



NOTAS SOBRE OS  
**NOVOS PARADIGMAS  
DA RESPONSABILIDADE  
CIVIL E A IMPUTAÇÃO  
SOLIDÁRIA AO  
TRANSPORTADOR E AO  
OPERADOR DE CARGA**

Breves comentários inspirados por seminário de responsabilidade civil realizado em julho de 2023 na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo exercício profissional na postulação de ressarcimentos da carteira de seguros de transportes.



**Machado e Cremoneze**

Advogados Associados

*Seguros desde 1970*



**IIDT**

Instituto Internacional de  
Direito dos Transportes



## Paulo Henrique Cremoneze

Advogado, sócio de Machado e Cremoneze – Advogados Associados, mestre em Direito Internacional Privado pela Universidade Católica de Santos, especialista em Direito dos Seguros, em Contratos e Danos e em Direito Processual Civil e Arbitragem pela Universidade de Salamanca (Espanha), acadêmico da ANSP – Academia Nacional de Seguros e Previdência, sócio-fundador do IIDT – Instituto Internacional de Seguros de Transportes e laureado pela OAB-Santos pelo exercício ético e exemplar da advocacia.



## Eduarda Eiko Cremoneze Anzai

Advogada, associada do escritório Machado e Cremoneze – Advogados Associados, pós-graduada em Direito dos Seguros e Resseguros – Instituto Brasil Portugal de Direito, membro da AIDA-Brasil (Associação Internacional de Direito dos Seguros).



# Institutas (Justiniano)

## [Definição de justiça]

**Inst. 1, 1 pr.:** A justiça é a constante e contínua vontade de atribuir a cada um o seu direito.

## [Definição de jurisprudência]

**Inst. 1, 1, 1:** A jurisprudência é um conhecimento das coisas divinas e humanas; é a sabedoria do justo e do injusto.

A responsabilidade civil é um dos pilares fundamentais dos sistemas jurídicos. Desempenha papel crucial na busca pela justiça, na proteção de direitos e na reparação de danos. Nos ordenamentos ocidentais, os requisitos da responsabilidade civil são, no mínimo, o dano e seu nexos causal. Havendo necessidade ou não de mais requisitos, como culpa.

Acreditamos que a cada dia se avoluma a imputação objetiva de responsabilidade e se torna menor a análise da culpa, senão em todos os casos, ao menos em muitos deles, a exemplo daqueles em que se discutem danos havidos em transportes e armazenagens de cargas.

Não confundamos a objetivação crescente da responsabilidade civil com a distribuição da carga dinâmica da prova. Há íntima relação entre a responsabilidade objetiva e a inversão do ônus da prova, é verdade, mas é preciso distinguir essas figuras. Em algumas situações a imputação objetiva não isentará o interessado de provar a responsabilidade do imputável, e a necessidade de caracterização da culpa deste não lhe afastará, ainda que extraordinariamente, o ônus de provar causa de exclusão.

Em ambos os sistemas jurídicos, tanto o brasileiro como o português<sup>1</sup>, exige-se a comprovação da culpa, do dano e do nexos causal, e o ônus da prova fica atribuído, em regra, ao autor da ação quanto ao fato constitutivo de seu direito, previsto no Código de Processo Civil Brasileiro, art. 373<sup>2</sup> e no art. 342, 1 e 2, do Código Civil Português.

No campo fático, por mais forte que seja o direito do lesado, a falta de cumprimento do ônus probatório leva muitas vezes à impossibilidade de se alcançar a reparação do dano.

Sendo a constituição da prova elemento fundamental da imputação e da responsabilização, o Curso Avançado de Direito Probatório na Responsabilidade Civil, ministrado na tradicional Universidade de Coimbra, abordou-a de forma incisiva e a considerar diferentes situações no Brasil e em Portugal, bem como em outros países.

Percebemos que a legislação brasileira contempla maior quantidade de casos em que a inversão da carga dinâmica da prova é invocada e aplicada, colocando-a, podemos assim dizer, em posição de destaque, talvez de vanguarda, no mundo. E embora tenhamos ressaltado a não confusão conceitual entre imputação objetiva e inversão do ônus da prova, observamos que no Brasil as duas caminham juntas, de mãos dadas.

