entre os Homens e no Contrato Social

O objetivo desse item é destacar os principais pontos de interesse para esse trabalho que diferenciam o pacto social no Discurso sobre a Desigualdade entre os Homens e no Contrato Social.

No Discurso sobre a Desigualdade entre os Homens, o pacto social é um acordo segundo o qual todos participam, mas somente alguns se beneficiam. De fato, no Discurso sobre a Desigualdade entre os Homens a lei e a idéia de propriedade são inventadas pelo rico, que passa a se valer delas para garantir que seus bens não sejam tomados pelos pobres à base da força.

Assim, na ausência de um contrato social, todas as coisas pertencem a todos os indivíduos, de forma que ninguém pode ser considerado efetivamente superior ou inferior em termos de posses. Porém, após o estabelecimento do contrato, aqueles que tinham posses passam a usar a lei em seu favor para garantir que ninguém tomará posse daquilo que, após a instituição do contrato, adquire estatuto de propriedade individual não apenas de fato, mas também de direito.

No Contrato Social, por outro lado, a igualdade está na participação e no usufruto do pacto, pois todos se doam à comunidade e todos se beneficiam sem exceção. As cláusulas do pacto no Contrato Social são estabelecidas de tal maneira que nenhum dos membros da associação possa reter direitos particulares, vez que isso representaria um risco de que apenas um indivíduo se beneficiasse do pacto em detrimento dos demais.

As leis são concebidas pelo legislador que, segundo Rousseau, por ser um homem dotado de inteligência superior e razão sublime, pode proporcionar ao povo uma legislação adaptada às suas particularidades e equitativa, podendo ser obedecida por todos sem prejuízo para ninguém.

Rousseau defende, ademais, que por não haver um soberano individual, o soberano é o povo ou a coletividade, torna-se possível a igualdade de direitos entre os homens sem a existência de relações de servidão, nem conflito entre as liberdades individuais, já que a liberdade natural é substituída pela liberdade civil, que valoriza o bem comum em detrimento do bem individual.

Em suma, o pensamento fundamental de Rousseau no *Contrato Social* consiste na doação de cada indivíduo à comunidade para todos se beneficiarem dessa associação, pois “cada um de nós reúne sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da

vontade geral; e nós recebemos num corpo cada membro, como parte indivisível do todo."¹³³

E é exatamente nesse ponto, a partir da concepção de igualdade e solidariedade contida no Contrato Social, que o princípio filosófico do mutualismo se encaixa no pensamento de Rousseau, conforme será detalhado no próximo capítulo.

¹³³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios de direito político. Tradução e comentários de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

3 O PRINCÍPIO DO MUTUALISMO SOB O ENFOQUE FILOSÓFICO DO PENSAMENTO DE ROUSSEAU

3.1 Noções de mutualismo

O mutualismo, objeto do presente trabalho, refere-se a uma forma de associação livre que traz benefícios para todos os que dela participam, os quais podem ser alcançados pela soma de esforços para o bem comum, por meio da solidariedade e da boa fé. Seu lema é “um por todos e todos por um”.

No sentido jurídico, mutualismo significa o “sistema que se baseia na entidade mútua, na contribuição de todos para benefício individual de cada um dos contribuintes”¹³⁴.

Gabriel Chalita explica, no trecho a seguir, a relação do homem perante seu núcleo de convivência social:

O homem, esse animal gregário desde o seu aparecimento, solidificou relações com o seu próximo em grupos cuja constituição, denominação e regras mudaram em forma, mas jamais em essência até os dias de hoje.

Os valores sociais da humanidade são fundamentais, como fundamental é a liberdade do homem e da sociedade.

(...)

Compreendendo-se e aceitando-se variações decorrentes de componentes ligados à preservação, prioridades momentâneas e adequações culturais, o homem quer, para si e seu grupo mais próximo, a integridade, o respeito, a unidade e a solidariedade.¹³⁵
(grifos nossos)

Sobre a origem do mutualismo e a relevância da solidariedade humana nessa forma de associação, Pedro Alvim ensina:

¹³⁴ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1.336.

¹³⁵ CHALITA, Gabriel. **Ética dos governantes e dos governados**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 22.

Amadureceu, muito cedo, no espírito humano a importância da solidariedade, como fator de superação das dificuldades que assoberbavam a vida de um ou da própria comunidade. Percebeu-se que era mais fácil suportar coletivamente os efeitos dos riscos que atingiam isoladamente as pessoas. O auxílio de muitos para suprir as necessidades de poucos amenizava as conseqüências danosas e fortalecia o grupo. A mutualidade era, pois, uma condição altamente proveitosa para a coletividade sujeita aos mesmos riscos.

Foi a mutualidade que serviu de suporte a todos os sistemas de prevenção ou de reparação de danos, oriundos de riscos que interferem na atividade humana. Durante muitos séculos, esses sistemas tiveram organização simples, pois se limitavam a providências de socorro imediato àqueles que fossem atingidos por eventos danosos. Todo o grupo, por força da solidariedade, contribuía com sua participação em espécie ou em dinheiro para reparar as condições do companheiro, lesado em seus interesses materiais ou em sua saúde.

2 - Foi a família, sem dúvida, o primeiro núcleo organizado de cooperação mútua de seus membros. A necessidade de proteção à prole, durante longo período, até que os filhos atingissem o desenvolvimento necessário à sua própria subsistência, exigia a vida comunitária. Os laços de consangüinidade e a afinidade de sentimentos mantinham viva a solidariedade do grupo na busca do interesse comum de abrigo, de alimento e de defesa, conferindo a essa instituição social o papel relevante que sempre desfrutou e que ainda conserva em nossos dias.

(...)

3 – A formação das aglomerações humanas gerava problemas relacionados com a segurança dos indivíduos cuja solução transcendia os objetivos puramente familiares. Surgiram, então, organizações de amparo, inspiradas por razões diversas, ora de caráter puramente religioso, ora por espírito de classe, reunindo pessoas do mesmo grupo social ou expostas aos mesmos riscos. Tinham por suporte da organização o mutualismo. Todos contribuía para um fundo comum com sua ajuda financeira ou prestavam sua colaboração em serviços de assistência aos necessitados.¹³⁶ (g.n.)

Verifica-se, portanto, que é pressuposto do mutualismo a liberdade do indivíduo participar da coletividade em busca do bem comum, sendo valores fundamentais para sua existência e êxito, a solidariedade e a boa fé.

Os indivíduos que participam de uma coletividade baseada no conceito de mutualismo devem ter em mente que, no caso de descumprimento da solidariedade

¹³⁶ ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 1-3.

de um perante os demais, o bem comum estará automaticamente comprometido, ou seja, toda a coletividade será atingida.

Em razão disso, é indispensável que os integrantes do mutualismo tenham consciência do seu funcionamento e dos impactos negativos no interesse individual e coletivo resultantes da violação da solidariedade.

Miguel Reale alerta para os riscos da reação social contra o transgressor da solidariedade:

A solidariedade poderá explicar-nos, desse modo, toda a vida social, porque existem leis morais e delas se distinguem as leis jurídicas. Existindo o fato da solidariedade, quando determinado indivíduo pratica um ato que prejudica aos demais, provoca, evidentemente, uma reação. O fenômeno da solidariedade tem como elemento complementar um estado de vigilância da sociedade, zelando pela própria sobrevivência. Os atos dos indivíduos devem realizar e aumentar a solidariedade. Quando a ferem, a sociedade reage.¹³⁷

Resulta disso que o outro valor fundamental do mutualismo, além da solidariedade, é a boa fé dos seus participantes, pois ela “é a intenção pura, isenta de dolo ou malícia, manifestada com lealdade e sinceridade, de modo a não induzir a outra parte a engano ou erro.”¹³⁸

A filosofia do mutualismo consiste na integração social para proteção do bem comum que também é condição do bem de cada um de seus integrantes. Deve-se, portanto:

(...) preservar o bem do indivíduo como ponto final, como fim a que se deve tender de maneira dominante; mas, ao mesmo tempo e correspondentemente, é mister salvaguardar e crescer o bem do todo, naquilo que o bem social é condição do bem de cada qual. Há, portanto, dois aspectos do problema do bem ou, por outras palavras, dois momentos de realização do valor do bem – um individual, outro social.¹³⁹

¹³⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 389.

¹³⁸ ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 130.

¹³⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 244-245.

Na prática, o que se verifica é que o mutualismo funciona como instrumento para redução das desigualdades materiais entre os homens, desde que os integrantes de tal coletividade respeitem a solidariedade e a boa fé.

Em outras palavras, o mutualismo foi a fórmula encontrada para o impasse existente na priorização entre os interesses pessoais ou os da coletividade, possibilitando, assim, a harmonização e coexistência de ambos sem atingir o bem comum.

Cabe ressaltar, todavia, que muito embora os benefícios do mutualismo alcancem todos os integrantes da coletividade, tais benefícios não necessariamente precisam ser idênticos, mas, em todas as hipóteses, sempre atenderão aos interesses pessoais e da coletividade da qual aqueles indivíduos participam.

É imprescindível no mutualismo que os integrantes da coletividade, além de agirem com solidariedade, procedam com estrita boa fé, pois somente dessa forma tal organização resultará em benefícios de todos, tanto do ponto de vista dos indivíduos quanto do da coletividade,

A solidariedade e a boa fé são, portanto, pilar de sustentação do mutualismo e essenciais ao seu sucesso. Se descumpridas, de uma forma ou de outra, mais cedo ou mais tarde, todos serão afetados. Por “todos” entende-se a coletividade e seus integrantes individualmente.

A abrangência do impacto negativo em caso de descumprimento do mutualismo ficará mais evidente no próximo capítulo, quando serão apresentadas questões práticas relativas a essa questão.

3.2 Os princípios no ordenamento jurídico

Os princípios têm caráter genérico e abstrato, em razão disso, servem de alicerce para garantir a adequada elaboração das normas, sua respectiva interpretação e aplicação, harmonizando o ordenamento jurídico.

Na definição de De Plácido e Silva, os princípios:

(...) revelam o conjunto de *regras* ou *preceitos*, que se fixam para servir de *norma* a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a *conduta* a ser tida em qualquer *operação jurídica*.

Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria *norma* ou *regra jurídica*. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos *axiomas*.

Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os *pontos básicos*, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o *alicerce* do Direito. (...)

Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos.¹⁴⁰

Justamente por essas características de conteúdo genérico e abstrato, os princípios exercem papel norteador das normas no ordenamento jurídico.

Willis Santiago Guerra Filho pondera:

Princípios, portanto, têm um grau incomparavelmente mais alto de generalidade (referente à classe de indivíduos à que a norma se aplica) do que a mais geral e abstrata das regras.

(...)

Uma das características dos princípios jurídicos que melhor os distinguem das normas que são regras é sua maior abstração, na medida em que não se reportam, ainda que hipoteticamente, a nenhuma espécie de situação fática, que dê suporte à incidência de norma jurídica.¹⁴¹

A violação de um princípio, portanto, pode ser tão ou mais grave que o descumprimento de uma norma. Celso Antônio Bandeira de Mello explica e alerta que “conforme o escalão do princípio atingido pode ser considerada grave forma de ilegalidade, pois representada subversão de valores fundamentais e até corrosão de sua estrutura mestra.”¹⁴²

¹⁴⁰ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atual.: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1.095.

¹⁴¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: RCS, 2007, p. 52-64.

¹⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos do direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 300.

De se destacar que, por antecederem e traçarem as diretrizes das normas jurídicas, os princípios são considerados hierarquicamente superiores no ordenamento jurídico. Rizzatto Nunes explica o funcionamento de tal superioridade hierárquica:

Os princípios são, dentre as formulações deontológicas de todo sistema ético-jurídico, os mais importantes a ser considerados não só pelo aplicador do Direito mas também por todos aqueles que, de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam. (...)

Nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas.¹⁴³

Os princípios, assim, orientam a elaboração das normas jurídicas e condicionam sua correta interpretação, harmonizando o ordenamento jurídico.

Marcia Cristina de Souza Alvim destaca a importância dos princípios em relação às normas:

Podemos dizer ainda que princípio é toda norma jurídica considerada determinante e que a ele outras normas estão subordinadas, possui alto grau de indeterminação, pois apresenta um caráter mais genérico e ocupa posição hierárquica superior dentro do sistema jurídico.

Os princípios não devem ser colocados acima do Direito, pois eles fazem parte do ordenamento jurídico.

A função dos princípios é fundamental no sistema jurídico ou político considerado como um todo, bem como nos subsistemas jurídicos, ou seja, no Direito do Trabalho, no Direito Civil etc. Os princípios constituem a base de aplicabilidade das normas aos casos concretos.

Os princípios proporcionam equilíbrio ao sistema jurídico. Ocupam posição no ápice da pirâmide normativa e são considerados a norma das normas e a fonte das fontes.¹⁴⁴

¹⁴³ NUNES, Rizzatto. **Manual de filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 355.

¹⁴⁴ ALVIM, Marcia Cristina de Souza. **O princípio da eficiência na Constituição Federal de 1988**. São Paulo, 2002, 225 p. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 136.

Logo, os princípios são fundamentais no ordenamento jurídico e podem adequar a correta aplicação das normas ao caso concreto. Maria Helena Diniz reforça que os princípios:

(...) suprem a deficiência da ordem jurídica, possibilitando a adoção dos princípios gerais do direito, que, às vezes, são cânones que foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico.¹⁴⁵

Em outras palavras, tamanha é a relevância dos princípios perante o ordenamento jurídico que podem preencher lacunas da lei.

Miguel Reale complementa que o Direito possui princípios, pois:

(...) não é possível haver ciência não fundada em pressupostos. É necessário cuidar um pouco daquele termo, usado, muitas vezes sem a devida compreensão.

(...)

Para se ter uma noção clara do que seja princípio, é necessário recordar, previamente, o que se entende logicamente por *juízo*. (...) Juízo é a ligação lógica de um predicado a algo, com o reconhecimento concomitante de que tal atributividade é necessária, implicando sempre uma “pretensão de verdade”. O juízo, portanto, é a molécula do conhecimento. Não podemos conhecer sem formular juízo, assim como também não podemos transmitir conhecimentos sem formular juízos. A expressão verbal, escrita ou oral, de um juízo, chama-se *proposição*.

(...)

Se todo o juízo envolve uma pergunta sobre sua validade ou o seu fundamento, quando se enuncia um juízo, que não seja por si evidente, há sempre a possibilidade de reduzi-lo a outro juízo mais simples ainda, o qual, por sua vez, poderá permitir a busca de outro juízo que nos assegure a certeza do enunciado, por ser *evidente*, impondo-se como presença imediata ao espírito.

Quando nosso pensamento opera essa redução certificadora, até atingir juízos que não possam mais ser reduzidos a outros, dizemos que atingimos *princípios*. *Princípios* são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se

¹⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 456.

denominam *princípios* certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus *pressupostos* necessários.¹⁴⁶

Em conclusão, os princípios, embora sejam enunciados genéricos e abstratos, são vitais para compreensão do ordenamento jurídico, a elaboração das leis e sua correta aplicação.

3.3 Reflexões sobre o mutualismo como princípio

O mutualismo objeto deste trabalho, como mencionado anteriormente, é aquele em que os indivíduos fazem a opção de participar de determinada coletividade objetivando o bem comum, agindo de forma solidária e com boa fé, para que todos sejam beneficiados, o que seria impossível individualmente.

J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, ao comentarem o Capítulo I do Livro II do Contrato Social de Rousseau, abordam tal questão da seguinte forma:

É essa igualdade que deverá governar o pensamento comum dos pactuantes, pois é ela que garante a realização do interesse comum dos membros. A noção de contrato social está governada pela idéia de bem comum; é essa sua teleologia.¹⁴⁷

Ou seja, dada a importância do mutualismo e de suas particularidades, este passou a ser considerado um princípio pela sua essencialidade na estrutura normativa que envolve o tema, mormente pelo fato de que faz parte daquela categoria de princípios que “estão fincados na experiência histórica da humanidade e na sua evolução científico-filosófica. Por isso é necessário extrair esses elementos daquilo que autenticamente a evolução humana propiciou.”¹⁴⁸

¹⁴⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 53-54.

¹⁴⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios do direito político. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 51.

¹⁴⁸ NUNES, Rizzatto. **Manual de filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 360.

Como verificado no início deste capítulo, o mutualismo contém uma série de particularidades cujo cumprimento é essencial para seu êxito, sob pena do resultado pretendido não ser alcançado; pelo contrário, ao invés de beneficiados seus participantes poderão ser prejudicados.

Portanto, inevitável o enquadramento do mutualismo na categoria de princípio, pois somente dessa forma poder-se-ia garantir a correta e adequada orientação na elaboração das normas que regem o tema, bem como a exata interpretação de sua extensão. Isso porque observa-se “que na doutrina contemporânea o aspecto mais importante dos princípios está na sua normatividade.”¹⁴⁹

Tal entendimento está em consonância com Celso Antônio Bandeira de Mello ao definir princípio como:

(...) mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.¹⁵⁰

Dessa forma, o mutualismo como princípio implica na subordinação da definição lógica das normas e das leis a ele, bem como a respectiva interpretação e aplicação delas, visando harmonizar o ordenamento jurídico.

Nas palavras de Rizzatto Nunes:

(...) o princípio, em qualquer caso, concreto de aplicação das normas jurídicas, da mais simples à mais complexa, desce das altas esferas do sistema ético-jurídico em que foi posto para imediata e concretamente ser implementado no caso real que se está a analisar.¹⁵¹

¹⁴⁹ ALVIM, Marcia Cristina de Souza. **O princípio da eficiência na Constituição Federal de 1988**. São Paulo, 2002, 225 p. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 136.

¹⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 771-772.

¹⁵¹ NUNES, Rizzatto. **Manual de filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 355.

José Renato Nalini resume que não haveria necessidade de outro artifício “salvo a compreensão do significado, papel e alcance dos princípios, para que a legislação pudesse responder satisfatoriamente às pretensões humanas.”¹⁵² E complementa:

O ordenamento jurídico não seria suficiente de abranger toda a esfera da experiência humana. Os princípios são fundamentos para preencher a necessidade de orientação e é por isso que o Direito se compõe de um complexo em que os princípios são a parcela mais importante. Muito mais relevante do que a própria lei. Pois o princípio permanece, a lei pode ser modificada. O dinamismo da vida social pode reclamar alteração normativa. Muito rara a debilitação de princípios, alicerces que asseguram solidez à estrutura do pensamento.¹⁵³

Por tais razões, após a compreensão da importância do enquadramento do mutualismo como princípio, o que se pretende no presente trabalho é abordar o aspecto filosófico do princípio do mutualismo, ao invés de simplesmente aplicá-lo automaticamente, sem questioná-lo ou compreendê-lo em sua origem e na sua razão de existir.

Essa é a verdadeira função da Filosofia do Direito que não se contenta com explicações teóricas e busca as verdades. No ensinamento magistral de Miguel Reale:

No caso, por exemplo, da Filosofia do Direito, não vamos nos contentar com as explicações que o teórico do Direito pode atingir partindo de dados empíricos, através de uma simples abstração generalizadora. Cabe-nos procurar aquelas verdades últimas que governam também as generalizações empíricas dos juristas, dando-lhes validade, pela verificação com base em princípios.

Teremos, desse modo, ocasião de indagar dos princípios informadores do direito objetivo, da estrutura e das categorias lógicas das regras jurídicas, do direito subjetivo, das relações jurídicas, das fontes, etc., em uma ordem de pesquisas válida para todo o campo da Jurisprudência, ou seja, para os Direitos Penal, Comercial, Civil, Constitucional, no Brasil e no estrangeiro.