O que na Europa ganha agora especial dimensão, a socialização dos danos (uma das características da objetivação da responsabilidade), já é realidade no Brasil há bastante tempo. Notamos isso em cursos de especialização em Direito da Universidade de Salamanca, e agora nos certificamos nessa magnífica, ainda que breve, experiência coimbrense.

Para bem ilustrarmos essa diferença entre Brasil e Europa citamos novamente o caso do Direito dos Transportes. Aqui, neste campo, desde o tempo do Império, fala-se em imputação objetiva de responsabilidade do transportador e inversão da carga dinâmica da prova.

O Direito Material e o Direito Instrumental sempre trabalharam juntos para determinar ao transportador o dever de reparação de dano independentemente da apuração de sua culpa e da inversão da carga dinâmica da prova.

<sup>1</sup> E são eles que nos interessam imediatamente, seja pelo exercício profissional contínuo (o brasileiro), seja pelos afetos crescentes pela Universidade de Coimbra (o português), razão pela qual o destaque que aqui lhe damos.

<sup>2</sup> Art. 373. O ônus da prova incumbe:

l - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

<sup>3</sup> Artigo 342.º (Ônus da prova)

1. Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado.



Não é o lesado, o dono da carga ou o segurador sub-rogado, que tem que provar a responsabilidade do transportador, porém é este que tem que provar a existência, em seu favor, de alguma causa que legalmente a exclua. Como o transportador detém o poder sobre a atividade, como é ele que a controla, é correto que lhe se sobrevenham ônus, reequilibrando-se pelo Direito o que é desequilibrado pelos fatos.

Não se trata exatamente de hipossuficiência da parte contratante dos serviços (ou de quem lhe fizer as vezes), mas de situação puramente jurídica. Há ainda a inversão da carga dinâmica da prova e a imputação objetiva de responsabilidade porque o transportador, além de devedor de obrigação de resultado, é manejador de fonte de risco, exercente de atividade que é potencial causa de danos aos outros (art. 927, parágrafo único, do Código Civil).

Pensamos que a experiência positiva do transporte marítimo de cargas pode e deve, com as devidas adaptações e os necessários cuidados, correr para os demais casos de responsabilidade civil, como que por vasos comunicantes.

Um dos principais desafios enfrentados na prova diz respeito ao nexo de causalidade, que consiste, como bem sabemos, na relação de causa e efeito entre o comportamento do lesante e o dano sofrido pelo lesado. Essa prova de causalidade pode ser muitas vezes desafiadora. Situações de incerteza ou eventos múltiplos que contribuem para o dano tornam a reconstituição precisa e inequívoca do evento uma tarefa difícil. Mas, dada a necessidade de se proteger as

vítimas, obter-se a reparação ampla e integral e punir-se com justo rigor os causadores de dano, há que se buscar sempre soluções por meio do engenho jurídico; no sentido mais respeitável da expressão.

Visando à reparação do dano e considerando as dificuldades probatórias da vítima, desenvolveram-se, ao longo dos tempos, diversas medidas de flexibilização de requisitos probatórios, como as presunções de causalidade, que fomentaram variadas teorias imputacionais<sup>4</sup>. Ao compatibilizar o direito com as demais ciências jurídicas, percebe-se que a rigidez de apreciação de elementos formais, como a comprovação do nexo de causalidade, pode resultar em um resultado não convalidado por ele próprio. Esse tipo de paradoxo tem de ser superado.

Diversos ordenamentos, buscando a flexibilização do encargo probatório, vêm dispensando a necessidade de absoluta demonstração do nexo causal, por meio de uma lógica de probabilidade. Havendo elementos que indiquem a existência de fatos constitutivos do direito, sem a prova incontroversa dos requisitos, seja por impossibilidade de produzi-los, seja por incerteza causal, não parece justo que o lesado e a sociedade arquem com o prejuízo. Principalmente, considerando a evolução e sociedade de riscos, temos danos causados em massa, em que os obstáculos se dão pela dificuldade em comprovar o nexo causal ou, ainda, pela identificação do potencial lesante.

Assim, segundo a teoria do risco, o ônus *probandi* deveria incidir sobre aquele que do-

2. A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita.

<sup>4</sup> Uma delas, que bem destacamos, é a da responsabilidade objetiva do transportador de cargas, que no Brasil vige oficialmente desde 1850, com a promulgação pelo Imperador Dom Pedro II do Código Comercial, que em parte ainda vige.

mina a esfera de risco. O lesante é considerado aquele que, tendo exposto a sociedade a perigo de dano, torna-se responsável pelo dano que deriva de sua conduta, desde que aquele dano, em termos de probabilidade, se insira dentro dos riscos assumidos em sua exposição à sociedade.

Essa teoria é incorporada no sistema legal brasileiro, no Código Civil, em seu art. 927: “*haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para direito de outrem*”.

Apesar do sistema brasileiro adotar a responsabilidade objetiva em casos de atividades de risco, a presunção que dela provém ainda diz respeito somente à culpa. Cabe ao lesado comprovar o nexo de causalidade, ainda que haja normas legais que flexibilizam os meios de prova como um todo. Esse tipo de mentalidade carece de reforma, e é um urgente e profundo repensar da imputação de responsabilidade que propomos.

Evidentemente um repensar sério, cuidadoso, para que essa forma de imputação não se torne uma nova vilã. Um erro não pode ser combatido com outro igual ou maior. A ideia é que a teoria da carga dinâmica da prova seja mais usada em casos de Direito Civil, não se restringindo aos submetidos às legislações especiais, quando não especialíssimas.

O Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 373, §1º<sup>5</sup>, possibilita que, em casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade, ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo, ou maior facilidade de obter prova em sentido contrário, o juiz, por meio de decisão fundamentada, inverta o ônus probatório.

Ainda, seu artigo seguinte prevê que fatos notórios não precisam ser provados, indo ao perfeito encontro da teoria do *id quo plerumque accidit* (o que geralmente acontece). Ou seja: o que é evidente não precisa de demonstração, podendo a prova da relação causal ser dispensada ao lesado.

A possibilidade de o juiz aplicar regras de experiência comum, em conjunto com a observação do que geralmente acontece para formar seu convencimento, excetuando casos de experiência técnica, encontra-se positivada no art. 375<sup>6</sup> do mesmo dispositivo. Portanto, o juiz pode firmar seu convencimento por meio de experiências e regras de senso comum para inferir o nexo causal e culpa de um dano, diante da chamada presunção de primeira aparência, “*prima facie*”. Parte-se então da ideia de probabilidade da causa e efeito do ato ilícito e culposo e o dano.

O Código Civil Português, em seu art. 344<sup>7</sup>, prevê hipóteses de inversão do ônus da prova em casos em que haja presunção legal, dispensa ou liberação do ônus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine. Em casos nos quais inexistente certeza do nexo causal, mas, sendo possível afirmar a existência de considerável possibilidade de êxito, presume-se demonstrado esse nexo.

O fundamento da inversão do ônus da prova, das presunções de causalidade, se dá pela ideia de probabilidade, bem como da de responsabilização. Considera-se a gravidade objetiva do ato e a importância do bem jurídico tutelado.

A aplicação da presunção da responsabilidade se traduz na importância dos bens jurídicos envolvidos, na gravidade do comportamento, nas dificuldades probatórias envolvidas e na probabilidade da causalidade. Com a aceitação da presunção como meio de prova e a consequente aceitação do critério probabilístico nos sistemas

<sup>5</sup> § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

<sup>6</sup> Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

<sup>7</sup> Artigo 344.º (Inversão do ônus da prova)

1. As regras dos artigos anteriores invertem-se, quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ônus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine.

2. Há também inversão do ônus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações.

jurídicos, conclui-se que o nexo de causalidade pode ser presumido.

O direito francês, grande influenciador do sistema jurídico brasileiro, admite o *“causalité virtuelle”*, sendo a causalidade presumida quando há ação potencialmente lesiva e um dano previsível desta. O *“faute”*, então, é configurado pelas condições favoráveis criadas pelo lesante para o acontecimento do dano. Não sendo possível aferir a existência de nexo causal, porém, sendo a ação do lesante potencializadora do dano, presume-se a causalidade.