A Filosofia do Direito não fica adstrita a um campo determinado da realidade jurídica, mas procura atingir conceitos de validade universal

¹⁵² NALINI, José Renato. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. XXII, p. 158.

¹⁵³ Ibidem, p.175-180.

para a totalidade de experiência, muito embora tais verdades revelem aplicações e aspectos diversos no plano concreto da história.

A Filosofia busca, por conseguinte, atingir respostas de valor universal, não subordinadas a contingências de espaço e de tempo porque relativas à essência mesma dos problemas. É isto que distingue, de certa forma, o saber científico do saber filosófico, o que não significa, é claro, que a Filosofia se desenvolva com abstração dos dados da experiência, que ela, ao contrário, necessariamente envolve e compreende: – a busca de *universalidade* não exclui, mas antes exige, a consciência da perfectibilidade ou da natureza inacabada do conhecimento.¹⁵⁴ (grifos nossos)

Nessa reflexão, foi possível identificar na origem do princípio do mutualismo elementos e características do pensamento de Rousseau sobre o contrato social, fundamentalmente na doação dos homens à comunidade para se beneficiarem de tal associação. Ou seja, da vontade geral surge a união social, “orientada para o que é comum a todos, para o benefício de todos”¹⁵⁵. Essa questão será abordada no item a seguir.

3.4 O princípio do mutualismo e o pensamento de Rousseau

No processo de pesquisa do presente trabalho surgiu, inicialmente, a preocupação de relacionar um tema contemporâneo do Direito com os escritos de um filósofo do século XVIII, pois isso poderia resultar em anacronismos.

Todavia, a justificativa para o prosseguimento do procedimento analítico fundamentou-se em duas questões principais:

(i) tanto no Discurso sobre a Desigualdade entre os Homens, como no Contrato Social, Rousseau se esforça para tratar de uma concepção de contrato fundada exclusivamente no âmbito social, distinta, portanto, das concepções

¹⁵⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 58-59.

¹⁵⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios de direito político. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 54.

oriundas do direito natural, permitindo estabelecer adequadamente uma aproximação entre o direito político em Rousseau e o direito positivo hodierno; e

(ii) a idéia de pacto social na perspectiva do Direito não é apenas próxima daquela encontrada no direito positivo contemporâneo, mas também geral a ponto de permitir sua aplicabilidade a questões atuais.

Miguel Reale também encorajou o prosseguimento nesse caminho com a seguinte expressão: “O contratualismo é a alavanca do Direito na época moderna.”¹⁵⁶

A idéia de pacto social apresentada no Capítulo VI do Livro I do Contrato Social de Rousseau chama a atenção para a identificação com o princípio do mutualismo, ao partir da premissa que os homens em estado de natureza evoluíram e reconhecem que não podem dispensar o auxílio dos demais, concordando com a necessidade de união de esforços para garantia de sua sobrevivência, porém sem prejudicar sua liberdade individual.

Verifica-se, dessa forma, que o princípio do mutualismo pode ser claramente identificado no contrato social de Rousseau quando ocorre a alienação que cada indivíduo faz perante a comunidade, por liberalidade, objetivando desfrutar do bem comum.

Nesse sentido, uma das importantes contribuições de Rousseau está expressa na seguinte formulação que aparece no Contrato Social:

Encontrar uma forma de associação, que defenda e proteja com toda força comum a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um se uniria a todos, obedecendo, entretanto só a si mesmo e permanecendo tão livre quanto antes. Tal é o problema fundamental ao qual o contrato social fornece solução.¹⁵⁷

¹⁵⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 558.

¹⁵⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios de direito político. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

Rousseau encontrou no contrato social a solução para a proteção dos indivíduos e seus bens através da associação, porém, preservando a liberdade individual. Vale dizer, o contrato social apresentou uma fórmula de sociedade não abusiva, onde é possível a convivência social com usufruto de todos seus benefícios.

Essa é exatamente a finalidade do princípio do mutualismo, pois, cada um dá-se por inteiro, em condições iguais para todos da coletividade, assim, ninguém tem interesse em torná-la onerosa para os demais.

O ideal de igualdade de Rousseau é justamente o que viabiliza o princípio do mutualismo, pois todos os associados concordam em alienar seus direitos à coletividade por meio da reciprocidade de direitos. Assim, a liberdade convencional torna-se compatível com a obrigação de obediência do pacto social, garantindo o direito de propriedade por meio de obrigações mútuas.

No contrato social, assim como no princípio do mutualismo, o homem perde a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo, porém, ganha a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui.

O pensamento de Rousseau no Contrato Social consiste na doação de todos à comunidade para se beneficiarem dessa associação, pois “cada um de nós reúne sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e nós recebemos num corpo cada membro, como parte indivisível do todo.”¹⁵⁸

Em linhas gerais, Rousseau pondera que se todos os associados consentirem a alienação de seus direitos à comunidade fica estabelecida uma igualdade de direitos tal, que a liberdade individual se transforma em liberdade convencional, tornando-se plenamente compatível com a obrigação de obediência ao pacto social, fazendo com que o direito de propriedade seja garantido pela força de todos por meio de obrigações mútuas:

¹⁵⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios de direito político. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

Enfim, se cada um se der a todos, não se dá a ninguém, e como não há um associado sobre o qual não se adquira o mesmo direito que se lhe cede sobre si, ganha-se o equivalente de tudo o que se perde e mais força para conservar o que se tem.¹⁵⁹

A vontade geral passa a ser preponderante à vontade particular, e tal decisão é indispensável para o sucesso do pacto social. Trata-se de um critério último, a partir do qual deverá ser ordenada a vida coletiva, e que tem como princípio básico a manutenção do contrato social estabelecido pelo mutualismo das partes que se obrigam para a instituição da sociedade.

As características do princípio do mutualismo também estão presentes no pensamento de Rousseau na medida em que a idéia de contrato social baseia-se na noção de solidariedade para usufruir o bem comum. Isso pode ser verificado na seguinte passagem do Contrato Social:

Suponho que os homens chegam a este ponto, em que os obstáculos que impedem sua conservação no estado de natureza levam, por sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para se manter nesse estado. Esse estado positivo, então, não pode subsistir e o gênero humano pereceria se não mudasse seu modo de ser.

Portanto, como os homens não podem engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não possuem outros meios para se conservar senão formar, por agregação, um conjunto de forças, que possa sobrepujar à resistência, empregar um único móvel e fazê-los agir em conformidade com eles.¹⁶⁰

Além disso, o Contrato Social de Rousseau trata de um acordo baseado em relações de reciprocidade entre os contratantes. Inicialmente, a reciprocidade surge com base no sentimento de solidariedade entre os contratantes, os quais percebem a necessidade de associação para não perecerem.

Todavia, é evidente que, por se tratar de apenas um sentimento, a solidariedade não é suficiente para garantir a reciprocidade nas relações. Os interesses individuais, que nunca deixaram de existir, constituem ameaça constante

¹⁵⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios de direito político. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 31.

na sociedade instituída, e se não forem controlados, podem se sobrepor ao interesse comum do grupo, o que não apenas prejudica a sociedade como um todo, como também pode resultar na dissolução do próprio contrato sobre o qual o grupo foi fundado.

Para que o contrato tenha efeito, é imprescindível que todos, sem exceção, obedeçam às regras estabelecidas. Caso contrário, não haveria reciprocidade, vez que, se por um lado o pacto social de Rousseau visa garantir a proteção da vida e os demais benefícios adquiridos com a instituição da sociedade, por outro, ele também exige o cumprimento dos deveres de cada um dos seus integrantes perante os demais.

Rousseau também leva em consideração a hipótese de que os contratantes nem sempre seriam idôneos, e passa a ponderar acerca da morte do corpo político, que ocorre quando as vontades particulares se sobrepõem à vontade geral, fazendo com que o indivíduo (que é ao mesmo tempo súdito e cidadão) desconsidere o que é devido à causa comum, ou seja: “desprezará os direitos do cidadão, sem querer cumprir os direitos do súdito; injustiça cujo progresso causaria a ruína do corpo político”¹⁶¹.

É possível afirmar que, ao defender o primado da vontade geral em relação às vontades particulares, Rousseau tenta conscientizar os homens da importância do princípio do mutualismo.

Como explicam J. Cretella Jr. e Agnes Cretella:

(...) A vontade do corpo político, chamada por Rousseau de “vontade geral”, é de fato resultante do conjunto das vontades de seus membros; entretanto, ela não é constituída pela soma dos interesses pessoais de cada um deles, mas somente por aquela parcela das vontades dos associados imbuída do interesse coletivo. Segundo Rousseau, a vontade geral tem de estar presente nos membros da associação, caso contrário estes não teriam motivos para permanecerem associados e o contrato específico que os levaria à sua união seria desfeito. Entretanto, para que seja encontrada pelos

¹⁶¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios de direito político. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 35.

associados, estes devem afastar seus interesses egoístas, autocentrados, e visar exclusivamente ao *bem-comum*. Assim, como o corpo político é formado pela alienação de pessoas particulares em nome de uma comunidade, sua vontade própria – a vontade geral – visará exclusivamente aos interesses dessa mesma comunidade, referindo-se estes não apenas à preservação de sua constituição material, como seu território, sua população, seus bens públicos, etc., mas também ao patrimônio cultural que a caracteriza, como sua língua, seus costumes e valores próprios.¹⁶²

Willis Santiago Guerra Filho de forma magistral esclarece:

(...) O Direito, portanto, origina-se da força, nasce do poder do mais forte, que, em seu próprio interesse, o restringe, quando a vontade individual se mostra aquebrantada a ponto de reconhecer a necessidade de colaborar para a realização das finalidades comuns. Mesmo quando se chega a esse estágio de desenvolvimento, em que o exercício da força se acha regulado pelo Direito e organizado na forma do Estado, ela ainda se mostra imprescindível para a realização concreta, em última instância, da ordem jurídica, diante de sua violação. Necessária sim, suficiente não, pois como já vimos, é impensável uma ordem social em que seus integrantes atuem apenas mediante constrangimento.¹⁶³

Do ponto de vista filosófico, o mutualismo é a relação que os homens têm quando da passagem do estado de natureza para a sociedade civil. Eles se associam com um objetivo comum, seja alcançar a paz, a felicidade ou até mesmo resgatar coisas que se perderam na passagem do estado de natureza para um estágio intermediário da sociedade política.

Nesse sentido, no contrato social os homens negociam, principalmente, sua liberdade, pois abrem mão de uma parcela dela para constituir o Estado, que deve atuar para o bem comum, preservando sempre a igualdade.

Conforme Giorgio Del Vecchio:

Ponto de partida e base da construção política de Rousseau é o direito natural da liberdade e da igualdade. Só quando o seu ordenamento se conformar com o referido princípio é que o estado é

¹⁶² SILVA, Felipe Gonçalves. Rousseau e a soberania da vontade popular. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. (Coord.). **Curso de filosofia política**: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008, p. 369.

¹⁶³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 61.

um verdadeiro estado – um estado natural e racionalmente legítimo.¹⁶⁴

Denota-se assim, que a cláusula fundamental do contrato social é a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade; pois, somente dessa forma, com condições que sejam iguais para todos, é que se evita o interesse contrário de algum participante, o qual poderia ocasionar a quebra do pacto, tornando-o oneroso a todos os outros.¹⁶⁵

Felipe Gonçalves Silva comenta o seguinte:

Quer dizer, a submissão dos associados não é realizada em favor de nenhum indivíduo particular – seja ele um terceiro ou mesmo qualquer um dos membros presentes ao contrato; ao contrário, essa alienação é feita em favor da comunidade como um todo, gerando uma autoridade coletiva a ser depositada nas mãos dos próprios contratantes. Compreende-se aqui, pois, o porquê da ausência de garantias individuais contra o poder soberano: ela é decorrente da radicalidade que Rousseau pretende dar ao poder da vontade popular. Não há de se atribuir garantias aos contratantes porque estes não se entregam a um terceiro, a uma autoridade outra que não a si mesmos.¹⁶⁶

Portanto, a partir dessa concepção de igualdade e solidariedade, o princípio do mutualismo se encaixa perfeitamente no pensamento de Rousseau em relação ao pacto social, cujo sucesso dependerá da entrega dos direitos de todos os pactuantes à comunidade e igualdade de direitos. A saber:

No contrato social, o indivíduo entrega todos os seus direitos à comunidade. Em troca de ter aberto mão de seus direitos naturais, o cidadão recebe direitos civis. Isso beneficia a todos. Fora da sociedade, os direitos individuais dependiam do poder de cada um. Dentro da sociedade, o poder da comunidade – o império da lei – faz com esses direitos sejam implementados. Mas agora chegamos a uma dificuldade central. Nas palavras de Rousseau: “Se, no momento em que o contrato social é feito, surgem oponentes, essa oposição não invalida o contrato. Ela meramente exclui os

¹⁶⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. Tradução de Antonio José Brandão. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 122.

¹⁶⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios de direito político. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31-32.

¹⁶⁶ SILVA, Felipe Gonçalves. Rousseau e a soberania da vontade popular. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. (Coord.). **Curso de filosofia política**: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008, p. 368.

dissidentes: eles são estrangeiros entre os cidadãos. Depois que o Estado é instituído, residir nele implica consentimento: habitar o território é submeter-se à soberania.” Se, um indivíduo dentro de uma sociedade “recusa-se a obedecer à vontade geral, deve ser forçado a fazê-lo”. Aqueles que não se submetem à liberdade da soberania vontade geral “devem ser forçados a ser livres”.¹⁶⁷

Todavia, há que se considerar a hipótese risco de que as condições do pacto social não sejam cumpridas e, nesse momento, é preciso que o constrangimento de cada um de seus membros a obedecer à vontade geral, ou seja, depende de um poder – governo – que assegure as condições do pacto e a reciprocidade dos compromissos.

Nas palavras de Miguel Reale:

De uma forma ou de outra, no entanto, o dado primordial passa ser o homem mesmo, orgulhoso de sua força racional e de sua liberdade, capaz de constituir por si mesmo a regra de sua conduta. É por isso que surge, desde logo, a idéia de contrato. O contratualismo é a alavanca do Direito na época moderna. Por que existe a sociedade? Porque os homens concordaram em viver em comum. Por que existe o Direito? O Direito existe, respondem os jusnaturalistas, porque os homens pactuaram viver segundo regras delimitadoras dos arbítrios.

Da idéia do indivíduo em estado de natureza, sem leis, sem normas, surge a idéia da possibilidade de contratar. Da possibilidade de contratar deriva o fato do contrato; e do contrato, a norma. Note-se que se opera uma inversão completa na concepção do Direito. Tudo converge para a pessoa do homem enquanto homem em estado de natureza, concebido por abstração como anterior à sociedade. A sociedade é fruto do contrato, dizem uns; enquanto que outros, mais moderados, limitarão o âmbito da gênese contratual: – a sociedade é um fato natural, mas o Direito é um fato contratual.¹⁶⁸ (grifos nossos)

Como explicam J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, não há garantias individuais contra o poder soberano, ou seja, Rousseau dá o poder à vontade popular. Confira-se:

(...) Não há de se atribuir garantias aos contratantes porque estes não se entregam a um terceiro, a uma autoridade outra que não a si mesmos.

¹⁶⁷ STRATHERN, Paul. **Rousseau em 90 minutos**. Tradução de Maria Lucia de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 50-51.

¹⁶⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 557.

(...)

Quando indivíduos não se encontram plenamente imbuídos do poder de dirigir suas condutas, tudo o que se pode exigir são meios para frear esse poder. Quando os cidadãos, entretanto, dele têm posse plena e seu exercício representa senão a liberdade, tudo o que se pode esperar é que dele façam o seu uso máximo.

A liberdade, pois, é a garantida aqui com a *participação* dos membros da associação no poder soberano e não com proteções individuais *contra* esse mesmo poder. (...): a liberdade passa a ser compreendida aqui como *autogoverno*, como a submissão de cada um às próprias leis que criou. Assim, cada cidadão, submetendo-se à autoridade comum da qual faz parte, submete-se tão-somente a si mesmo.¹⁶⁹

O sucesso do contrato social depende da entrega dos direitos de todos os pactuantes, sem exceção, à comunidade toda. A explicação é simples: somente mediante a alienação total é que o princípio do mutualismo pode ser efetivamente aplicado: “pois, primeiramente, se cada um se der por inteiro, as condições são iguais para todos, e, sendo as condições iguais para todos, ninguém tem interesse em torná-las onerosas para os outros”.¹⁷⁰

Importante notar o ideal igualitário de Rousseau, por meio do qual o contrato é estabelecido pela comunidade e com a própria comunidade. Rousseau defende que o soberano deve ser o próprio povo reunido, ou seja, a comunidade que forma a sociedade. Se não houver igualdade de direitos, isto é, se o princípio do mutualismo não valer, não há pacto social para Rousseau:

Além do mais, a alienação se faz sem reservas e a união é tão perfeita quanto possível e nenhum associado tem algo a reclamar: pois se restam alguns direitos aos particulares, como não haveria nenhum superior comum que se possa pronunciar entre eles e o público, sendo cada qual, em algum ponto, seu próprio juiz e pretenderia logo sê-lo em todos; o estado de natureza subsistiria e a associação se tornaria necessariamente tirânica ou vã.¹⁷¹

¹⁶⁹ SILVA, Felipe Gonçalves. Rousseau e a soberania da vontade popular. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. (Coord.). **Curso de filosofia política**: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008, p. 368.

¹⁷⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios do direito político. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

¹⁷¹ Ibidem, p. 32.

Há que se considerar, todavia, o risco do pacto social e do princípio do mutualismo não serem cumpridos, pois os homens podem ser seduzidos pela vontade particular. Por isso, é necessário o constrangimento através da lei para a obediência da vontade geral, garantindo, assim, condições para que haja de fato o mutualismo entre os pactuantes.

É preciso que as leis e sua correta aplicação assegurem o cumprimento do princípio do mutualismo no contrato social, adaptando as vontades particulares à vontade geral, voltando-se, assim, para o bem comum de tal associação.

Miguel Reale esclarece:

Pensamos que Rousseau jamais imaginou o contrato social como fato efetivamente verificado, pelo encontro dos homens numa floresta, por exemplo, para “combinar” regras de bem viver. Isto jamais passou pela cabeça do grande genebrino. Sua idéia de “pacto social” é a de um modelo ideal como pressuposto da convivência humana, conforme doutrina que depois foi burilada magistralmente por Immanuel Kant, que concebeu um contrato originário de puro valor *transcendental*.¹⁷²

De se notar que o contrato social entre os homens é estabelecido porque eles mesmos antecipam um perigo real e provável – isto é, o risco – que ameaçaria a sociedade instituída. Rousseau se refere a tal risco como “obstáculos que impedem sua conservação no estado de natureza”¹⁷³. O pensador genebrino afirma que, se nada fosse feito, todos morreriam: “o gênero humano pereceria se não mudasse sua maneira de ser”¹⁷⁴.

O acordo é estabelecido com o objetivo de enfrentar tal risco de forma racional. Os homens unem suas forças individuais para formar uma agregação, cuja força resultante seja suficiente para superar os obstáculos que impedem a conservação da sociedade instituída.

¹⁷² REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 274.

¹⁷³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios do direito político. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 31.

Verifica-se, assim, que no contrato social há uma correlação legítima do princípio do mutualismo, pois são os homens que, em suas relações de reciprocidade, decidem o modo como a sociedade deverá funcionar, sendo tal princípio um ideal a ser buscado para que seja efetivamente feita justiça.