A Inglaterra também utiliza-se das probabilidades com o recurso *“more likely than not”*, em casos em que não é possível comprovar a causa-efeito.

Essa nova racionalidade, espelhada nos diversos ordenamentos jurídicos, admite a probabilidade. Trocando a verdade absoluta pela verossimilhança. Pela razoabilidade. E resultando em diversas teorias sobre a causalidade.

Ainda assim, há situações em que o conceito de probabilidade não é o suficiente para que haja a justa reparação do dano. É o caso de muitas demandas envolvendo seguradores sub-rogados que buscam o ressarcimento de indenizações pagas aos seus segurados, embarcadores de cargas, contra transportadores.

Apesar da responsabilidade objetiva, da presunção de culpa, que só pode ser afastada em casos de excludente de responsabilidade - caso fortuito, força maior ou má acondicionamento da carga -, em demandas judiciais, a comprovação do nexo de causalidade acaba, por muitas vezes, injustamente, levando a pretensão à improcedência.

Isso se dá pela logística do transporte que envolve diversos *players*. Mesmo sendo o dano incontroverso, assim como o direito do autor, por haver mais de um envolvido com carga até a constatação do dano, muitos juízes fundamentam a improcedência por não se poder afirmar em que momento o dano ocorreu.

Por exemplo, uma avaria de molhadura decorrente de um dano por furo no contêiner. Há decisões em que, sob o fundamento de ausência de nexo de causalidade, a pretensão de reparação civil é improcedente. Consciente ou inconscientemente, alguns juízes ainda se prendem à antiga ideia de comprovação de culpa, de tal modo que, havendo dúvida se o furo se deu durante o transporte marítimo ou durante a operação portuária, torna-se impossível a responsabilização.

Pensamos, respeitosamente, de forma diferente. A presunção legal deveria privilegiar a vítima do dano, impondo-se ao transportador o ônus de provar que a avaria, o furo, não ocorreu sob seus cuidados. Ele é quem deveria – e deve – provar sua inocência no episódio danoso. A dinâmica atual da responsabilização civil autoriza-nos a pugnar fortes nesse sentido.<sup>8</sup>

Em casos assim, ainda que se presuma a causalidade, havendo dois possíveis autores do dano, como se soluciona o problema probatório? Temos não poucas sugestões, mas desde já gostaríamos de deixar algo registrado: a solução há sempre de premiar a vítima do dano, pois é ela, mais do que todos, quem deve ser protegida em casos de prejuízos conectados às atividades negociais.

Na França, atualmente, já se aplica a responsabilidade solidária em participação em atividade de risco, decorrente de presunção de causalidade.

O sistema jurídico alemão, em seu Código Civil (BGB), art. §830<sup>9</sup>, prevê: *“se mais de uma pessoa causou dano por meio de um delito cometido em conjunto, todos são responsáveis pelo dano. O mesmo se aplica se não se puder ser determinado qual das várias partes envolvidas causou o dano por meio de suas ações.”*

Nesses países, já se fala, portanto, em condenação solidária quando não se puder determinar qual dos vários agentes causou o dano. Sendo a ciência do direito universal, é perfeita-

<sup>8</sup> Até porque, convém lembrar, adotando-se o exemplo como elemento argumentativo, tem-se por lei especial que o contêiner é elemento de bordo do veículo transportador e pertencente sempre a um, justificando-se ainda mais a pleiteada imputação de responsabilidade.

<sup>9</sup> Art. 830.



mente possível a invocação de teses, doutrinas e entendimentos jurisprudenciais usando o direito comparado.

Voltando ao exemplo, seria possível falar em solidariedade nesse caso?

Sendo o transportador o devedor da obrigação de entregar a carga e, ainda, o responsável pela contratação do operador portuário, parece o suficiente para lhe ser imputada a responsabilidade. Pode-se defender, ainda, a dupla imputação pelo metro da obrigação *in solidum*.