O princípio do mutualismo é baseado em valores, sejam eles de solidariedade, de igualdade e de boa fé, os quais devem ser preservados por cada indivíduo para o bem comum da coletividade, assim como no contrato social. Isso decorre da busca incessante do homem pela tranquilidade de ser garantido pelo pacto social em caso da ocorrência de determinado acontecimento futuro e incerto.

O acontecimento futuro é incerto e, por conseguinte, representa um risco, cujas causas nem sempre estão diretamente relacionadas aos homens envolvidos no pacto social. Dessa forma, o princípio do mutualismo permite a união de indivíduos não para evitar a ocorrência de tal risco, pois isso seria impossível, mas para eles condições de suportar os efeitos danosos de sua concretização quando unidos em uma coletividade.

Pode-se analisar o contrato social de Rousseau como uma medida de prevenção de um risco social, no sentido de uma instituição que visa proteger a coletividade como um todo. Porém, o fim aqui colimado é a análise do pacto social sob um prisma menor de associação e não sobre o ponto de vista de organização política da sociedade.

Nesse sentido, seria permitido até afirmar que o contrato social de Rousseau, se fosse aplicado em situações concretas, funcionaria como um contrato de seguro, onde os segurados (indivíduos) contribuem para um fundo (coletividade) que será administrado por uma seguradora, porém, esta é fiscalizada em relação a sua solvência e gerenciamento dos recursos, dentro de regras claras e rígidas fiscalizadas por um órgão do governo (soberano), a fim de que todos se beneficiem.

O pressuposto dessa lógica de funcionamento do contrato de seguro consiste no compartilhamento do risco. Assim como no contrato social de Rousseau, todos contribuem para a formação de um fundo único de recursos que garante a proteção

contra eventuais infortúnios dos segurados, os quais individualmente não teriam condições econômicas suficientes para arcarem com os danos decorrentes da ocorrência de tais riscos.

Porém, é um fato estatístico que raramente todos os segurados necessitam de indenização ao mesmo tempo, de forma que, mesmo que os recursos não sejam suficientes para todos ao mesmo tempo, ainda assim a seguradora pode garantir que, na prática, todos os segurados encontrem-se protegidos ao longo do tempo em que o contrato permanecer firmado.

Por isso, o princípio do mutualismo é fundamental nos contratos de seguro, mormente na repartição dos riscos e conseqüente diminuição dos prejuízos no caso de sua realização, conforme será abordado no capítulo a seguir.

4 A FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA DO PRINCÍPIO DO MUTUALISMO NOS CONTRATOS DE SEGURO

4.1 Reflexões sobre a sociedade de risco e os contratos de seguro

Faz parte da natureza humana a busca de segurança para evitar as conseqüências negativas provenientes das incertezas do futuro. Em razão disso, ao invés de simplesmente deixar-se abater ou aguardar passivamente os impactos negativos de levar uma vida assombrada por tais incertezas, o homem, desde os tempos remotos, sempre procurou formas para proteger seus bens e sua vida.

Pedro Alvim pondera que:

A formação das aglomerações humanas gerava problemas relacionados com a segurança dos indivíduos cuja solução transcendia os objetivos puramente familiares. Surgiram, então, organizações de amparo, inspiradas por razões diversas, ora de caráter puramente religioso, ora por espírito de classe, reunindo pessoas do mesmo grupo social ou expostas aos mesmos riscos.¹⁷⁵

As perdas sempre causaram sofrimento ao ser humano, fazendo nascer um sentimento de solidariedade entre os homens como saída para suas dificuldades.

Ao contrário do que se imaginava, o desenvolvimento das sociedades, a rapidez do acesso a informações e de seus reflexos num mundo globalizado, os impactos de fenômenos da natureza causados pelos danos ambientais, a expectativa de vida humana mais longa pelo avanço da medicina, a crescente violência urbana pelas diferenças econômico-sociais, dentre outros fatores, só fez com que os riscos aumentassem na sociedade moderna.

Assim, o homem moderno passou a mensurar os riscos que poderiam lhe abater, passando a controlá-los, na medida do possível, ou ao menos, minimizar seu resultado, através de seu gerenciamento.

¹⁷⁵ ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 3.

Alguns pensadores modernos, dentre eles destaca-se Ulrich Beck, começaram a tratar desse tema, denominando de “sociedade de risco” a maneira pela qual a sociedade moderna se organiza em resposta ao risco a que está sujeita.

A teoria da sociedade de risco, em suma, destaca que os riscos são, em grande parte, derivados da própria intervenção da sociedade humana no planeta, particularmente das intervenções do sistema técnico-científico.

Ulrich Beck difere os conceitos de risco e de perigo. Segundo ele, os riscos estão associados a um elemento decisor. É um estado intermediário entre a segurança e a perda, a catástrofe. Assim, a sociedade de risco se preocupa com o futuro e com a segurança, temas que estão diretamente atrelados à noção de risco.

Trata-se de um eufemismo para a sociedade moderna, cuja evolução dinâmica só lhe trouxe mais exposição aos riscos, o que leva à conclusão da necessidade de reflexão sobre a transformação ou mudança de modelo da sociedade.

Ulrich Beck argumenta ainda que, embora os seres humanos sempre tenham sido submetidos a certo nível de risco, muitos infortúnios atuais estão diretamente relacionados a forças humanas, tais como poluição, doenças novas, criminalidade, que são resultado do processo de modernização em si.

Assim, riscos e acasos são produzidos sistematicamente como resultado do desenvolvimento técnico-econômico, ou seja, como parte da modernização. Atrelado a isso, o mesmo homem que ajudou a desenvolver tais riscos, participa do processo de seu gerenciamento. Questões de desenvolvimento e emprego de tecnologias, que aparecem comumente na leitura que segue os paradigmas da sociedade industrial e da sociedade de classes estão sendo substituídas por questões de cunho político e econômico acerca do gerenciamento dos riscos da tecnologia utilizada.¹⁷⁶

¹⁷⁶ BECK, Ulrich. **Risk society**: towards a new modernity. Tradução de Mark Ritter. London: Sage, 1992, p. 19.

Ulrich Beck associa o risco ao conhecimento, e oferece como exemplos a radioatividade, as toxinas e os poluentes, que produzem danos de modo invisível, sistemático e, em geral, irreversível, sendo que esses danos dependem do conhecimento que se tem acerca dos efeitos desses elementos.¹⁷⁷

O controle do risco depende não apenas do desenvolvimento das tecnologias, mas antes disso, de um horizonte normativo para esse desenvolvimento, o que implica em uma ética baseada na forma como a sociedade pretende continuar vivendo.¹⁷⁸ Evidencia-se então a necessidade de se deslocar a busca de soluções do ponto de vista científico e industrial para o ponto de vista ético e político.¹⁷⁹

Assim, chama-se a atenção para a necessidade de uma modernização reflexiva, processo segundo o qual o risco da sociedade industrial poderia ser controlado com base em um conhecimento não apenas científico e tecnológico, mas também ético e social.¹⁸⁰

Sem menosprezar o papel da ciência no processo de modernização da sociedade industrial, Ulrich Beck preconiza uma nova base de conhecimento para a sociedade do risco que levasse em conta também o aspecto democrático da própria modernidade, de modo que as tomadas de decisão visassem não apenas o suposto saber objetivo dos cientistas, mas também aspectos éticos e políticos.¹⁸¹

Indaga-se, assim, como pode ser resolvido tal dilema, vez que o risco tem de ser disciplinado, mas a assunção de riscos é um elemento fundamental de uma economia dinâmica e uma sociedade inovadora.

A saída para a solução definitiva desse dilema, como Ulrich Beck afirma, está na reflexão do tipo de sociedade que o homem pretende viver, no processo de democratização e disciplina do desenvolvimento tecnológico e científico.

¹⁷⁷ BECK, Ulrich. **Risk society**: towards a new modernity. Tradução de Mark Ritter. London: Sage, 1992, p. 22-23.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 28.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 30-31.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 87.

¹⁸¹ Ibidem, p. 228-229.

Todavia, tal solução é somente uma receita, porém, enquanto não encontra a solução definitiva para tal problemática, há que se encontrar uma forma de, pelo menos, minimizar a insegurança dos homens que vivem em sociedade. Essa é, aliás, a razão pela qual os homens resolvem viver em sociedade e abdicar de parcela de sua liberdade, conforme retrata o contrato social de Rousseau.

Em razão do homem não gostar de correr riscos e, desde os tempos remotos até a modernidade, sempre buscar uma fórmula de eliminá-los ou, pelo menos, reduzi-los por meio da união de forças com demais indivíduos pertencentes à mesma coletividade, surgiu a semente do seguro, um instrumento criado pelo homem que visa reparar ou amenizar as perdas que ocorrem ao longo da vida.

Conclui-se, portanto, que o risco é elemento essencial do contrato de seguro e sua noção “é a mesma de um acontecimento ou evento. Algo que ocorre por fato da natureza ou do próprio homem. Para a maioria dos autores ainda se confunde com a noção de perigo que provoca um dano.”¹⁸²

Há muitas dúvidas a respeito da origem do seguro, o qual foi surgindo: “(...) aos poucos, lentamente, numa decantação de seus princípios que se encontravam esparsos em diferentes sistemas de segurança, imaginados pelos antigos para socorrer suas necessidades de proteção.”¹⁸³

O exemplo histórico sempre citado é aquele que há mais de 3.000 anos, camaleiros da Babilônia combinavam de dividir entre si os prejuízos das longas viagens pelos desertos do Oriente:

Na época, eles não tinham conhecimento matemático (atuarial) para fazer uma previsão estatística do número de acidentes e, conseqüentemente, o número de camelos que morreriam na viagem. Além disso, também não havia a figura da seguradora que se confundia com o próprio grupo de camaleiros. Contudo, eles eram ao mesmo tempo segurados e seguradora. A figura do *prêmio*, que é

¹⁸² BECK, Ulrich. **Risk society**: towards a new modernity. Tradução de Mark Ritter. London: Sage, 1992, p. 214.

¹⁸³ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. **O Contrato de seguro**: de acordo com o novo código civil brasileiro. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 2.

aquela contribuição que o segurado paga à seguradora para ter a cobertura de seu bem em caso de evento danoso futuro, não existia. O prêmio se confundia com a indenização rateada entre todos.

A inexistência de companhias de seguros na Antiguidade significava a ausência de uma empresa especializada em gerenciar os riscos das outras pessoas. Nesse passado distante, remediavam-se os sinistros depois que eles ocorriam, bem diferente do que acontece hoje, quando o prêmio significa exatamente a prevenção de uma fatalidade através do pagamento antecipado de uma pequena remuneração”.¹⁸⁴

Contudo, é freqüente a associação do seguro à expansão marítima nos séculos XIV e XV, mormente pela insegurança e riscos que envolviam as viagens marítimas naquela época.

Amadeu Carvalhaes Ribeiro pondera que:

(...) a evolução histórica da atividade seguradora, cuja origem possui duas grandes vertentes: de um lado, a norte-européia, baseada na cooperação e na solidariedade entre os homens; de outro, a mediterrânea, fundada na exploração mercantil do seguro.

A vertente mediterrânea, cujas origens mais remotas são anteriores à baixa Idade Média, é a primeira a vir ao mundo, associada especialmente ao comércio marítimo. Um pouco mais tarde, no século XVI, o seguro floresceria no norte da Europa de forma bastante distinta, como resultado da associação entre pessoas para mútua proteção contra riscos diversos.¹⁸⁵

Por isso, numa sociedade de riscos, a saída para minimizar os impactos de se viver em meio à insegurança e sujeito a perdas que podem ser irreparáveis, está no contrato de seguro. Dessa forma:

A técnica securitária foi desenvolvida, portanto, para permitir o equilíbrio entre despesas e receitas da empresa seguradora. Seu primeiro elemento é a chamada “mutualidade”, uma comunidade de segurados expostos a riscos de mesma natureza. Esses segurados contribuem cada um pelo pagamento de um prêmio, para a formação e manutenção de um fundo comum. É desse fundo que se extraem os recursos necessários para o pagamento dos sinistros que atingirem qualquer um dos integrantes da mutualidade.¹⁸⁶

¹⁸⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 30. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, vol. III, p. 15.

¹⁸⁵ RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. **Direito de seguros: resseguro, seguro direto e distribuição de serviços**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 7.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 71.

Ainda, pela aplicação das estatísticas e do cálculo das probabilidades, os riscos diminuem e desaparece a álea, pois observa-se vários casos e a relação de constância de sua realização. Luiz Mendonça comenta:

Como parte do todo econômico, o setor de seguro não escapa à regra geral. Seu preço é a imagem de cada economia nacional e, portanto, insuscetível a comparações internacionais. Aliás, com um complicador extra, na formação do preço do seguro intervém um componente *sui generis*, que é o risco, ou seja, um fenômeno de massa. Este componente tem a característica de ser aleatório, casual. Em termos estatísticos, porém, isso não quer dizer que o risco deixe e alcançar certa regularidade de comportamento. Para isso, a condição indispensável é a grande massa de dados, pois quanto maior o universo das observações, tanto mais o preço empírico do seguro se aproxima de seu exato valor real. Daí o imperativo de que a atividade seguradora seja exercida na mais alta escala possível, já que o preço do seguro decresce com a expansão do mercado pela maior estabilidade, que assim adquire o comportamento de risco.¹⁸⁷

Portanto, a forma de eliminar os efeitos derivados da álea pode ser alcançado pelo mutualismo que é o fundamento dos contratos de seguro, ou seja, com o agrupamento de segurados que contribuirão proporcionalmente para um fundo comum, serão retiradas as quantias que arcarão com os sinistros ocorridos aos integrantes de tal grupo.¹⁸⁸

A administração desse fundo é feita por uma sociedade seguradora, por meio da qual:

O segurado necessariamente se vincula simultânea e sucessivamente a uma grande quantidade de seguros, sem o que a operação do seguro será impossível. E cada um dos vínculos *individuais* é do interesse de toda a massa de contratantes.

O segurador é o administrador de um fundo coletivo, formado pela pluralidade de segurados expostos a riscos homogêneos, visando a garantir cada uma das unidades. A prestação devida pelo segurado desde cada vinculação é a garantia de que, realizando-se o risco previsto, haverá um aporte capaz de indenizar o dano daí decorrente,

¹⁸⁷ MENDONÇA, Luiz. **O seguro em retalhos**. Rio de Janeiro: Funenseg, 1997, p. 34.

¹⁸⁸ STIGLITZ, Rubén S. **Derecho de seguros**. 3. ed. atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, vol. I, p. 28.

obviamente na medida dos limites de garantia desejados quando da adesão individual ao vínculo geral securitário.¹⁸⁹

E por se tratar de um fundo de terceiros, a sociedade seguradora somente poderá operar mediante autorização do Poder Público e sua atividade deve ser amplamente fiscalizada por órgão especializado, de forma a evitar impactos negativos em toda a coletividade, que é justamente que o contrato de seguro busca evitar. Confira-se:

Como se vê, para cumprir o contrato adequadamente, o segurador deve fazer muito mais do que simplesmente pagar a indenização em caso de sinistro. É por isso que sua atividade não pode ser exercida por qualquer um, dependendo de autorização do Poder Público para tanto. Este, por sua vez, verificará se o requerente preenche os requisitos técnicos e financeiros necessários a oferecer seguros ao público. Em perfeita consonância com essa exigência, o Código Civil prevê que “somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada” (artigo 757, parágrafo único).¹⁹⁰

Por isso, as seguradoras, além de dependerem de prévia autorização do Poder Público para exercer suas atividades, continuam sendo fiscalizadas por este ao longo de sua existência, especialmente em relação à sua capacitação patrimonial, devendo preencher rigorosos requisitos de reserva de capital e provisões técnicas que efetivamente possam oferecer solvência aos seus segurados.

O parágrafo único do Artigo 179 da Constituição Federal de 1988 dispõe que a liberdade econômica é assegurada, ressalvados os casos em que pela relevância e reflexos para a sociedade há a necessidade de autorização e controle estatal. Tal hipótese ocorre com algumas instituições, dentre elas as sociedades seguradoras. Esta limitação está fundada no princípio de que o direito de propriedade e a liberdade de iniciativa não são gerais nem absolutos, não podendo existir sem uma regulamentação instituída pela lei.

¹⁸⁹ TZIRULNIK, Ernesto. OCTAVIANI, Alessandro (Colab.). **Regulação de sinistro** (ensaio jurídico). 3. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 58.

¹⁹⁰ RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. **Direito de seguros: resseguro, seguro direto e distribuição de serviços**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 63.

Fábio Ulhoa Coelho enfatiza:

O controle estatal da atividade securitária destina-se a impedir que atos de má gestão das seguradoras possam vir a comprometer sua capacidade econômica e financeira de honrar as obrigações assumidas perante segurados e beneficiários. É a competente organização empresarial da seguradora que hoje permite conferir a garantia esperada pelo contratante do seguro. A deficiência na administração da entidade pode comprometer a disponibilidade dos recursos dos fundos alimentados pelos prêmios puros, inviabilizando, deste modo, a socialização dos riscos.¹⁹¹

A relevância de tal preocupação tem fundamento na função social exercida pelo contrato de seguro, pois seus efeitos repercutem sensivelmente na ordem econômica, moral e social e não afetam somente os contratantes. Esse tema será retomado mais adiante no item 4.3 deste capítulo.

Portanto, não se pode ter uma postura indiferente em relação ao sucesso ou fracasso das seguradoras, vez que a amplitude dos interesses particulares transcende para os da ordem pública. O Estado deve intervir para resguardar tais interesses em caso de má administração de uma sociedade seguradora.

Tal pressuposto é essencial, pois as seguradoras são administradoras de fundos coletivos constituídos pelas contribuições dos prêmios dos segurados, cuja finalidade é a garantia de riscos predeterminados. Portanto, há necessidade de um efetivo o controle estatal sobre a atividade seguradora, de forma que a base atuarial imposta para sua solvência seja real.¹⁹²

4.2 O princípio mutualismo e os contratos de seguro

O mutualismo nos contratos de seguro é definido como:

¹⁹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 352.

¹⁹² TZIRULNIK, Ernesto. OCTAVIANI, Alessandro (Colab.). **Regulação de sinistro** (ensaio jurídico). 3. ed. rev. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001, p. 40.

(...) um dos princípios fundamentais que constitui a base de toda a operação de seguro. A reunião de um grande número de expostos os mesmos riscos possibilita estabelecer o equilíbrio aproximado entre as prestações do segurado (prêmio) e as contraprestações do segurador (responsabilidades).¹⁹³

Os contratos de seguro não objetivam um ganho por parte do segurado, além do fato da seguradora não considerar o contrato individualmente, mas a massa de segurados, inexistindo risco de perdas como consequência destes contratos.

Não há, portanto, álea para o segurado, pois o eventual pagamento da indenização securitária por parte da seguradora em caso de sinistro representa apenas a reparação econômica de um dano inesperado, e a incorrência de um sinistro não pode ser considerada perda para o segurado pelo fato dele não ter se beneficiado do prêmio que pagou à seguradora. Aliás, tal entendimento é totalmente equivocado, pois, assim como no contrato social de Rousseau, os segurados se unem a uma coletividade objetivando o bem comum, e tal associação lhes traz um benefício imediato, que no caso do contrato de seguro é a tranqüilidade de não ser surpreendido por danos causados por infortúnios.

Em outras palavras, todos os integrantes da massa segurada serão beneficiados nos contratos de seguro, assim como no contrato social de Rousseau, pois a garantia do futuro tem um custo, por isso o segurado arca com o prêmio para ter sua tranqüilidade preservada de forma imediata, e não fica inerte ou torcendo para que não seja acometido por um infortúnio.

Dessa forma, o segurado não perde ou arrisca nunca, porque os riscos são amortizados pela massa dos prêmios recolhidos e pelo cálculo segundo hipóteses atuariais. O prêmio pago pelo segurado constitui a contrapartida necessária para sustentar os custos da operação de seguro, vez que o benefício para o segurado é imediato, na medida em que goza de segurança e tranqüilidade no futuro que

¹⁹³ **Dicionário de seguros:** vocabulário conceituado de seguros. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Funenseg, 2000, p. 78.

justifica tal sacrifício econômico infinitamente menor que a ocorrência do infortúnio.¹⁹⁴

Portanto o mutualismo é o princípio basilar das operações de seguro, por meio do qual os integrantes (segurados) se unem para compor um grupo (massa segurada) com deveres de solidariedade recíproca, contribuindo com recursos (prêmios) para um fundo que será administrado por uma sociedade especializada (seguradora), os quais serão utilizados, exclusivamente, em benefício de seus participantes em caso de ocorrência de um risco predeterminado (sinistro) que venha a lhe causar dano físico ou material.

Frank Larrúbia Shih enfatiza que:

O alicerce do seguro é o mutualismo, que pressupõe a contribuição de várias pessoas para a formação de um fundo comum, pois este é que suportará o pagamento dos sinistros. Portanto, o mutualismo se efetiva não pela relação jurídico-contratual isolada, mas sim pela *rede* formada pelo plexo contratual dos inúmeros segurados. Por outro lado, o fundo comum não é propriedade da seguradora, mas sim propriedade e destinação comunitária de todos os segurados, ou, no elegante magistério de J.J. Calmon de Passos, “o fundo comum é uma universalidade se qualifica por interesses transindividuais por força de sua destinação” (RT 763/98).

O princípio do mutualismo é, assim, a necessária cooperação da coletividade de segurados para a formação do fundo comum, sem o qual o seguro não pode existir.¹⁹⁵

O princípio do mutualismo é fundamental na operação de seguro, que por meio das leis da estatística consegue repartir os riscos, diminuindo, desse modo, os prejuízos que sua realização poderia trazer àqueles que compõem a massa segurada, se tivessem que arcar com eles individualmente. Nesse sentido:

O mutualismo constitui, portanto, a base do seguro. Sem a cooperação de uma coletividade seria impossível, ou melhor, não se distinguiria do jogo. Não alcançaria, também seu objetivo social, pois, ao invés do patrimônio do segurado seria sacrificado o patrimônio do

¹⁹⁴ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. **O contrato de seguro**: de acordo com o novo código civil brasileiro. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 31.

¹⁹⁵ SHIH, Frank Larrúbia. Os princípios do direito securitário. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 156, p. 112, out./dez. 2002.

segurador. A insegurança permaneceria para um e para outro. Importa socialmente evitar o sacrifício de alguém pelo risco e eliminar a insegurança que ameaça a todos. Isto só é possível através do processo do mutualismo que reparte os prejuízos para muitos em pequenas parcelas que não afetam sua estabilidade econômica. O patrimônio de todos é resguardado. Já foi dito que o seguro é a técnica da solidariedade.¹⁹⁶

O alicerce do seguro, portanto, está no princípio do mutualismo, por meio da cooperação da coletividade de segurados para formação de fundo comum, cujos recursos serão administrados por uma instituição que deve ser rigidamente fiscalizada, a fim de ter meios de compensar todos e não apenas parte daqueles que compõem a massa segurada.

Complementa Antônio Márcio da Cunha Guimarães:

No mutualismo, a união é que faz a força. O seguro é a maneira mais inteligente de se prevenir e remediar eventos imprevistos. É uma atividade séria, assentada em bases estatísticas sofisticadas.

Um dos fundamentos da atividade seguradora é o mutualismo. Trata-se de um sistema não tão complexo, em que um grupo de pessoas com interesses comuns somam suas forças para a formação de um fundo único, cuja finalidade é suprir, em determinado momento, necessidades eventuais de alguns dos seus membros afetados por um acontecimento imprevisto.

(...)

O mutualismo tem um sentido coletivo, ou seja, as cotas pagas por cada um, somadas, são as que garantem a substituição do bem perdido por alguns dos participantes.

(...)

O objetivo, sempre, é a prevenção de um evento futuro, que pode ou não acontecer. Na verdade, espera-se que não aconteça com todos os participantes do fundo. Todos contribuirão, para que apenas alguns recebam as indenizações. Como o evento danoso não é sabido, é totalmente eventual e ninguém sabe quem sofrerá o infortúnio, todos têm interesse em participar e resguardar seus bens.¹⁹⁷

Judith Martins Costa deixa claro que o contrato de seguro revela “a noção de comunidade, uma vez que num dos pólos não está meramente o interesse de uma

¹⁹⁶ ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 59-60.

¹⁹⁷ GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. **Contratos internacionais de seguros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 13-14.

soma aritmética de 'individualidades', mas interesses supra-individuais ou coletivos."¹⁹⁸

A importância do mutualismo na relação securitária já há muito é reconhecida pela doutrina especializada dos seguros. Marcelo de Oliveira, embora denominando o princípio de "transindividualidade dos interesses", afirma a importância do mutualismo, alegando que ele está nos fundamentos históricos e operacionais do seguro e sugere até um peso ao princípio. A saber:

A formulação do princípio da transindividualidade de interesses tem, contudo, a sua raiz mais profunda no próprio desenvolvimento histórico do contrato de seguro, representativo do aprimoramento das bases técnicas da operação securitária, e sua ascendência mais recente no impacto da teoria da empresa sobre a compreensão da atividade securitária, revelando que esta não prescinde de uma técnica que exige, além da homogeneidade de riscos, uma pluralidade de segurados que os suportem através do mutualismo.

No âmago do princípio da transindividualidade de interesses encontra-se um resgate da idéia de que "o segurador é sempre um intermediário entre os segurados; estes é que pelo caráter de mutualidade, imanente a todo o seguro, são as verdadeiras partes contratantes".

Essa perspectiva global do contrato de seguro, nas palavras de J. J. Calmon de Passos: conduz ao entendimento necessário de que todo aporte financeiro atribuído pelo segurado à seguradora com que contrata, intitulado prêmio, é, em verdade, parcela que, integrada a outras, constitui um fundo comum de propriedade e destinação comunitária ou coletiva de todos os segurados.

Dessa universalidade apenas são extraídos os valores indispensáveis para sua administração, que inclui a justa remuneração do empreendedor, tudo isso regulado por disposições legais de natureza cogente que objetivam, precisamente, acentuar e resguardar a propriedade coletiva desse patrimônio e sua destinação social e específica.

Representando a referência à idéia de transindividualidade de interesses um "sentido de oportunidade que se desenvolve historicamente" e erigindo-se em um comando de otimização que deve "ser realizado na maior medida do possível", sem, por óbvio, levar à sonegação do interesse legítimo do segurado individual em benefício da transindividualidade de interesses da mutualidade,

¹⁹⁸ MARTINS, Judith Costa. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 1, p. 53, vol. 1, maio de 2005.

pode-se considerar o princípio da transindividualidade de interesses um verdadeiro princípio específico do contrato de seguro privado.¹⁹⁹

A justificativa da agremiação dos segurados está na exposição dos participantes aos mesmos riscos e na aversão do ser humano de se submeter a tais inseguranças, de forma que para se sentirem protegidos dos danos que possam advir da ocorrência de tais riscos, preferem se reunir e contribuir para um fundo comum, pois, isoladamente, não teriam condições econômicas de suportar tais prejuízos.

Assim, o seguro é a operação econômica que garante os prejuízos em caso de ocorrência de um risco determinado, por meio de uma pluralidade de indivíduos expostos ao mesmo tipo de risco. Esse processo de transformação do risco individual para uma comunidade de riscos ajuda a proteger os indivíduos contra as consequências prejudiciais de ter de suportar um custo muito maior no qual incorreria se o risco ocorresse.²⁰⁰

Importante frizar que o mutualismo nasce da união de duas virtudes humanas: a boa-fé e a solidariedade. Pedro Alvim completa:

Quando um risco ameaça a coletividade, há um movimento quase instintivo de aproximação dos indivíduos que procuram mutuamente o amparo de que necessitam. Este impulso gera a solidariedade, que é um dos fundamentos do seguro. Ele nada mais é que fundo comum alimentado pela pequena participação de cada um e administrado em benefício de todos para socorrer as necessidades daqueles que são vítimas do evento temido.²⁰¹

Com o surgimento do vínculo entre pessoas que decidem repartir entre si os custos para proteção da imprevisibilidade e do infortúnio a que estão sujeitas, o seguro torna-se uma solução moralmente justa para garantir as incertezas futuras que perturbam os seres humanos.

¹⁹⁹ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Teoria geral do contrato de seguro**. Campinas: LZN, 2005, p. 43, vol. 1.

²⁰⁰ DONATI, Antígono; PUTZOLU, Giovanna Volpe. **Manuale di diritto delle assicurazioni**. 9. ed. Milão: Giuffrè, 2009, p. 3-4.

²⁰¹ ALVIM, Pedro. BONFIOLI, Elizabeth (Org.) **O seguro e o novo código civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 9.

O mecanismo do contrato de seguro é esclarecido por Sílvio Rodrigues da seguinte forma:

Se o segurador assumisse sozinho o risco de pagar a indenização pelo sinistro, sua atitude seria quase insensata, pois, ocorrendo aquele, teria de absorver enorme prejuízo. Se assim fosse, o seguro não passaria de um jogo ou de uma aposta, em que haveria apenas a transferência dos riscos de uma pessoa para outra, sem qualquer interesse social.

Entretanto, o seguro é coisa diferente, pois jamais se apresenta, em face do segurador, como um contrato isolado. Aliás, no contrato de seguro encontram-se sempre dois elementos que explicam o seu mecanismo e demonstram o alto interesse social desse negócio. Tais elementos são: a) a mutualidade dos segurados, e b) o cálculo de probabilidades.

a) *A mutualidade dos segurados.* Imagine-se que uma centena de proprietários de imóveis se unisse para dividir, por todos os prejuízos que cada qual experimentasse com o eventual incêndio de seu prédio. É improvável que todos os prédios se incendiassem, sendo possível que apenas um ou dois pegassem fogo. O prejuízo experimentado no sinistro seria dividido por todos, de modo que se atenuaria enormemente. O proprietário cujo prédio ficou ileso sofreria um desembolso por prejuízo que não afetou coisa sua e que, portanto, não teria de realizar se não se houvesse unido a seus companheiros. Entretanto, por meio desse negócio garantiu-se contra os riscos incidentes sobre o seu imóvel, pois, fosse ele a vítima do sinistro, em vez de seu prejuízo ser total, experimentaria perda apenas parcial.

Imagine-se, agora, que em vez de serem cem as pessoas unidas por esse ajuste, sejam milhares e milhares os segurados. Estarão dividindo entre si os prejuízos experimentados por qualquer deles. É assim que operam as sociedades de seguros mútuos, pois nelas os associados dividem entre si os prejuízos que a qualquer deles advenham dos riscos por todos enfrentados (CC de 1916, art. 1466).

Mas é assim também que funciona qualquer negócio de seguro, pois a empresa seguradora privada nada mais é do que uma intermediária que, recolhendo os prêmios pagos pelos segurados, usa desses recursos, e só deles, para pagar as indenizações pelos sinistros ocorridos. De modo que são os próprios segurados que pagam as indenizações devidas.²⁰²

O objetivo do seguro, portanto, é fundamentalmente a reparação de danos pela seguradora, cujo papel é de administradora dos recursos captados dos segurados. Trata-se essencialmente da transferência do risco do segurado para a

²⁰² RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 30. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, vol. III, p. 332-333.

seguradora, mediante o pagamento de uma contribuição denominada prêmio, sem que isso signifique uma contraprestação de um suposto serviço prestado.

Na lição de Pedro Alvim:

Já foi dito que o segurador nada mais é que o administrador de um fundo alimentado pelos segurados e de onde é retirado o necessário para o pagamento dos sinistros. Chama-se prêmio a contribuição de cada um. Não é igual para todos. Varia segundo a natureza do risco segurado. No ramo de incêndio, por exemplo, uma casa de madeira está sujeita a maior probabilidade de ser destruída pelo fogo que um apartamento de um edifício de cimento armado. Uma pessoa idosa ou que já padeceu de moléstia grave corre maior risco de sobrevivência de um jovem. É justo, pois, que cada um pague pela garantia recebida do segurador o prêmio correspondente à periculosidade do risco que o ameaça.²⁰³

Conclui-se, assim, que o seguro não objetiva evitar o dano, apenas minimizar seus efeitos, através da transferência das conseqüências econômicas do sinistro do segurado para o segurador, que para poder fazer frente a tais obrigações deve estabelecer uma mutualidade calculada segundo a lei da estatística para absorver a transferência do risco do pagamento da indenização.

Complementa Sílvio de Sálvio Venosa que:

O seguro, em sua essência, constitui transferência do risco de uma pessoa a outra. Tecnicamente, só se torna possível quando o custeio é dividido entre muitas pessoas, por número amplo de segurados. Embora o contrato de seguro seja negócio jurídico isolado e autônomo entre segurador e segurado, somente se torna viável se existe base mutuária para custeá-lo, e um amplo número de segurados. Cabem à ciência atuária o exame estatístico e o cálculo de seguros de determinado segmento social. São feitos cálculos aproximados dos sinistros que ordinariamente ocorrem em determinada área ou setor, efetuando-se complexos estudos de probabilidade. O mutualismo constitui a base do seguro. Há, portanto, técnica sofisticada e especializada na constituição das várias modalidades de seguro, que, se não for eficiente, pode fazer soçobrar a empresa seguradora, jogando por terra o importante sentido social do instituto, razão pela qual há intensa fiscalização da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) em toda a movimentação financeira do segurador.²⁰⁴ (grifos nossos)

²⁰³ ALVIM, Pedro. BONFIOLI, Elizabeth (Org.). **O seguro e o novo código civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 35.

²⁰⁴ VENOSA, Sílvio de Sálvio. **Direito civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, vol. III, p. 371.

Pedro Alvim ensina que “juridicamente, o seguro é a transferência do risco do segurado para o segurador” enquanto “tecnicamente, é a divisão, entre muitos segurados, dos danos que deveriam ser suportados por um deles”²⁰⁵. Continua o autor em sua obra, que sintetiza de forma clara o conceito deste princípio:

O contrato de seguro é uma operação isolada entre segurado e segurador, mas a multiplicação desses contratos, dando a mesma garantia sobre o mesmo tipo de risco, para muitas pessoas, constitui sua base técnica. A contribuição dessas pessoas formará o fundo comum de onde sairão os recursos para pagamento dos sinistros. O segurador funciona como gerente do negócio: recebe de todos e paga as indenizações.²⁰⁶

Sendo assim, tudo emana do pactuado nos contratos de seguro, por isso ele deve ser interpretado de forma restritiva, a fim de não ferir o princípio do mutualismo e, conseqüentemente, impactar de forma negativa toda a massa segurada. A limitação ou particularização dos riscos é essencial, a fim de que o segurador não responda por outros riscos que não aqueles predeterminados. Confira-se:

O risco, outro elemento essencial do contrato, é a possibilidade de ocorrência de um evento predeterminado capaz de lesar o interesse garantido.

Para o seguro, o risco é apreendido em sua dimensão social, coletiva. Não se tomam em conta a incerteza e a insegurança estritamente individuais e sim a previsão, obtida por meio de estudos estatísticos e atuariais, de incidência do evento predeterminado capaz de lesar o interesse.

Por isso, as dúvidas relacionadas com a inclusão do risco na garantia, exigem soluções que permitam compatibilizar o interesse das partes contratantes com a estruturação técnica comunitária do seguro. O risco, em outras palavras, deve ser buscado também na sua dimensão coletiva, aquela tomada em conta para a padronização do contrato e sua estruturação atuarial e financeira.²⁰⁷

²⁰⁵ ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 59.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 59.

²⁰⁷ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. **O contrato de seguro**: de acordo com o novo código civil brasileiro. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 36.

Portanto, a razão da restrição na interpretação dos contratos está diretamente relacionada com a correspondência do prêmio, que deve ser proporcional ao risco assumido pelo segurador.

Nas palavras de Pedro Alvim:

Já houve oportunidade de afirmar-se que um dos princípios fundamentais do seguro é o mutualismo. Só prospera onde o espírito de comunidade desperte o esforço conjunto na defesa contra riscos que ameaçam a coletividade.

O segurador se propõe a organizar esse trabalho com a cooperação de todos. Amealha de cada um pequena contribuição que irá formar o fundo comum para pagamento das indenizações aos que são atingidos pelo infortúnio. Segurador e segurados, irmanados pelo mesmo objetivo, constroem as grandes empresas seguradoras que suportam bem o pagamento de vultuosas indenizações.

A contribuição de cada segurado é proporcional ao risco que está correndo sua pessoa ou seu patrimônio. O prêmio que paga varia de acordo com a periculosidade do risco. Eis que deverá assinalar na proposta do seguro, todas as circunstâncias que possam caracterizar a natureza do risco, sob pena de perder o direito à indenização.²⁰⁸

Ora, na medida em que essa proporcionalidade não for obedecida, toda a massa segurada poderá ser prejudicada pela falta de recursos em caso de ocorrência de riscos efetivamente assumidos pela seguradora. Não se deve perder de vista que, muito embora seja a seguradora quem paga a indenização securitária na ocorrência de sinistros, tal quantia é formada pelos prêmios pagos pelos segurados; logo, quem verdadeiramente paga a indenização securitária é o próprio segurado, arcando com uma parte dos prejuízos da massa segurada que sofre o sinistro.

No contrato de seguro os direitos e deveres dos segurados e do segurador são construídos com fundamento no princípio do mutualismo, por isso, qualquer ato equivocado das partes em receber aquilo que não lhe é devido pode prejudicar toda a comunidade segurada, sendo inaceitável a interpretação extensiva das cláusulas contratuais no seguro.

²⁰⁸ ALVIM, Pedro. BONFIOLI, Elizabeth (Org.). **O seguro e o novo código civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 55.

O compartilhamento do risco e a distribuição de proteção de forma democrática demonstram a relevante função social do seguro. Em outras palavras, cada um contribui com pouco para fazer frente ao risco comum do grupo, garantindo, assim, os ônus gerados por infortúnios futuros e incertos que isoladamente não teriam condições de assumir.

Por isso, é essencial a conscientização daqueles que pretendem contratar seguro da existência do princípio do mutualismo, já que o vínculo entre os integrantes de determinada massa segurada é recíproco, devendo sempre haver espírito solidário entre eles para a proteção de seu próprio interesse, e especialmente o respeito ao princípio da boa fé.

A boa fé, como regra de interpretação, é aplicável no momento em que o segurado apresenta suas necessidades de proteção securitária e o segurador suas condições e circunstâncias para garantir tal proteção. É uma oportunidade prévia à conclusão do contrato, em que segurado e segurador devem “falar abertamente”, informarem-se devidamente sobre o objeto do contrato, e, especialmente, em relação à determinação dos riscos e suas limitações subjetivas, objetivas e temporais.²⁰⁹

Em outras palavras, a boa fé no direito securitário deve ser cumprida em seus estritos limites, fazendo com que as partes atuem com honestidade na interpretação das cláusulas contratuais e na delimitação dos riscos assumidos. O segurado deve descrever de forma precisa o risco para o qual pretende obter cobertura securitária. O segurador deve redigir seus contratos de forma clara para a compreensão de seus limites pelo segurado.

Tudo isso porque nos contratos de seguro o interesse individual e egoísta está diretamente atrelado ao interesse coletivo de proteção da massa segurada, pois só assim será alcançado o resultado almejado.

²⁰⁹ STIGLITZ, Rubén S. **Derecho de seguros**. 3. ed. atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, vol. I, p. 604-605.