A obrigação *in solidum* permite que duas ou mais pessoas respondam civilmente, independentemente da solidariedade, por estarem ligadas ao mesmo contexto fático.

Ora, diante das circunstâncias atuais, em que o nexa causal do momento da ocorrência do dano importa para imputação da responsabilidade, bem como a atividade de risco realizada pelo transportador e o operador portuário, parece possível e razoável se falar em responsabilidade dupla, sem a vítima se ocupar de prova a parte de culpa de cada um dos imputáveis.

É certo que o ordenamento jurídico brasileiro prevê expressamente em seu art. 265<sup>10</sup> do Código Civil que a solidariedade não se presume, resulta de lei ou da vontade das partes.

É defensável, porém, a imputação de

responsabilidade *solidária* a todos aqueles que concorreram para formação do dano. A inteligência do art. 942 do Código Civil prevê: “Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.”

Ainda, seu parágrafo único diz que são solidariamente responsáveis com os autores e coautores e as pessoas designadas no art. 932. Por sua vez, o mencionado artigo prevê que o comitente responda por seu preposto. Sendo o operador portuário contratado e escolhido pelo transportador, por sua conveniência e risco, pela interpretação dos artigos 932<sup>11</sup> e 942<sup>12</sup>, em conjunto com o princípio da solidariedade daqueles que exercem atividade de risco, parece razoável a discussão da solidariedade do transportador e do operador portuário. Até porque a própria logística de transporte acaba por dificultar a produção da prova necessária para comprovação do nexa de causalidade quanto ao momento da ocorrência do dano.

Considerado que são milhares de contêineres a serem descarregados no porto, e sabendo que a inspeção minuciosa de cada um deles não é possível pelo próprio dinamismo requerido pela atividade, a prova do furo pode ser feita no momento da descarga, o que não significa que o dano se deu aí.

<sup>10</sup> Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

<sup>11</sup> Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

<sup>12</sup> Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

É cogitável, também, que o furo tenha se dado nas movimentações pelo operador portuário.

São lógicas as dúvidas do julgador ao se deparar num caso como este. Há, no entanto, de se privilegiar a vítima que suportou o dano, e não o nexa causal do exato momento do dano.

Tendo tanto o transportador quanto o operador portuário maiores condições de provar o momento da ocorrência do dano, torna-se excessivamente difícil que a vítima do dano, o segurador sub-rogado, o faça em lugar deles.

Para que o problema seja solucionado e não recaia sob a vítima o ônus de suportar o prejuízo, coerente a preponderação da realidade logística dos fatos para apreciação do nexa causal, adotando o juiz preceitos de razoabilidade em vez de adoção rígida e imutável de teorias de causalidade.

A título de exemplo: os Tribunais do Quebec apresentam tendência a respeito do problema da causalidade, a preponderar sobre o caso concreto uma teoria mais favorável aos direitos da vítima, prevendo a adoção dos princípios de equidade e solidariedade, aplicando a responsabilidade integral pelo dano, ainda que inexista relação causal direta entre a conduta e o evento-dano.

Assim, considerando a prioridade a ser conferida à vítima e a perspectiva da responsabilização solidária daqueles que exercem atividade de risco, defendemos cada vez mais a flexibilização do conceito de carga dinâmica da prova, a inversão de ônus e a imputação ampla de responsabilidade.

A flexibilização do nexa causal, diante dos desafios probatórios e a busca do equilíbrio das relações para com o lesado, em conjunto com a ampliação da responsabilidade civil ao longo dos anos, deve ser utilizada e fomentada, com o cuidado de evitar abusos e ao mesmo tempo garantir a integralidade da reparação.

Não pode a vítima do dano ser prejudica-

da por conta de casuísmos jurídicos fomentados por antigas visões e conceitos que pouco se ajustam ao Direito Moderno e à sociedade de riscos. O desafio do Direito é justamente o de superar tudo isso e continuar dando a cada um o que é seu.

**Eduarda Eiko Cremoneze Anzai &  
Paulo Henrique Cremoneze**





**Machado e Cremoneze**

Advogados Associados

*Seguros desde 1970*



**IIDT**

Instituto Internacional de  
Direito dos Transportes