O propósito do seguro é a preservação do patrimônio ou da integridade física do indivíduo, e não deve, de forma alguma, objetivar lucro por parte daquele que o contratou, apenas a reparação do *status quo ante*, sob pena de prejudicar toda a massa segurada.

É imperioso que se tenha consciência da necessidade da defesa e luta pela preservação do princípio do mutualismo no contrato de seguro, pois só assim os indivíduos e a coletividade da qual participam poderão realizar de forma legítima seus objetivos.

4.3 Comentários sobre o princípio do mutualismo e os contratos de seguro no Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 recepcionou o princípio do mutualismo em diversos artigos relacionados aos contratos de seguro. Todavia, no presente trabalho não se pretende esgotar esse assunto, de forma que apenas serão destacados alguns artigos que melhor retratam a importância e dimensão desse princípio para tais contratos.

Pela leitura dos Artigos 757²¹⁰ e 760²¹¹ do Código Civil de 2002, pode-se concluir que no contrato de seguro os riscos deverão sempre ser predeterminados e a assunção de tais riscos deverá sempre constar da apólice de seguro.

Tais artigos tratam do mutualismo nos contratos de seguro como regra geral, ou seja, sobre o qual se baseia a operação securitária, mormente no que concerne à correspondência entre risco assumido e o pagamento do prêmio pelo segurado, possibilitando a criação de um fundo específico, mediante a contribuição

²¹⁰ “Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.”

²¹¹ “A apólice ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário.”

proporcional dos segurados, para cobrir os danos causados pelos sinistros em caso de sua ocorrência.

A seguradora é quem pagará a indenização securitária em caso de sinistros - ou seja, na ocorrência dos tais riscos predeterminados -, porém, tal pagamento é efetuado com os prêmios pagos pelos próprios segurados. Portanto, quem arca com as indenizações securitárias são os próprios segurados, com as contribuições efetuadas para o fundo comum administrado pela seguradora.

Cabe destacar nesse ponto que há uma equação comunitária, ou seja, não se pode considerar a relação isolada de um segurado perante a seguradora, devendo ser consideradas as demais contribuições de prêmio realizadas pela coletividade de segurados unidos pela homogeneidade dos riscos.

O risco é considerado de forma coletiva no seguro, não levando em consideração a incerteza e a insegurança individuais e sim a previsão, obtida por meio de estudos estatísticos e atuariais, de incidência do evento predeterminado capaz de lesar o interesse segurado.²¹²

A garantia securitária só será viabilizada se for considerado cada prêmio pago pelo segurado que fará parte do fundo comum administrado pela seguradora. As perdas, por sua vez, também serão necessariamente consideradas com relação a toda a comunidade de segurados expostos aos mesmos riscos.

Dessa forma, o cálculo do valor dos prêmios a serem pagos pelos segurados decorrerão dessa análise coletiva. Essa é a comutatividade que explica a diferença entre seguro e jogo, tornando o seguro socialmente útil na medida em que cumpre com a função social dos contratos, prevista no Artigo 421²¹³ do Código Civil de 2002.

²¹² TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. **O Contrato de seguro:** de acordo com o novo código civil brasileiro. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 36.

²¹³ "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."

A função social dos contratos de seguro deixa claro o papel relevante das seguradoras no sentido de salvaguardar o equilíbrio financeiro da sociedade, a partir da adequada e correta administração dos fundos da massa segurada.

Dessa forma, a ética deve sempre nortear as regras gerais sobre a formação dos contratos e a garantia de sua execução equitativa, bem como normas específicas que tratam das operações de seguros contemplando todas as suas especificidades, a fim de que a resolução dos negócios jurídicos não cause onerosidade excessiva para qualquer das partes envolvidas, de forma a refletir negativamente na coletividade.

Fica claro, portanto, o papel relevante que os contratos de seguro desempenham na socialização dos riscos, dos danos e do dever de indenizar, não podendo jamais olvidar de sua função social.

Desse modo, a liberdade de contratar não poderá, a despeito do vínculo jurídico estabelecido entre o segurador e o segurado, afetar o papel que o contrato exerce dentro da sociedade. Não poderá, por exemplo, afetar a proteção patrimonial e expansão da capacidade econômico-financeira dos segurados, bem como a distribuição social dos riscos.

Conclui-se, assim, que a função social dos contratos de seguro reside, principalmente, no mutualismo. Percebe-se, portanto, que a proteção pretendida recai sobre a massa segurada, denotando o caráter de solidariedade que existe entre os segurados integrantes de tal grupo.

O mutualismo não deriva de um sentimento de compaixão, mas de uma situação de fato na qual um grupo de pessoas físicas e jurídicas tem seus interesses garantidos por um fundo único.

Ao fazer partilhar do risco entre muitos, democratizando a possibilidade de proteção, o seguro cumpre relevante função social. Cada qual contribui com pouco, de acordo com suas possibilidades, para fazer face ao risco que é comum, e garantir-se do infortúnio incerto e futuro, no momento em que ele se individualiza.

Cria-se, então, com base nessa divisão solidária, um fundo social que é administrado pelas seguradoras, destinado ao enfrentamento do risco fortuito e das ameaças à vida, à saúde e ao patrimônio das famílias.

Ao estabelecer uma função social para os contratos, o Código Civil de 2002 reconheceu como elemento jurídico uma dimensão econômica, que no caso dos seguros equivale à reciprocidade dos prêmios que compõem um fundo mútuo entre os segurados para garantir os interesses de cada um.

O princípio do mutualismo deve, portanto, ser sopesado na análise dos contratos de seguro, sem anular os princípios que protegem o segurado, mas sim ser ponderado ao lado deles para que, ao delimitar direitos e deveres do segurador e do segurado, não afete negativamente os demais segurados pertencentes à mesma massa segurada.

A interpretação restrita, que a princípio pode parecer contrária ao segurado, é fundamental ao sistema securitário para a proteção dos demais segurados e da massa segurada. Somente por meio dela é possível prever os riscos, estipular a composição das carteiras, estabelecer o valor dos prêmios e controlar a solvência da seguradora. Essa certeza sistêmica é a única que pode fornecer a garantia que o segurado persegue, tornando harmônica a relação securitária.

Sílvio de Sálvio Venosa enfatiza:

O contrato de seguro tem compreensão e interpretação restritas, não se admitindo alargamento dos riscos, nem extensão dos termos. Daí por que é essencial que os riscos sejam minudentemente descritos e expressamente assumidos pelo segurador. Um seguro que proteja de furto simples não pode cobrir o roubo ou furto qualificado; um seguro que proteja de incêndio não pode ser estendido à inundação, por exemplo.²¹⁴

²¹⁴ VENOSA, Sílvio de Sálvio. **Direito civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, vol. III, p. 378..

A boa fé, elemento essencial do contrato de seguro, também está consagrada em diversos artigos do Código Civil de 2002, ou seja, no Artigo 422²¹⁵ que tem aplicação geral e no Artigo 765²¹⁶ que dispõe sobre a boa fé objetiva nos contratos de seguro. Dessa forma, segurado e o segurador são obrigados a guardar, na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa fé, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ela concernentes.

Dessa forma, conclui-se que o Código Civil de 2002 prestigiou o princípio do mutualismo nos contratos de seguro, demonstrando sua relevância para a adequada interpretação das normas aos casos concretos, demonstrando a relevância da jurisprudência para que não sejam criados precedentes que não sejam condizentes com a realidade fática desse tipo de contrato, de forma a propiciar a segurança jurídica tão almejada pela sociedade.

4.4 Recentes decisões do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

O objetivo deste item não é esgotar o assunto, mas trazer algumas decisões recentes proferidas pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que retratam a importância do princípio do mutualismo nos contratos de seguro.

A relação social do mutualismo com o seguro, como visto, tem amparo da doutrina especializada e, de forma cada vez mais crescente, tem refletido na jurisprudência.

A compreensão do princípio do mutualismo nos contratos de seguro pelo Poder Judiciário serve para o correto e adequado discernimento entre as distorções que podem ocorrer tanto por parte do segurado como da seguradora.

²¹⁵ "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

²¹⁶ "O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes."

Carlos Harten, em sua obra, trouxe à colação o seguinte julgado do E. Superior Tribunal de Justiça para retratar o mutualismo nos contratos de seguro:

Neste engenhoso mecanismo jurídico-econômico, a sociedade seguradora arrecada fundos junto a uma coletividade de pessoas, os segurados, celebrando contratos individuais, de forma que os esforços coletivos de poupança superem o valor de prejuízos estatisticamente verificável em certo período de tempo. Cada prejuízo individual é ressarcido pelo fundo comum administrado pela sociedade seguradora. Da diferença entre o total de indenizações pagas e o total de prêmios arrecadados, a seguradora retira sua remuneração. Assim, a necessidade de segurança contra riscos que são individualmente incertos leva um grupo de pessoas, sob a administração de uma seguradora, a um esforço mútuo e recíproco para se precaver contra prejuízos que são coletivamente, e segundo cálculos estatísticos, certos. Tal fato revela a natural dificuldade doutrinária de se classificar um contrato que é individualmente aleatório, mas coletivamente comutativo. (REsp 763.648/PR, Rel^a Min^a NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Mn. CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14.06.2007, DJ 01.10.2007, p. 272).²¹⁷

Está na jurisprudência a tarefa de interpretar as normas jurídicas de forma adequada à realidade dos contratos de seguro, contemplando os princípios gerais de Direito Civil aplicáveis aos contratos em geral, mas não deixando de contemplar os princípios específicos aplicáveis ao Direito Securitário, em especial, o princípio do mutualismo.

O E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em vários julgados tem refletido com precisão o princípio o mutualismo na relação contratual securitária, abordando a importância de sua proteção para não desvirtuar as características específicas nesse tipo de contrato. Confira-se os trechos do acórdão a seguir:

AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA E DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONTRATAÇÃO DE PLANO DE PREVIDÊNCIA INDIVIDUAL JUNTO A SEGURADORA. ÁLEA INSERTA NESTA ESPÉCIE DE AVENÇA. AUSÊNCIA E DIREITO À PERCEPÇÃO DO MONTANTE RECOLHIDO COM ATUALIZAÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO MANTIDA. APELO DESPROVIDO.

²¹⁷ HARTEN, Carlos. **O contrato de seguro visto pelo Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: ÔTE, 2009, p. 35-36.

PREVIDÊNCIA PRIVADA INDIVIDUAL. CONTRATO EM TUDO SEMELHANTE AO DE SEGURO, EM QUE A ÁLEA ESTÁ PRESENTE E É INEVITÁVEL. CUSTO DA ADMINISTRAÇÃO QUE PODE INTERFERIR NO MONTANTE À DISPOSIÇÃO DA SEGURADORA. DESCABIMENTO DA PRETENSÃO DE RECEBIMENTO EM DEVOLUÇÃO DO TOTAL RECOLHIDO, DEVIDAMENTE ATUALIZADO. APELO DOS AUTORES DESPROVIDO.

(...)

Embora aparentemente injusta, a solução conferida ao pleito pelo juízo monocrático é a que merece prevalecer. Não existiu fraude ou má fé de parte da empresa-contratante. As cláusulas podem ser de difícil apreensão pelo jejuno, mas são claras. Também pondere-se que estes deixaram de cumprir sua obrigação, assim que se sentiram lesados. Confundiram um plano de previdência privada, em tudo assemelhado a um contrato de seguro, com um plano de investimento como se fora uma poupança.

A álea está presente nesse tipo de contrato. É inafastável no direito securitário. Por isso é que descabe insistir no direito de perceber o quantum pago, como se fora uma caderneta de poupança. É o que ocorre no contrato de seguro. Paga-se para merecer a responsabilidade da seguradora se ocorrer um infortúnio. Quando este inoocorre, nenhum direito do segurado a receber aquilo que recolheu para o funcionamento da seguradora e para que esta possa fazer à demanda de outros segurados, estes sim, colhidos pela má fortuna.

Existem ônus na administração do plano, que são partilhados entre todos os seus partícipes. Eles podem ser superiores à parcela recolhida pelos contratantes, assim como ocorre na espécie.

A decisão de primeiro grau foi correta e merece subsistir.

Por estes fundamentos, nega-se provimento ao apelo.²¹⁸ (grifos nossos)

Claro está, portanto, que nos contratos de seguro todos os segurados se beneficiam ao participar da massa segurada e contribuir com o valor do prêmio que lhe é acessível para garantia de um bem ou interesse, cuja perda lhe causaria um dano muito maior. Dessa forma, mesmo não ocorrendo o dano, o segurado também se beneficiará pelo simples fato de usufruir da segurança de não correr riscos que tal contratação lhe propiciou.

²¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1ª Câmara de Direito Público, Apelação cível com revisão nº 879.038-5/7-00, Apelantes: Marco André Amici e outra. Apelada: Sul América Seguros Vida e Previdência S.A. Desembargador Relator Renato Nalini, j. 14.04.2009 (ANEXO A).

Verifica-se também no acórdão a seguir, a correta aplicação e interpretação do princípio do mutualismo e sua essencialidade nos contratos de seguro. Confira-se:

SEGURO - Invalidez parcial - Ausência de cobertura securitária - Improcedência da demanda de cobrança de capital segurado - Apelação denegada. Apelação com revisão nº 1.110.581-0/2.

A demanda é improcedente, por falta de cobertura de invalidez parcial e permanente, não o deixando de ser o acometimento de males da coluna, se ainda restar ao segurado a opção de exercer outras atividades que não sejam incompatíveis com seu quadro de restrições físicas.

(...)

A perícia reconhece que a incapacidade física é apenas parcial, o que é bastante para a conclusão acima.

(...)

O conceito de invalidez das apólices de seguro é bem mais restrito do que o das Leis do Seguro Social, e deve ser compreendido como aquele que, além de não ser possível a cura pelos meios terapêuticos existentes, ainda se torna a pessoa inabilitada fisicamente para a maioria das atividades mais ordinárias da vida, não raro dependente do auxílio de outrem para os cuidados do corpo.

Sobre seguro vige o princípio segundo o qual a responsabilidade do segurador é limitada aos riscos assumidos, no interesse da própria estabilidade do mutualismo, que é de sua natureza, de sorte que não pode fazer prevalecer o princípio da inversão do ônus da prova em favor do segurado ou mesmo da interpretação favorável a este em caso de dúvida.

Não pode ser perdida de vista a lição de Pedro Alvim assim, segundo a qual, "uma das normas importantes para o contrato de seguro é a que determina interpretação restritiva de suas cláusulas. É necessário aplicar estritamente os termos convencionais, sobretudo com relação aos riscos cobertos. Há uma correlação estreita entre a cobertura e o prêmio. Forçar essa correlação por via da interpretação extensiva poderá falsear as condições técnicas do contrato, em que repousa toda a garantia das operações de seguro. Se as cláusulas da apólice são redigidas com clareza a delimitar o risco coberto, não devem ser desvirtuadas sob pretexto de interpretação para incluir coberturas que não estavam previstas ou foram expressamente excluídas do contrato".

Por isso, nego provimento ao recurso."²¹⁹ (grifos nossos)

²¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 25ª Câmara de Direito Privado, Apelação com Revisão nº 1.110.581-0/2. Apelante: Marli Oliveira De La Vega. Apelada: Mitsui Sumitomo Seguros S.A.. Desembargador Relator Sebastião Flavio, j. 22.04.2008 (ANEXO B).

Essa decisão é extremamente relevante na medida em que não é incomum a confusão entre as leis privadas que regem o contrato de seguro em relação às de ordem pública que regem a seguridade social. Não se deve confundir esses dois institutos sob pena da comunidade que participa da massa segurada do contrato de seguro privado ter que arcar com os ônus relativos a riscos para os quais não contribuíram.

De relevância que também merece destaque o julgado a seguir:

AÇÃO CONSIGNATÓRIA - seguro de vida - apólice firmada quando o titular vivia junto da ex-companheira - continuidade do pagamento após dissolução da união e depois do casamento - regime de comunhão parcial de bens - contribuição da esposa para taxa do prêmio - ausência de vínculo ou patrimônio comum com a antiga companheira - esposa beneficiária do seguro - recurso provido em parte.

Trata-se de apólice de seguro de vida firmada quando o segurado vivia maritalmente com a apelante, em 1979, e que continuou a ser paga após a dissolução da união e também depois da constituição de nova família com a outra ré.

(...)

No período em que viveu com ele, é certo que a companheira era a beneficiária única e exclusiva, mesmo porque, além de pagar pelo seguro, buscou demonstrar também que contribuía com dinheiro para a vida em comum.

Porém, uma vez extinta a união, ou seja, dissolvida a sociedade de fato, e tendo o titular contraído casamento em regime de comunhão parcial de bens, não há fundamento jurídico para que a antiga companheira se sobreponha à esposa, que também pagou pelo seguro a partir de quando se casou.

Não está demonstrado qualquer vínculo remanescente com a anterior companheira, nem tampouco fosse ela responsável pelo sustento do segurado após a dissolução da união ou depois do casamento dele.

O fato do seguro de vida ter sido pago durante os anos anteriores não agrega qualquer valor à indenização. Esta se funda no princípio atuarial e mutualismo, ou seja, o valor é determinado segundo o risco e a taxa de prêmio e não pelo tempo de pagamento, de forma que se o titular tivesse firmado a apólice a partir de quando se casou, o valor da indenização seria o mesmo.

(...)

Do exposto, dá-se provimento em parte ao recurso.”²²⁰ (grifos nossos)

²²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 33ª Câmara de Direito de Privado, Apelação com revisão nº 1.131.921-0/8. Apelante: Roseni dos Santos Nunes. Apeladas: Elizabete Wider e Bradesco Seguros S.A. Desembargador Relator Eros Piceli, j. 16.04.2008 (ANEXO C).

Há que se analisar o contrato de seguro em seus estritos limites, de forma que sua interpretação deve ser feita de forma restritiva para não beneficiar nenhuma das partes envolvidas, por se tratar de contrato que tem particularidades técnicas atuariais e estatísticas que, se ignoradas, certamente refletirão de forma negativa na massa segurada, seja pela não oferta ou exclusão de determinadas coberturas se houver exageros ou interpretações erradas de sua extensão, seja no aumento do valor dos prêmios nas renovações e novas contratações de coberturas securitárias.

A seguir, outra decisão que merece destaque:

SEGURO EM GRUPO, DE VIDA E DE ACIDENTES PESSOAIS - Cláusula excludente tida como abusiva - Liberdade do segurador de limitar os riscos cobertos - Situações excluídas que, se incluídas, são presumidas como capazes de desequilibrar a necessária correspondência entre o prêmio e os riscos a que se propôs a seguradora cobrir - inoocorrência, pois, de desvantagem exagerada ao segurado - Ação civil pública improcedente - Apelação desprovida.

As apólices de seguro, com o teor da que ora é examinada, declaram ser objeto da cobertura, o acontecimento lesivo com data caracterizada. É violento, súbito, involuntário e externo à pessoa do segurado e tem aptidão por si só de causar lesão cuja conseqüência é a invalidez permanente, parcial ou total do segurado.

O acidente típico, de regra, se caracteriza como ocorrência lesiva imprevista e relacionada a agente externo. Não se identifica com a ocorrência complicadora inesperada da evolução regular de uma doença, fator endógeno.

O intuito dessa natureza de apólice é privilegiar o chamado acidente típico, evento lesivo súbito, único, agudo, externo à pessoa, e não o decorrente da evolução de dada doença.

(...)

O que não pode, porém, é obrigar o segurador a contratar nos moldes que não lhe interessa, até porque sobre seguro vige o princípio segundo o qual, sua responsabilidade é limitada aos riscos assumidos, no interesse da própria estabilidade e do mutualismo. A lei lhe garante escolher os eventos que quer cobrir.

A lição de Pedro Alvim a respeito é de que “há uma correlação estreita entre a cobertura e o prêmio”. Diz ainda que “forçar essa correlação por via da interpretação extensiva poderá falsear as condições técnicas do contrato, em que repousa toda a garantia das operações de seguro. Se as cláusulas da apólice são redigidas com clareza a delimitar o risco coberto, não devem ser desvirtuadas sob

pretexto de interpretação para incluir coberturas que não estavam previstas ou foram expressamente excluídas do contrato”.

Como é possível entrever pela dita lição, há da parte do segurador o dever de redigir com clareza as cláusulas delimitadoras dos riscos cobertos, o que conduz à inevitável conclusão de que será devida a cobertura sempre que, razoavelmente, supor que as expectativas do segurado eram uma abrangência ampla dos riscos naturais da vida.

Essa situação, porém, é bem diversa daquela de obrigar o segurador a fazer cobertura de riscos que, pela lei dos grandes números, iria ele fatalmente conduzir ao desequilíbrio entre o prêmio recebido e a obrigação de cobertura.

Em suma, é preciso prestigiar a idéia de que é sempre presumível uma razão plausível para as exclusões, porque uma cobertura é precedida de levantamentos estatísticos que determinam a provável correspondência entre o prêmio e a cobertura.

Se há eventos que, pela sua maior incidência ou riscos de conseqüências mais graves, podem comprometer o equilíbrio entre a massa de recursos auferida pelos prêmios e as coberturas previstas, é dado ao segurador recusar a sua cobertura, até porque ele apenas administra a massa de recursos que se destinará à cobertura dos danos aos mutuários que foram a vítima do risco coberto, sem que retire proveito pessoal das sobras.

Existe, como decorrência da própria natureza do contrato de seguro, a discricionariedade do segurador, a qual não é dado ao juiz substituir, para fazer prevalecer critérios pessoais ou que julque consentâneos com o seu conceito de justiça, mas destituídos dos requisitos técnicos determinadores do valor do prêmio.

Para lograr o intuito buscado com a demanda, deveria a apelante comprovar com perícia de alta precisão técnica, de que as disposições combatidas, pela lei dos grandes números, não têm o condão de afetar esse caráter atuarial do seguro, de sorte que pudessem os males excluídos perfeitamente estarem contemplados, sem o comprometimento do equilíbrio entre o prêmio e a prestação a que se obriga a seguradora.

A ação é de manifesta improcedência e merece prestígio a conclusão em tal sentido pronunciada em primeiro grau.

Nego provimento ao recurso.”²²¹ (grifos nossos)

A decisão acima merece aplausos na medida em que não é incomum a interpretação das cláusulas restritivas ou excludentes de cobertura nos contratos de

²²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 25ª Câmara de Direito Privado, Apelação com revisão nº 983.625-0/1. Apelante: Anadec – Associac’-ao Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor. Apelados: Credicard Banco S.A. e AGF Brasil Seguros S.A. Desembargador Relator Sebastião Flavio, j. 01.04.2008 (ANEXO D).

seguro como sendo abusivas em relação ao consumidor hipossuficiente. Verifica-se, muitas vezes, que o clamor social ou a situação delicada de infortúnio que acometeu o segurado podem influenciar o julgador, a despeito do que está pactuado no contrato.

Portanto, há que recordar que o contrato de seguro não pode ser visto de forma individual entre segurado e seguradora, e sim de forma coletiva, considerando todos os contratos e segurados que fazem parte daquela massa segurada. Se for concedida cobertura securitária a quem não tem direito ou que não estava prevista no contrato, o efeito prejudicial será revertido para coletividade de segurados.

Em seguida, trechos de outra decisão sobre o tema:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SEGURO. VEÍCULO. SINISTRO. NÃO PAGAMENTO DO PRÊMIO. INDENIZAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. Se não houve o pagamento do prêmio o contrato não se aperfeiçoou, não havendo direito à indenização pelo sinistro ocorrido com o veículo que seria objeto do contrato não realizado.

O Requerente reconhece que está inadimplente alegando que *“deixou de efetuar os pagamentos devidos porque a ré não enviou os boletos de cobrança conforme avençado”* (folha 134), mas insiste no direito ao recebimento de indenização pelo furto do veículo sustentando que *“competia à Requerida enviar os boletos a fim de que o pagamento se desse da forma contratada”* (folha 134).

(...)

O artigo 12 do Decreto-lei 73, de 1966 dispõe que fica suspensa a cobertura do seguro até o pagamento do prêmio, estipulando que qualquer indenização dependerá da prova de pagamento anterior à ocorrência do sinistro.

De acordo com a regra contida no artigo 763 do Código Civil, *“não terá direito à indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se o sinistro ocorrer de sua purgação”*.

(...)

O caso narrado em inicial não revela mora parcial da obrigação, o que em tese poderia gerar eventual direito de cobrança do valor em atraso com encargos, mas de renovação do seguro quanto ao veículo Parati, através do prêmio total parcelado em onze prestações, portanto, não tem direito o autor a postulada indenização.” (folha 129).

(...)

“O que, por certo, não se pode sustentar é que sem a apólice ou o bilhete não haja o contrato e muito menos que, antes de sua remessa, não exista já obrigação securitária afeta às partes. A forma, enfim, a que se refere a lei, tem função meramente probatória, de modo a impedir a demonstração do ajuste exclusivamente por testemunhas. Daí mencionar-se sua prova por qualquer documento comprobatório do pagamento do prêmio ou qualquer outro, é de admitir, desde que indique a ocorrência do consenso. Pense-se na proposta escrita, sucedida de pagamento do prêmio ou por qualquer correspondência escrita remetida pelo segurador, de que se extraia a conclusão de que havida aceitação. (...) O pagamento do prêmio é a prestação principal e básica, embora não a única, a que se obriga o segurado. É a nota de onerosidade do contrato de seguro, em que, justamente mediante o pagamento do prêmio, se contrata a garantia a um interesse legítimo contra risco potencial de lesão. Ou, se se pensar no universo maior do mutualismo em que o seguro se insere, o prêmio é, a rigor, a contribuição do segurado ao fundo que a seguradora gere e de que se retira o quanto necessário a se honrar a garantia, em caso de sinistro. (...) A propósito do debate, vale conferir a lição de Orlando Gomes (Contratos, 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 474-5), para quem, afinal, o pagamento do prêmio significa condição de eficácia do contrato. E, de tal arte que, uma vez impago, inexigível a cobertura, em caso de sinistro. Essa é a regra, a rigor, disposta no artigo 763 do NCC, mais ampla, destarte, da contida no art. 1.436 do Código revogado, adstrita ao retardo provocado por falência ou incapacidade do segurado. De resto, já a legislação previa que o não pagamento do prêmio inviabiliza a exigência do valor segurado, ocorrido o sinistro, permitindo mesmo o cancelamento da apólice (Decreto 60.459/67, que, nessa parte, alterou o Decreto-lei 73/66).”²²²

(...)

Em face ao exposto, nega-se provimento ao recurso.”²²³ (grifos nossos)

Trata-se de um julgado que aborda o ponto crucial das operações de seguro, ou seja, há necessidade do pagamento do prêmio para que se forme o fundo comum que arcará com o pagamento das indenizações securitárias nos casos em que houver cobertura. Qualquer interpretação contrária atacará o princípio do mutualismo

²²² GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. PELUSO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado**. São Paulo: Manole, 2007, p. 624 e 629.

²²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 34ª Câmara de Direito Privado, Apelação com revisão nº 945371-0/7. Apelante: Luiz Antônio Alves Prado. Apelada: Vera Cruz Seguradora S.A.. Desembargador Relator Irineu Pedrotti, j. 28.11.2007 (ANEXO E).

que rege os contratos de seguro, desequilibrando o bem comum da massa segurada.

Por fim, traz-se à colação outra decisão do E.Tribunal de Justiça de São Paulo:

SEGURO - Ação de cobrança de capital segurado - Ausência de cobertura securitária, por ser apenas parcial a invalidez decorrente de doença da coluna vertebral - Improcedência - Apelação desprovida.

A demanda é improcedente, por falta de previsão de cobertura, em caso de invalidez parcial e permanente, não o deixando de ser o acometimento de males da coluna, se ainda resta ao segurado a opção de exercer outras atividades que não sejam incompatíveis com seu quadro de restrições físicas, fato atestado pelo perito a fls. 85, na resposta ao quesito n. 10.

Enfim, a conclusão do perito é de que o apelante, em razão de males da coluna, estava no momento do exame pericial incapacitado para o exercício de sua atividade de motorista, sem, porém, para outras.

A previsão de cobertura da apólice, em caso de invalidez por doença, é apenas a permanente e total e não a parcial.

Além de ter sido alegado na petição inicial que se trata de invalidez por doença, a conclusão do perito é de que sua etiologia é degenerativa e não decorrente de acidente típico.

(...)

Sobre seguro, vige o princípio segundo o qual a responsabilidade do segurador é limitada aos riscos assumidos, no interesse da própria estabilidade do mutualismo, que é de sua natureza, de sorte que não pode fazer prevalecer o princípio da inversão do ônus da prova em favor do segurado, como consumidor, porque a massa de segurados é tão ou mais vulnerável que ele.

Por isso, voto no sentido de ser negado provimento ao recurso, embora por fundamento diverso da r. sentença."²²⁴ (grifos nossos)

Pela leitura dos acórdãos apresentados no presente trabalho, cuja pretensão não é de esgotar o tema, mas tão-somente demonstrar a essencialidade da

²²⁴ BRASL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 25ª Câmara de Direito Privado, Apelação com revisão nº 1028423- 0/7. Apelante: Homitair dos Santos. Apelada: Companhia de Seguros do Estado de São Paulo - Cosesp. Desembargador Relator Sebastião Flávio, j. 04.12.2007 (ANEXO F).

compreensão pelo Poder Judiciário do mecanismo dos contratos de seguro e suas especificidades técnicas, pois:

Os cidadãos necessitam saber como as leis serão aplicadas para poderem planejar suas vidas; todas as pessoas na sociedade têm o direito de saber com certeza o que podem e o que não podem fazer. É o poder judiciário que, em última análise, diz como as normas jurídicas devem ser aplicadas (quando há dúvida, claro).

A sociedade conta, portanto, com as decisões fixadas na jurisprudência para poder respirar a liberdade assegurada pelo Direito e vivenciada na segurança jurídica. É certo que até que os tribunais decidam, uniformemente, a respeito dos casos duvidosos, essa segurança não vem.²²⁵

A operação de seguro não pode deixar de ser compreendida pelos julgadores sem considerar a mutualidade dos segurados e a intervenção de uma sociedade (seguradora) como intermediária entre a pluralidade dos sujeitos expostos aos mesmos riscos predeterminados. Esse é o fundamento essencial da operação, a organização de uma mutualidade que consiste em repartir entre aquela pluralidade de sujeitos expostos a riscos, a carga econômica que implica em sua efetiva ocorrência (sinistros), pressupondo-se, assim, uma transformação do risco individual em risco coletivo.²²⁶

²²⁵ NUNES, Luiz Antonio. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 75.

²²⁶ STIGLITZ, Rubén S. **Derecho de seguros**. 3. ed. atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, vol. I, p. 22.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, procurou-se analisar o princípio do mutualismo à luz da teoria contratualista elaborada por Jean-Jacques Rousseau no século XVIII, mostrando-se em particular que o mutualismo é um dos princípios fundamentais dos contratos de seguro.

Com base na idéia de sociedade de riscos, foi possível justificar que os contratos de seguro são fundamentados em um princípio de proteção do patrimônio individual por meio da mobilização de recursos de uma determinada coletividade.

Esse princípio corresponde ao princípio do mutualismo na medida em que ele depende não apenas da mensuração e do controle dos riscos, mas também da união de interesses por meio de uma associação livre que traz benefícios para todos os que dela participam, alcançados pela soma de esforços para o bem comum, por meio da solidariedade e da boa fé.

Nesse sentido, o contrato social apresentado por Rousseau no século XVIII seria regido pelo princípio do mutualismo, uma vez que os contratantes contribuem para se beneficiar da associação, que os protegerá de eventuais infortúnios e danos decorrentes de sua ocorrência. Esse mesmo princípio, que visa minimizar os impactos de se viver em uma sociedade de risco, estaria, por sua vez, na base dos contratos de seguro.

O contrato social de Rousseau seria, nesse sentido, uma medida de prevenção de um risco social no sentido de ser uma instituição que visa proteger a coletividade como um todo, e segundo a qual os segurados (indivíduos) contribuem para um fundo (coletividade) que será administrado por uma seguradora, que por sua vez é fiscalizada em relação a sua solvência e gerenciamento dos recursos dentro de regras claras e rígidas fiscalizadas por um órgão do governo (soberano), a fim de que todos (massa segurada) se beneficiem.

O princípio do mutualismo constitui, portanto, a base dos contratos de seguro visto que, tal como já afirmava Rousseau em sua teoria contratualista, a segurança

do patrimônio do contratante seria impossível sem a cooperação de uma coletividade. Os contratos de seguro pressupõem a contribuição de várias pessoas para a formação de um fundo comum, pois este é que suportará o pagamento dos sinistros.

Mais do que um simples mecanismo para amenizar as perdas da vida, o contrato de seguro cumpre a função social de estimular a igualdade entre os indivíduos, bem como o sentimento de solidariedade, uma vez que, em certo aspecto, o interesse individual diz respeito ao interesse de toda a massa de contratantes.

Além disso, ao repartir o risco entre todos os segurados (pois ao dividir os prejuízos em pequenas parcelas, a estabilidade econômica do conjunto não é afetada), o contrato de seguro reduz ao mínimo a insegurança coletiva, o que é respaldado pelas leis da estatística, as quais auxiliam no controle e gerenciamento dos riscos.

O princípio do mutualismo, semelhantemente à teoria contratualista de Rousseau, é o princípio basilar dos contratos de seguro, por meio dos quais os integrantes (segurados) se unem para compor um grupo (massa segurada) com deveres de solidariedade recíproca, contribuindo com recursos (prêmios) para um fundo que será administrado por uma sociedade especializada (seguradora), os quais serão utilizados, exclusivamente, em benefício de seus participantes em caso de ocorrência de um risco predeterminado (sinistro) que venha a lhe causar dano físico ou material.

Cabe observar que o mutualismo se efetiva não pela relação jurídico-contratual isolada, mas sim pela rede formada pelo plexo contratual dos inúmeros segurados, que depende da união de duas virtudes humanas: a boa-fé e a solidariedade. Contudo, isso não significa que o mutualismo deriva de um mero sentimento de compaixão, dado que a dimensão técnico-jurídica do problema não é de menor importância em relação aos seus aspectos morais.

É imprescindível, portanto, conscientização dos operadores do direito da relevância do princípio do mutualismo nos contratos de seguro, pois os reflexos positivos ou negativos recairão sobre a coletividade e seus integrantes individualmente.

Conclui-se, assim, que o compartilhamento do risco e a distribuição de proteção de forma democrática demonstram a relevante função social do seguro. Em outras palavras, cada indivíduo contribui com uma pequena parcela para fazer frente aos riscos comuns da massa segurada, garantindo, assim, os ônus gerados por infortúnios futuros e incertos que isoladamente não teriam condições de assumir. Função social esta que se relaciona diretamente tanto com o princípio do mutualismo quanto com a teoria contratualista de Rousseau.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Pedro. BONFIOLI, Elizabeth (Org.). **O seguro e o novo código civil**. 1. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

_____. **O contrato de seguro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Mário da Gama Cury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

_____. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

_____. **Vida e obra** (Os Pensadores). São Paulo: Nova Cultural, 1987.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 19. ed. São Paulo: Globo, 1980.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Justiça distributiva e aplicação do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

_____. **Limites e justificação do poder do estado**. Petrópolis, Vozes, 1979.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BECK, Ulrich. **Risk society: towards a new modernity**. Tradução de Mark Ritter. London: Sage, 1992.

BEVILACQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A justiça em Aristóteles**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

BITTENCOURT, Marcello Teixeira. **Manual de seguros privados**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1997.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

BODENHEIMER, Edgard. **Ciência do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BORGES, Nelson. **Os contratos de seguro e sua função social**: a revisão securitária no novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CAGNASSO, Oreste; COTTINO Gastone; IRRERA, Maurizio. **L'assicurazione**: límpresa e il contratto. Padova: Cedam, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

_____. **Como nasce o direito**. 2. ed. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. A “dignidade da pessoa humana” na ordem jurídica brasileira. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CHALITA, Gabriel. **A essência do ser**. São Paulo: Athayde, 1996.

_____. **A sedução no discurso**: o poder da linguagem nos tribunais de júri. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Ética dos governantes e dos governados**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. **O poder**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Vivendo a filosofia**. São Paulo: Atual, 2002.

CHAUÍ, Marilena. **Introdução à história da filosofia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, v. 1.

CÍCERO, Marcus Tullius. **Da república**. Tradução de Amador Cisneiros. Bauru: Edipro, 1995.

_____. **Das leis**. Tradução de Otávio T. de Brito. São Paulo: Cultrix, 1967.

_____. **Des lois**. Tradução de Charles Appuhn. Paris: Garnier, 1954.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3.

CRETELLA JR., José. **Curso de direito romano**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. **Curso de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **O futuro do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DEL VECCHIO, Giorgio. **A justiça**. Tradução de Antonio Pinto Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1960.

_____. **Lições de filosofia do direito**. Tradução de Antonio José Brandão. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Ática, 1989.

Dicionário de seguros: vocabulário conceituado de seguros. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Funenseg, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. III.

DONATI, Antígono; PUTZOLU, Giovanna Volpe. **Manuale di diritto delle assicurazioni**. 9. ed. Milão: Giuffrè, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPINOSA, Baruch de. **Tratado teológico-político**. Tradução de Diogo Pires Aurélio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 1997.

FORTES, Luiz Roberto Salinas. **Paradoxo do espetáculo**: política e poética em Rousseau. São Paulo: Discurso, 1997.

_____. **Rousseau**: da teoria à prática. São Paulo: Ática, 1976.

_____. **Rousseau**: o bom selvagem. São Paulo: Discurso, 2007.

FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Yves Gandra da Silva (Coord.). **O novo código civil**: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale. São Paulo: LTR, 2003.

FRATESCHI, Yara. Estado e direito em Thomas Hobbes. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política**: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. John Locke: estado e resistência. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política**: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRÓCIO, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Tradução de Ciro Mioranza. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005, v. I.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio

Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: RCS, 2007.

_____. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GUERREIRO, Marcelo da Fonseca. **Seguros privados**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. **Contratos internacionais de seguros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

HARTEN, Carlos. **O contrato de seguro visto pelo Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: ÔTE, 2009.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARITAIN, Jacques. **Introdução geral à filosofia**. Tradução de Ilza das Neves e Heloísa de Oliveira Penteado. 10. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1972.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MARTINS, Judith Costa. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 1, p. 53, vol. 1, maio de 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. **Elementos do direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MENDONÇA, Luiz. **O seguro em retalhos**. Rio de Janeiro: Funenseg, 1997.

MONTORO, André Franco. **Estudos de filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, Amaury César. Liberalismo e propriedade no “capítulo V” do segundo tratado sobre o governo de Locke *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia**. São Paulo: Atlas, 2007.

MUÑOZ, Alberto Alonso. A filosofia política de Aristóteles. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política: do nascimento da filosofia a Kant**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. O paradigma aristotélico. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política: do nascimento da filosofia a Kant**. São Paulo: Atlas, 2008.

NALINI, José Renato. Duração razoável do processo e a dignidade da pessoa humana. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. **Filosofia e ética jurídica**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. XXII.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. **A intuição e o direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. **A lei, o poder e os regimes democráticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. **Intuição**. São Paulo: Mindeu, 1998.

_____. **Liberdade:** norma, consciência, existência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. **Manual de Introdução ao estudo do direito.** São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Manual de filosofia do direito.** São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Teoria geral do contrato de seguro.** Campinas: LZN, 2005.

PISSARRA, Maria Constança Peres. **Rousseau:** a política como exercício pedagógico. São Paulo: Moderna, 2003.

POLETTI, Ronaldo. **Elementos de direito romano.** Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

PUFENDORF, Samuel. **Os deveres do homem e do cidadão, de acordo com as leis do direito natural.** Tradução de Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

RAZZANTE, Ranieri. **Manuale breve di diritto delle assicurazione.** Bari: Cacucci Editore, 2007.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. **Lições preliminares de direito.** São Paulo: Bushatsky, 1974.

RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. **Direito de seguros:** resseguro, seguro direto e distribuição de serviços. São Paulo: Atlas, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil.** 30. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, vol. III.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.** Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Do contrato social.** Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Do contrato social:** princípios de direito político. Tradução e comentários de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SEREIAS, Vasco Porto. **Seguros no novo código civil.** 7. ed. Leme: Syslook, 2009.

SHIH, Frank Larrúbia. Os princípios do direito securitário. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 156, p. 112, out./dez. 2002.

SILVA, Caio Mário Pereira da. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. III.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atual.: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Felipe Gonçalves. Rousseau e a soberania da vontade popular. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto. (Coord.). **Curso de filosofia política**: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, Ivan de Oliveira. **Curso de direito do seguro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

STIGLITZ, Rubén S. **Derecho de seguros**. 3. ed. atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, vol. I.

STRATHERN, Paul. **Rousseau em 90 minutos**. Tradução de Maria Lucia de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

TELLES JR., Goffredo. **Filosofia do direito**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

TRUYOL-SERRA, António. **História da filosofia do direito e do estado**. Lisboa: Instituto Novas Profissões, 1985.

TZIRULNIK, Ernesto. Direito ao seguro privado: discriminação e ação afirmativa. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____; OCTAVIANI, Alessandro (Colab.). **Regulação de sinistro** (ensaio jurídico). 3. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. **O Contrato de seguro**: de acordo com o novo código civil brasileiro. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VENOSA, Silvio de Sálvio. **Direito civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, vol. III.

_____. **Direito civil**. São Paulo: Atlas, 2005, v. III.

ANEXOS**ANEXO A – Acórdão da 1ª Câmara de Direito Público do TJSP
(Apelação cível com revisão nº 879.038-5/7-00)****PODER JUDICIÁRIO****TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA

ACÓRDÃO REGISTRADO(A) SOB Nº

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO nº 879.038-5/7-00, da Comarca de RIBEIRÃO PRETO, em que são apelantes MARCO ANDRÉ AMICI e OUTRA sendo apelada SUL AMÉRICA SEGUROS DE VIDA E PREVIDÊNCIA S/A:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. O -julgamento teve a participação dos Desembargadores' FRANKLIN NOGUEIRA e REGINA CAPISTRANO.

São Paulo, 14 de abril de 2009

RENATO NALINI

Presidente e Relator

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO N° 14.655

APELAÇÃO CÍVEL N° 879.038.5/7-00 – RIBEIRÃO PRETO

Apelante: MARCO ANDRÉ AMICI e OUTRA

Apelada: SUL AMÉRICA SEGUROS DE VIDA E PREVIDÊNCIA S/A

AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA E DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONTRATAÇÃO DE PLANO DE PREVIDÊNCIA INDIVIDUAL JUNTO A SEGURADORA. ÁLEA INSERTA NESSA ESPÉCIE DE AVENÇA. AUSÊNCIA DE DIREITO À PERCEPÇÃO DO MONTANTE RECOLHIDO COM ATUALIZAÇÃO.

SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO MANTIDA. APELO DESPROVIDO PREVIDÊNCIA PRIVADA INDIVIDUAL. CONTRATO EM TUDO SEMELHANTE AO DE SEGURO, EM QUE A ÁLEA ESTÁ PRESENTE E É INEVITÁVEL. CUSTO DA ADMINISTRAÇÃO QUE PODE INTERFERIR NO MONTANTE À DISPOSIÇÃO DA SEGURADORA. DESCABIMENTO DA PRETENSÃO DE RECEBIMENTO EM DEVOLUÇÃO DO TOTAL RECOLHIDO, DEVIDAMENTE ATUALIZADO. APELO DOS AUTORES DESPROVIDO

Vistos etc.

A sentença do Juiz FRANCISCO CÂMARA MARQUES PEREIRA julgou parcialmente procedente a ação de cobrança combinada com indenização promovida por MARCO ANDRÉ AMICI e ROBERTA CHIZUE NISHIMURA AMICI contra SUL AMÉRICA SEGUROS DE VIDA E PREVIDÊNCIA, apenas para

reconhecer devida aos autores pela ré, as quantias incontroversas declinadas na contestação²²⁷.

Insatisfeitos com o resultado, apelam os autores, com o intuito de obter total procedência do pedido. E isso porque omissa a ré, sua atitude significa recusa a observar o seu regulamento, que garante aos contratantes a devolução do montante aplicado devidamente corrigido. Caracteriza-se o enriquecimento sem causa da ré, em prejuízo dos apelantes²²⁸.

Sem contra-razões, vieram os autos a este Tribunal.

É uma síntese do necessário.

Aduzem os autores que realizaram investimento no valor de R\$ 2.131,70, sendo R\$ 1.286,88 pagos pelo primeiro e R\$ 844,82 recolhidos pela segunda.

Isso ante a contratação de um Fundo de seguro de vida e previdência, atraídos que foram pela vasta publicidade promovida pela ré.

Descontentes com a aplicação, pleitearam de início o cancelamento dos planos de previdência e, posteriormente, o cancelamento de todas as propostas.

Sem que a ré providenciasse o atendimento da pretensão dos autores, estes a notificaram extrajudicialmente. Em seguida efetuaram um protesto.

Diante da recusa da ré em devolver o montante pago devidamente corrigido, não restou aos autores senão mover a presente ação.

Em contestação, alega a ré que os autores adquiriram plano de previdência individual e não investimento por meio de cotas relativas a fundo adquirido junto ao Banco Sul América. Pela cobertura contratada, o autor varão teria um benefício mensal de R\$ 99,70 e a autora perceberia R\$ 155,57 por mês, a partir da data em

²²⁷ Sentença de fls. 143/ 149.

²²⁸ Razões de apelo de fls. 159/ 168.

que completassem cinqüenta anos. O regulamento foi entregue aos autores quando firmaram o plano e é explícito que, ao desistirem da continuidade dessa avença, teriam direito a perceber em devolução a Reserva Individual de Benefícios a Conceder - RIBAC.

É o que dispõe o item 3.6 do Regulamento de que os autores tinham conhecimento: 3.6. Em qualquer das hipóteses de cancelamento da inscrição, a devolução integral da RIBAC existente ao respectivo participante está assegurada conforme previsto no Capítulo VIII.

Explicitadas as complexas regras do plano, a ré reconheceu aos autores o direito à devolução da quantia estipulada no contrato, ou seja, R\$ 69,17 para o autor Marco e R\$ 52,77 para a autora Roberta.

Essa a síntese da presente demanda.

Embora aparentemente injusta, a solução conferida ao pleito pelo juízo monocrático é a que merece prevalecer. Não existiu fraude ou má-fé de parte da empresa-contratante. As cláusulas podem ser de difícil apreensão pelo jejuno, mas são claras. Também ponderes e que estes deixaram de cumprir sua obrigação, assim que se sentiram lesados. Confundiram um plano de previdência privada, em tudo assemelhado a um contrato de seguro, com um plano de investimento como se fora uma poupança.

Planos de previdência individual submetem-se às normas atuariais e a desistência não assegura aos contratantes a devolução pura e simples da soma dos depósitos devidamente corrigida.

A álea está presente nesse tipo de contrato. É inafastável no direito securitário. Por isso é que descabe insistir no direito a perceber o quantum pago, como se fora uma caderneta de poupança. É o que ocorre no contrato de seguro. Paga-se para merecer a responsabilidade da seguradora se ocorrer um infortúnio.

Quando este incorre, nenhum o direito do segurado a receber aquilo que recolheu para o funcionamento da seguradora e para que esta possa fazer face à demanda de outros segurados, estes sim, colhidos pela má fortuna.

Existem ônus na administração do plano, que são partilhados entre todos os seus partícipes. Eles podem ser superiores à parcela recolhida pelos contratantes, assim como ocorre na espécie.

A decisão de primeiro grau foi correta e merece subsistir.

Por estes fundamentos, nega-se provimento ao apelo.

RENATO NALINI

Relator

**ANEXO B - Acórdão da 25ª Câmara de Direito Privado do TJSP
(Apelação com revisão nº 1.110.581-0/2)**

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - SEÇÃO
DE DIREITO PRIVADO
25ª Câmara**

APELAÇÃO C/ REVISÃO

No.1110581- 0/2

Comarca de SÃO PAULO

9.V.CÍVEL

Processo 129960/04

APTE MARLI OLIVEIRA. DE LA VEGA

APDO MITSUI SUMITOMO SEGUROS S/A

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os desembargadores desta turma julgadora da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça, de conformidade com o relatório e o voto do relator, que ficam fazendo parte integrante deste julgado, nesta data, negaram provimento ao recurso, por votação unânime.

Turma Julgadora da 25ª Câmara

RELATOR: DES. SEBASTIÃO FLAVIO

REVISOR: DES. RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI

3º JUIZ: DES AMORIM CANTURIA

Juiz Presidente: DES. AMORIM CANTUARIA

Data do julgamento: 22/04/08

DES. SEBASTIÃO FLÁVIO

Relator

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Seção de Direito Privado
Vigésima Quinta Câmara

Voto nº 13.916

Apelação com revisão nº 1.1 10.581-0/2 - São Paulo

Apelante: Marli Oliveira de la Vega

Apelado: Mitsui Sumitomo Seguros S/A

SEGURO - Invalidez parcial - Ausência de cobertura securitária - Improcedência da demanda de cobrança de capital segurado - Apelação denegada.

Apelação de segurada, em processo de demanda de cobrança de capital segurado, em razão de invalidez, a qual foi julgada improcedente.

Busca a inversão do resultado do julgamento, sob a alegação de que, apesar de tratar-se de invalidez apenas parcial, contudo a hipótese é de micro-traumas e, portanto, enseja a obrigação da seguradora de proporcionar o capital objeto da apólice.

O recurso foi recebido e impugnado. Há isenção de preparo.

É o relatório, adotado o da r. sentença quanto ao mais.

A demanda é improcedente, por falta de cobertura de invalidez parcial e permanente, não o deixando de ser o acometimento de males da coluna, se ainda restar ao segurado a opção de exercer outras atividades que não sejam incompatíveis com seu quadro de restrições físicas.

A apelante é contraditória, porque na petição inicial reivindicou a cobertura em razão de invalidez por doença e já no recurso, embora aceite tratar-se incapacidade apenas parcial, fala em micro-traumas, sem, no entanto, associar esse nexos de causa e efeito à profissão por ela exercida. Em suma, a acolhida da pretensão recursal, mesmo que suportada em fato idôneo, implicaria infração ao artigo 128 do Código de Processo Civil, porque ao juiz não é dado conhecer de questões a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte, e esta se dá com a propositura da ação, até porque é sabido que a petição inicial define a lide e, como corolário disso, a delimita.

A perícia reconhece que a incapacidade física é apenas parcial, o que é bastante para a conclusão acima.

Tem importância na espécie a conceituação de De Plácido e Silva, para quem será a invalidez absoluta “quando a pessoa se torna realmente inútil ou ineficaz para qualquer espécie de trabalho” e será relativa quando impede apenas o exercício de atividades primitivamente exercidas, mas permitem a execução de outras mais suaves e consentâneas com suas restrições.

O conceito de invalidez das apólices de seguro é bem mais restrito do que o das Leis do Seguro Social, e deve ser compreendido como aquele que, além de não ser possível a cura pelos meios terapêuticos existentes, ainda se torna a pessoa inabilitada fisicamente para a maioria das atividades mais ordinárias da vida, não raro dependente do auxílio de outrem para os cuidados do corpo.

Sobre seguro vige o princípio segundo o qual a responsabilidade do segurador é limitada aos riscos assumidos, no interesse da própria estabilidade do mutualismo, que é de sua natureza, de sorte que não pode fazer prevalecer o princípio da inversão do ônus da prova em favor do segurado ou mesmo da interpretação favorável a este em caso de dúvida.

Não pode ser perdida de vista a lição de Pedro Alvim assim, segundo a qual, “Uma das normas importantes para o contrato de seguro é a que determina interpretação restritiva de suas cláusulas. É necessário aplicar estritamente os termos convencionais, sobretudo com relação aos riscos cobertos. Há uma correlação estreita entre a cobertura e o prêmio. Forçar essa correlação por via da interpretação extensiva poderá falsear as condições técnicas do contrato, em que repousa toda a garantia das operações de seguro. Se as cláusulas da apólice são redigidas com clareza a delimitar o risco coberto, não devem ser desvirtuadas sob pretexto de interpretação para incluir coberturas que não estavam previstas ou foram expressamente excluídas do contrato”.

Por isso, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

Sebastião Flávio
Relator

**ANEXO C - Acórdão da 33ª Câmara de Direito de Privado do TJSP
(Apelação com revisão nº 1.131.921-0/8)**

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
33ª Câmara**

APELAÇÃO C/ REVISÃO

Nº1131921- 0/8

Comarca de SÃO PAULO 9.V.CÍVEL

Processo 34953/01

APELANTE : ROSENI DOS SANTOS NUNES

APELADO : ELIZABETE WIDER
 BRADESCO SEGUROS S/A

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os desembargadores desta turma julgadora da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça, de conformidade com o relatório e o voto do relator, que ficam fazendo parte integrante deste julgado, nesta data, deram provimento parcial ao recurso, por votação unânime.

Turma Julgadora da 33ª

RELATOR: DES. EROS PICELI

REVISOR: DES. CLARET DE ALMEIDA

3º JUIZ: DES. CRISTIANO FERREIRA LEITE

Juiz Presidente: DES. SÁ DUARTE

Data do julgamento: 16/04/08

DES. EROS PICELI

Relator

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
33ª Câmara de Direito de Privado

Apelação com revisão nº 1.131.921-0/8

Comarca: São Paulo – 9ª Vara Cível

Apelante: Roseni dos Santos Nunes

Apelado.: Elizabeth Winder; Bradesco Seguros S/A

Ação consignatória - seguro de vida - apólice firmada quando o titular vivia junto da ex-companheira – continuidade do pagamento após dissolução da união e depois do casamento - regime de comunhão parcial de bens – contribuição da esposa para taxa do prêmio - ausência de vínculo ou patrimônio comum com a antiga companheira - esposa beneficiária do seguro - recurso provido em parte.

Voto nº 16.768

Vistos.

Ação consignatória decorrente de obrigação de pagamento de seguro de vida julgada procedente e que reconheceu a esposa como beneficiária do seguro, em detrimento da anterior companheira.

Esta apela e sustenta que o seguro foi feito quando vivia maritalmente com o segurado. Trata-se de apólice nominativa, na qual figura como única beneficiária, configurada hipótese do artigo 1.447 do Código Civil anterior. Assim, o capital deve ser pago segundo previsão contratual, pois trata-se de direito próprio e não adquirido por sucessão.

Afirma que sempre manteve e sustentou o segurado e que era a responsável pelo custeio da apólice. Argumenta com a declaração apresentada pelo irmão do ex-companheiro, que comprova tais afirmações.

Não se pode falar em vontade presumida do segurado nem tampouco em direito de família constituída posteriormente à contratação da apólice.

Pede o provimento do recurso para que seja reconhecida como legítima beneficiária. Recurso preparado e respondido.

É o relatório.

Trata-se de apólice de seguro de vida firmada quando o segurado vivia maritalmente com a apelante, em 1979, e que continuou a ser paga após a dissolução da união e também depois da constituição de nova família com a outra ré.

A sentença bem enfrentou a questão e não comporta reforma, no essencial.

Apesar de firmada quando o titular vivia junto da apelante, a referida apólice também foi paga por ele em conjunto com a viúva, desde o casamento, destaca-se, em regime de comunhão parcial de bens.

Houve a renovação automática da apólice ao longo dos anos e nela consta o nome da apelante como também o fato de que era companheira do titular, condição que não mais ostenta.

No período em que viveu com ele, é certo que a companheira era a beneficiária única e exclusiva, mesmo porque, além de pagar pelo seguro, buscou demonstrar também que contribuía com dinheiro para a vida em comum.

Porém, uma vez extinta a união, ou seja, dissolvida a sociedade de fato, e tendo o titular contraído casamento em regime de comunhão parcial de bens, não há fundamento jurídico para que a antiga companheira se sobreponha à esposa, que também pagou pelo seguro a partir de quando se casou.

Não está demonstrado qualquer vínculo remanescente com a anterior companheira, nem tampouco fosse ela responsável pelo sustento do segurado após a dissolução da união ou depois do casamento dele.

O fato do seguro de vida ter sido pago durante os anos anteriores não agrega qualquer valor à indenização. Esta se funda no princípio atuarial e mutualismo, ou seja, o valor é determinado segundo o risco e a taxa de prêmio e não pelo tempo de pagamento, de forma que se o titular tivesse firmado a apólice a partir de quando se casou, o valor da indenização seria o mesmo.

Contudo, dado o princípio da devolutividade ampla que o recurso permite ao tribunal, reduzem-se os honorários advocatícios, elevados pelo tipo de ação e pela situação peculiar da apelante.

Aplica-se o art. 20 § 4o do Código de Processo Civil e ficam estipulados em mil reais, quinhentos para a seguradora e quinhentos para a outra ré, que não recorreu deste tópico, quanto à sua condenação em relação à seguradora.

Do exposto, dá-se provimento em parte ao recurso.

Eros Piceli

Relator

**ANEXO D – Acórdão da 25ª Câmara de Direito Privado do TJSP
(Apelação com revisão nº 983.625-0/1)**

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
25ª Câmara**

APELAÇÃO C/ REVISÃO

No. 983625- 0/1

Comarca de SÃO PAULO 36ª. V.CÍVEL

Processo 78474/04

APELANTE : ANADEC ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DEFESA CIDADANIA E
CONSUMIDOR

APELADO : CREDICARD BANCO S/A
AGF BRASIL SEGUROS S/A

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os desembargadores desta turma julgadora da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça, de conformidade com o relatório e o voto do relator, que ficam fazendo parte integrante deste julgado, nesta data, negaram provimento ao recurso, por votação unânime.

Turma Julgadora da 25ª Câmara

RELATOR: DES. SEBASTIÃO FLAVIO

REVISOR: DES. RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI

3º JUIZ: DES. AMORIM CANTUARIA

Juiz Presidente: DES. AMORIM CANTUARIA

Data do julgamento: 01/04/08

DES. SEBASTIÃO FLAVIO

Relator

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Seção de Direito Privado
Vigésima Quinta Câmara

Voto nº 13.122

Apelação com revisão nº 983.625-0/1 - São Paulo

Apelante: ANADEC - Associação Nacional de Defesa da
Cidadania e do Consumidor

Apelados: Credicard Banco S/A; AGF Brasil Seguros

SEGURO EM GRUPO, DE VIDA E DE ACIDENTES PESSOAIS - Cláusula excludente tida como abusiva - Liberdade do segurador de limitar os riscos cobertos – Situações excluídas que, se incluídas, são presumidas como capazes de desequilibrar a necessária correspondência entre o prêmio e os riscos a que se propôs a seguradora cobrir - Inocorrência, pois, de desvantagem exagerada ao segurado - Ação civil pública improcedente - Apelação desprovida.

Trata-se de ação civil pública, da iniciativa de entidade protetora de direitos difusos. Busca a condenação de seguradora à abolição, em instrumento de contratos futuros, de hipóteses de acidentes pessoais que em verdade se enquadram perfeitamente na tipificação.

Tem que dita exclusão importa restrição ao direito de segurados. É que, ontologicamente, não implicam as tais exclusões circunstâncias que descaracterizam o conceito de “acidente” a que se referem as apólices. Em suma, são inexistentes razões plausíveis para as tais exclusões.

Tem ainda que não há uma razão lógica mínima para a exclusão, do conceito de acidente pessoal, as intercorrências ou complicações conseqüentes da realização de exames, tratamentos clínicos ou cirúrgicos, quando não decorrentes de acidente coberto.

Também não se compreende a exclusão da cobertura securitária, dos riscos compostos de qualquer tipo de hérnia e suas conseqüências, do parto e do aborto e

suas conseqüências e bem assim das perturbações e intoxicações alimentares de qualquer espécie, além do choque anafilático e suas conseqüências.

Julgada improcedente a demanda, apelou a vencida por solução inversa, com destaque de que a apólice deve ser interpretada de conformidade com os preceitos protetores da parte mais fraca na relação contratual, sem, pois, que importem desvantagem exagerada ao consumidor as conseqüências dela extraídas.

O recurso foi recebido e impugnado. Há isenção de preparo.

Deu parecer o Egrégio Ministério Público, no sentido de se prover o recurso.

É o relatório, adotado o da r. sentença quanto ao mais.

As apólices de seguro, com o teor da que ora é examinada, declaram ser objeto da cobertura, o acontecimento lesivo com data caracterizada. É violento, súbito, involuntário e externo à pessoa do segurado e tem aptidão por si só de causar lesão cuja conseqüência é a invalidez permanente, parcial ou total do segurado.

O acidente típico, de regra, se caracteriza como ocorrência lesiva imprevista e relacionada a agente externo. Não se identifica com a ocorrência complicadora inesperada da evolução regular de uma doença, fator endógeno.

O intuito dessa natureza de apólice é privilegiar o chamado acidente típico, evento lesivo súbito, único, agudo, externo à pessoa, e não o decorrente da evolução de dada doença.

Talvez o propósito é atingir grupo maior de segurados, pela modicidade do prêmio.

Se, na verdade, é o que se diz na linguagem moderna “um mau produto”, porque pouco atende aos interesses da sociedade, contudo o melhor que se fará é recusá-lo.

Certamente, se isso não ocorrer e a questão vier a ser discutida em juízo, como fato individualizado, justificável seria exegese favorável ao segurado, por lhe haver sido

frustradas expectativas justas, sem um esclarecimento prévio que lhe permitisse um correto juízo de conveniência do negócio.

Em suma, somente em tais circunstâncias poderiam as questões aqui postas ser enfrentadas, mas com base mais na deficiência comunicativa das restrições de direito constantes da apólice. Se as respectivas cláusulas são difíceis de ser lidas e, por isso mesmo, deixavam de oferecer a compreensão exigível, certamente serão tidas como ineficazes.

Não estará afastada, em tais circunstâncias, a responsabilidade da própria estipulante, enfim, se com o só intuito da vantagem econômica do aperfeiçoamento do negócio, não cuidou para que a massa de segurados se visse protegida por cláusulas que de fato eram o objetivo normal de uma contratação.

O que não pode, porém, é obrigar o segurador a contratar nos moldes que não lhe interessa, até porque sobre seguro vige o princípio segundo o qual, sua responsabilidade é limitada aos riscos assumidos, no interesse da própria estabilidade do mutualismo. A lei lhe garante escolher os eventos que quer cobrir.

A lição de Pedro Alvim a respeito é de que “há uma correlação estreita entre a cobertura e o prêmio”.

Diz ainda que “Forçar essa correlação por via da interpretação extensiva poderá falsear as condições técnicas do contrato, em que repousa toda a garantia das operações de seguro. Se as cláusulas da apólice são redigidas com clareza a delimitar o risco coberto, não devem ser desvirtuadas sob pretexto de interpretação para incluir coberturas que não estavam previstas ou foram expressamente excluídas do contrato”.

Como é possível entrever pela dita lição, há da parte do segurador o dever de redigir com clareza as cláusulas delimitadoras dos riscos cobertos, o que conduz à inevitável conclusão de que será devida a cobertura sempre que, razoavelmente, supor que as expectativas do segurado eram uma abrangência ampla dos riscos naturais da vida.

Essa situação, porém, é bem diversa daquela de obrigar o segurador a fazer cobertura de riscos que, pela lei dos grandes números, iria ele fatalmente conduzir ao desequilíbrio entre o prêmio recebido e a obrigação de cobertura.

Em suma, é preciso prestigiar a idéia de que é sempre presumível uma razão plausível para as exclusões, porque uma cobertura é precedida de levantamentos estatísticos que determinam a provável correspondência entre o prêmio e a cobertura.

Se há eventos que, pela sua maior incidência ou riscos de conseqüências mais graves, podem comprometer o equilíbrio entre a massa de recursos auferida pelos prêmios e as coberturas previstas, é dado ao segurador recusar a sua cobertura, até porque ele apenas administra a massa de recursos que se destinará à cobertura dos danos aos mutuários que foram a vítima do risco coberto, sem que retire proveito pessoal das sobras.

Existe, como decorrência da própria natureza do contrato de seguro, a discricionariedade do segurador, a qual não é dado ao juiz substituir, para fazer prevalecer critérios pessoais ou que julgue consentâneos com o seu conceito de justiça, mas destituídos dos requisitos técnicos determinadores do valor do prêmio.

Para lograr o intuito buscado com a demanda, deveria a apelante comprovar com perícia de alta precisão técnica, de que as disposições combatidas, pela lei dos grandes números, não têm o condão de afetar esse caráter atuarial do seguro, de sorte que pudessem os males excluídos perfeitamente estarem contemplados, sem o comprometimento do equilíbrio entre o prêmio e a prestação a que se obriga a seguradora.

A ação é de manifesta improcedência e merece prestígio a conclusão em tal sentido pronunciada em primeiro grau.

Nego provimento ao recurso.

Sebastião Flávio
Relator

**ANEXO E – Acórdão da 34ª Câmara de Direito Privado do TJSP
(Apelação com revisão nº 945371-0/7)**

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - SEÇÃO
DE DIREITO PRIVADO
34ª Câmara**

APELAÇÃO C/ REVISÃO

Nº 945371- 0/7

Comarca de SÃO PAULO - FORO REGIONAL DE SANTO AMARO 5. V. CÍVEL

Processo 7227/04

APTE LUIZ ANTÔNIO ALVES PRADO

APDO VERA CRUZ SEGURADORA S/A

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os desembargadores desta turma julgadora da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça, de conformidade com o relatório e o voto do relator, que ficam fazendo parte integrante deste julgado, nesta data, negaram provimento ao recurso, por votação unânime.

Turma Julgadora da 34ª Câmara

RELATOR: DES. IRINEU PEDROTTI

REVISOR: DES. NESTOR DUARTE

3º JUIZ: DES. ROSA MARIA DE ANDRADE NERY

Juiz Presidente: DES. GOMES VARJÃO

Data do julgamento : 28/11/07

DES. IRINEU PEDROTTI

Relator

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Seção de Direito Privado – 34ª Câmara

Apelação Cível nº 945.371-0/7

Comarca de São Paulo - Foro Regional de Santo Amaro

Apelante: Luiz Antônio Alves Prado

Apelada: Vera Cruz Seguradora S. A.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SEGURO. VEÍCULO. SINISTRO. NÃO PAGAMENTO DO PRÊMIO. INDENIZAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. Se não houve o pagamento do prêmio o contrato não se aperfeiçoou, não havendo direito à indenização pelo sinistro ocorrido com o veículo que seria objeto do contrato não realizado.

Voto nº 11.195.

Visto,

LUIZ ANTONIO ALVES PRADO ingressou com Ação de Cobrança contra VERA CRUZ SEGURADORA S.A., qualificação e caracteres das partes nos autos, alegando que:

“... Em razão do furto de seu veículo, segurado pela Ré, o Autor comunicou o sinistro a sua Corretora de Seguros, Fontana Seguros, a qual, no entanto, após o contato com a seguradora, disse que não receberia a respectiva indenização porque o seguro havia sido cancelado, vez que, quando da renovação da apólice, o prêmio não fora pago ...” (folha 3).

“... o Autor não recebeu o carnê de pagamento do referido prêmio e sequer se deu conta disso, uma vez que, também não foi cobrado, nem interpelado, nem notificado pela ré ...”(folha 3).

Requeru:

“... compelir a Ré a promover o pagamento, a título de indenização pelo sinistro ocorrido, no importe de R\$ 25.233,00 ...” (folha 10 - destaques do original).

Formalizada a angularidade da ação, a Requerida habilitou-se (folhas 33/40) e apresentou contestação (folhas 44/56), que foi impugnada (folhas 103/104).

Vencida a instrução, seguiu-se a entrega da prestação jurisdicional concluindo pela improcedência da pretensão, com a condenação do Requerente ao pagamento das custas e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa (folhas 128/130).

LUIZ ANTÔNIO ALVES PRADO recorreu. Persegue a reforma da decisão alegando que:

“... o autor somente deixou de efetuar os pagamentos devidos porque a ré não enviou os boletos de cobrança conforme avencado, é dizer, porque esta descumpriu uma obrigação contratual (ainda que acessória)

“... resta claro que o autor tem a obrigação de pagar o prêmio, mas não compete a ele zelar pelo cumprimento das obrigações da ré ...” (folha 134 - destaque do original),

VERA CRUZ SEGURADORA s. A. apresentou contrarrazões defendendo o acerto da decisão (folhas 146/160).

Relatado o processo, decide-se.

O Requerente reconhece que está inadimplente alegando que “deixou de efetuar os pagamentos devidos porque a ré não enviou os boletos de cobrança conforme avencado” (folha 134), mas insiste no direito ao recebimento de indenização pelo furto do veículo sustentando que “competia à Requerida enviar os boletos a fim de que o pagamento se desse da forma contratada” (folha 134).

O contrato de seguro é aleatório por sua própria natureza. A seguradora se obriga a pagar riscos futuros. Não se responsabiliza pela cobertura de sinistro se no

momento de sua ocorrência o Segurado está inadimplente, deixando de pagar as parcelas (do prêmio) ajustadas.

O artigo 12 do Decreto-lei 73, de 1966 dispõe que fica suspensa a cobertura do seguro até o pagamento do prêmio, estipulando que qualquer indenização dependerá da prova de pagamento anterior à ocorrência do sinistro.

De acordo com a regra contida no artigo 763 do Código Civil, “não terá direito à indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se o sinistro ocorrer de sua purgação”.

O Requerente firmou a proposta de renovação do seguro do veículo em 28 de dezembro de 2002, sendo consignado no contrato que o pagamento do prêmio seria feito em 11 parcelas, mediante fichas de compensação (folhas 17/18), vencendo-se a primeira em 28 de janeiro de 2003 (folha 57).

Não é crível que ele (Apelante), ciente da proposta firmada, dos valores das parcelas e das datas de vencimento ajustadas, não tenha percebido que não pagou nenhuma prestação, constatando sua inadimplência apenas quando ocorreu o sinistro.

Se não recebeu os boletos, como sustenta, devia ter procurado a Seguradora para adimplir sua obrigação, ou consignado o valor do prêmio para demonstrar sua boa-fé contratual.

Como observado pelo r. Juízo:

“... Não há que se investigar sobre a responsabilidade da emissão ou encaminhamento dos boletos de pagamento, uma vez que, ao autor caberia diligenciar o cumprimento da obrigação assumida. Nem se defenda a obrigação da ré de prévia notificação quanto ao cancelamento do contrato uma vez que a mora opera a rescisão contratual de fato e de direito, em razão do que estabelece o artigo 763 do CPC.

O caso narrado em inicial não revela mora parcial da obrigação, o que em tese poderia gerar eventual direito de cobrança do valor em atraso com encargos, mas de renovação do seguro quanto ao veículo Parati, através do prêmio total parcelado em onze prestações, portanto, não tem direito o autor a postulada indenização ...” (folha 129).

Se não houve o pagamento do prêmio o contrato não se aperfeiçoou, não havendo direito à indenização pelo sinistro ocorrido com o veículo que seria objeto do contrato não realizado²²⁹.

“O que, por certo, não se pode sustentar é que sem a apólice ou o bilhete não haja o contrato e muito menos que, antes de sua remessa, não exista já obrigação securitária afeta às partes. A forma, enfim, a que se refere a lei, tem função meramente probatória, de modo a impedir a demonstração do ajuste exclusivamente por testemunhas. Daí mencionar-se sua prova por qualquer documento comprobatório do pagamento do prêmio ou qualquer outro, é de admitir, desde que indique a ocorrência do consenso. Pense-se na proposta escrita, sucedida de pagamento do prêmio ou por qualquer correspondência escrita remetida pelo segurador, de que se extraia a conclusão de que havida aceitação. (...)”

O pagamento do prêmio é a prestação principal e básica, embora não a única, a que se obriga o segurado. É a nota de onerosidade do contrato de seguro, em que, justamente mediante o pagamento do prêmio, se contrata a garantia a um interesse legítimo contra risco potencial de lesão. Ou, se se pensar no universo maior do mutualismo em que o seguro se insere, o prêmio é, a rigor, a contribuição do segurado ao fundo que a seguradora gere e de que se retira o quanto necessário a se honrar a garantia, em caso de sinistro. (...)”

A propósito do debate, vale conferir a lição de Orlando Gomes (Contratos, 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 474-5), para quem, afinal, o pagamento do prêmio significa condição de eficácia do contrato. E, de tal arte que, uma vez impago, inexigível a cobertura, em caso de sinistro. Essa é a regra, a rigor, disposta no artigo

²²⁹ Artigo 476 do Código Civil.

763 do NCC, mais ampla, destarte, da contida no art. 1.436 do Código revogado, adstrita ao retardo provocado por falência ou incapacidade do segurado. De resto, já a legislação previa que o não pagamento do prêmio inviabiliza a exigência do valor segurado, ocorrido o sinistro, permitindo mesmo o cancelamento da apólice (Decreto 60.459/67, que, nessa parte, alterou o Decreto-lei 73/66).”²³⁰

“Seguro de automóvel. Ação de cobrança de indenização. Furto ocorrido durante o inadimplemento quanto ao prêmio parcelado. Ocorrência que suspendia a cobertura securitária e tornava indevida a indenização por sinistro ocorrido no referido período. Art. 763 do Código Civil. Apelo improvido.”²³¹

“Demonstrado o não pagamento das parcelas do seguro fica dispensada a Seguradora do pagamento à indenização.”²³²

“Não é devida a indenização decorrente de contrato de seguro durante o período de mora, no qual o seguro existe, mas não opera efeitos. A indenização só é devida se o pagamento do prêmio é efetuado antes da ocorrência do sinistro.”²³³

Em face ao exposto, nega-se provimento ao recurso.

IRINEU PEDROTTI

Desembargador Relator.

²³⁰ Cláudio Luiz Bueno de Godoy, Código Civil Comentado - Coordenador Ministro Cezar Peluso, Barueri/SP:Manole, 2007, p. 624 e 629.

²³¹ TJSP - Ap. c/ Revisão nº 1.114.789-0/8 – 36ª Câmara - Rei. Des. ARANTES TEODORO – j. 18.10.2007.

²³² TJSP - Ap. s/ Rev. 1.036.958-0/0 – 31ª Câmara - Rei. Des. ARMANDO TOLEDO - j. 18.9.2007.

²³³ STJ - REsp. 323251/SP – 3ª Turma - Rei. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 12.03.2002.

**ANEXO F - Acórdão da 25ª Câmara de Direito Privado do TJSP
(Apelação com revisão nº 1028423-0/7)**

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
25ª Câmara**

APELAÇÃO C/ REVISÃO

No.1028423 - 0/7

Comarca de IGARAPAVA 1. VARA ÚNICA

Processo 1028/03

APTE HOMITAIR DOS SANTOS

APDO COMPANHIA DE SEGUROS DO ESTADO DE SÃO PAULO COESP

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os desembargadores desta turma julgadora da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça, de conformidade com o relatório e o voto do relator, que ficam fazendo parte integrante deste julgado, nesta data, negaram provimento ao recurso, por votação unânime.

Turma Julgadora da 25ª Câmara

RELATOR: DES. SEBASTIÃO FLAVIO

REVISOR: DES. RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI

3º JUIZ: DES. AMORIM CANTUARIA

Juiz Presidente: DES. AMORIM CANTUARIA

Data do julgamento: 04/12/07

DES. SEBASTIÃO FLÁVIO

Relator

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Seção de Direito Privado
Vigésima Quinta Câmara

Voto nº 13.234

Apelação com Revisão nº 1.028.423-0/7 - Igarapava

Apelante: Homitair dos Santos

Apelado: Companhia de Seguros do Estado de São Paulo Cosesp

SEGURO - Ação de cobrança de capital segurado - Ausência de cobertura securitária, por ser apenas parcial a invalidez decorrente de doença da coluna vertebral - Improcedência - Apelação desprovida.

Apelação de segurado, no processo de demandade cobrança de capital segurado por invalidez, julgada improcedente.

Sustenta que a mora no pagamento das parcelas do prêmio não autorizava a perda do direito à cobertura securitária, e apenas a sua suspensão enquanto não satisfeito o dito prêmio, tudo sem faltara interpelação para a emenda.

O recurso foi recebido e impugnado. Há dispensa de preparo.

É o relatório, adotado o da r. sentença quanto ao mais.

A demanda é improcedente, por falta de previsão de cobertura, em caso de invalidez parcial e permanente, não o deixando de ser o acometimento de males da coluna, se ainda resta ao segurado a opção de exercer outras atividades que não sejam incompatíveis com seu quadro de restrições físicas, fato atestado pelo perito a fls. 85, na resposta ao quesito n. 10.

Enfim, a conclusão do perito é de que o apelante, em razão de males da coluna, estava no momento do exame pericial incapacitado para o exercício de sua atividade de motorista, sem, porém, para outras.

A previsão de cobertura da apólice, em caso de invalidez por doença, é apenas a permanente e total e não a parcial.

Além de ter sido alegado na petição inicial que se trata de invalidez por doença, a conclusão do perito é de que sua etiologia é degenerativa e não decorrente de acidente típico.

Não deixa de ter importância na espécie a conceituação dada por PLÁCIDO E SILVA, para quem a invalidez será total “quando a pessoa se torna realmente inútil ou ineficaz para qualquer espécie de trabalho” e será relativa quando impede apenas o exercício de atividades primitivamente exercidas, mas permitem a execução de outras mais suaves e consentâneas com a fraqueza da pessoa.

Sobre seguro, vige o princípio segundo o qual a responsabilidade do segurador é limitada aos riscos assumidos, no interesse da própria estabilidade do mutualismo, que é de sua natureza, de sorte que não pode fazer prevalecer o princípio da inversão do ônus da prova em favor do segurado, como consumidor, porque a massa de segurados é tão ou mais vulnerável que ele.

Por isso, voto no sentido de ser negado provimento ao recurso, embora por fundamento diverso do da r. sentença.

Sebastião Flávio

Relator

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)