

A REENGENHARIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA SOCIEDADE DE RISCOS – DA CULPA À SOCIALIZAÇÃO DOS RISCOS

Joyceane Bezerra de Menezes*

RESUMO

Parte da análise do conceito e extensão da responsabilidade civil, que transita da culpa ao risco inerente à atividade, admitindo-se as modalidades de responsabilidade subjetiva e objetiva, para situar a matéria no cenário da sociedade de risco, ambiente das incertezas, no qual os riscos secundários não são inteiramente calculáveis. Discute-se, nesta ambiência, as novas tendências da responsabilidade civil, voltada para a ressarcibilidade efetiva dos danos a partir dos elementos tradicionais de reparação associados a novos mecanismos marcados pela socialização da responsabilidade. Ampliam-se os domínios da responsabilidade civil para albergar toda a matéria de reparação dos danos. Se a máxima da responsabilidade civil subjetiva é a culpa; a palavra de ordem na responsabilidade objetiva é a distribuição do ônus entre aqueles que recebem o bônus direto da atividade de risco. Na sociedade de riscos, admite-se que a distribuição de riquezas e a distribuição dos efeitos positivos do progresso autorizam a socialização dos riscos, vez que estes são consequência inexorável do avanço da ciência, da tecnologia, dos processos produtivos etc. Por esta via, chama-se não apenas a iniciativa privada, mas também a coletividade e até mesmo o Estado, a encarar os riscos secundários da atividade, por meio de instrumentos de responsabilidade coletiva.

PALAVRAS-CHAVE: RESPONSABILIDADE CIVIL; DA CULPA AO RISCO; SOCIEDADE DE RISCOS; SOCIALIZACAO DOS RISCOS; NOVOS MECANISMOS DE REPARAÇÃO DE DANOS.

* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora adjunto do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, nas disciplinas “Direito de Personalidade” e “Política Jurídica e Responsabilidade Civil”. Professora adjunto da Universidade Federal do Ceará – UFC, na disciplina de “Direito de Família”. joyceane@unifor.br.

ABSTRACT

Starting with the analyses of the concept and extension of civil liability, which transits from culpability to the inherent risk of an activity, admitting certain modalities of subjective and objective responsibility, situating the theme in the scenario of a risk society, in which secondary risks are not entirely calculable. In this context, new tendencies in civil liability, focused on the effective reparation of damages through traditional means in association with new mechanisms marked by the socialization of responsibility are discussed. The domain of civil liability is augmented to include relevant matter in reparation of damages. If guilt is the foremost element in subjective civil liability, in objective liability that element is the distribution of burden amongst those who perceive direct benefits from the risk activity. In a risk society, admissibly the distribution of wealth and of the positive effects of progress enable the socialization of risk, these being the inexorable consequence of science, technology, productive processes, etc. In this fashion, not only private initiative, but also society and even the State, is called upon to face up to the secondary risks of activities, through instruments of collective liability.

KEYWORDS: CIVIL LIABILITY; GUILT TO RISK; RISK SOCIETY; RISK SOCIALIZATION; NEW MECHANISMS OF REPARATION.

INTRODUÇÃO

O avanço da tecnologia, que transcende das variadas técnicas da engenharia genética aos mais complexos sistemas de informática e de informação, gera uma expectativa na otimização da qualidade de vida do ser humano, ao tempo em que cria um ambiente de incerteza em relação ao futuro. Convive-se com a promessa de vida qualitativa e longa e o pavor do caos ambiental esgotar as possibilidades do homem na terra. A sociedade industrial se firmou, socializando os efeitos do progresso, quebrando as fronteiras nacionais, distanciando os interlocutores contratuais, mas também, ampliando as ocorrências de danos, cujas origens nem sempre são identificáveis de modo inequívoco. Os riscos tornaram-se uma contingência da sociedade contemporânea.

Em face do distanciamento entre os interlocutores contratuais, que se mensura muito bem a partir da proliferação dos contratos de adesão, do fortalecimento do mercado virtual, da produção transnacional e em razão da multiplicação dos danos, algumas garantias foram erigidas em favor da equidade, restringindo-se a autonomia da vontade ao bem justiça. A disciplina do *abuso de direito*, de princípios como a *função social*, a *boa fé objetiva*, a *probidade*, a *interpretação contratual pró-vulnerável* e o fortalecimento da teoria da confiança buscam atenuar as assimetrias entre os interesses dos agentes econômicos e os interesses dos cidadãos, em geral. Disto, sem dúvida, resultou na ampliação dos deveres gerais, no redimensionamento do conceito de ato ilícito e no alargamento dos domínios da responsabilidade civil.

Incrementou-se a responsabilidade *sem-causa* para a facilitação da efetiva reparação dos danos, nas hipóteses de atividade de risco, ao passo em que se dilargou a oneração dos agentes econômicos, ameaçando as possibilidades de investimento. Isso resvalou na redução do bem-estar do consumidor, no aumento dos preços em vista das altas taxas de seguro, no desestímulo de certas atividades etc, pois se toda a sociedade lucra com as comodidades do progresso, os riscos naturais da atividade certamente não devem ser encarados apenas pelos agentes econômicos.

Não é possível contabilizar-se todos os custos dos riscos. Nem se pode mapear os acontecimentos que o futuro reserva, sendo esta uma característica importante da sociedade de riscos. Antony Giddens¹ fala de incertezas fabricadas e de riscos manufaturados como resultado da intervenção do homem no domínio da natureza. Na sua leitura, “fomos apanhados por universo de eventos que não compreendemos plenamente e que parecem em grande parte estar fora de nosso controle”². Não se sabe o que o consumo contínuo de alimentos transgênicos poderá desencadear na saúde dos cidadãos e no meio ambiente. O uso regular de vários medicamentos é, não raro, surpreendido por resultados de pesquisas que condenam a utilização de seu princípio ativo. Não se tem certezas sobre os resultados dos procedimentos com uso de células-tronco.

Toda essa ambiência de riscos e incertezas provoca reflexões no campo da responsabilidade civil. A máxima de que o beneficiário da atividade deve arcar com os

¹ GIDDENS, Antony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991, p.133.

² Ibid., p.12.

custos a ela inerentes é reutilizada para indagar-se sobre quem são os beneficiários diretos e indiretos destas atividades. Seria a coletividade beneficiária indireta?

Sob esta ótica, inquire-se sobre os novos rumos da responsabilidade civil, hipertrofiada pelos deveres gerais e pela necessidade de compensação por danos. Como conciliar o direito ao ressarcimento por danos e o equilíbrio financeiro das empresas? É chegada a hora da socialização dos riscos, demandando-se ônus para além da iniciativa privada, a fim de atingir outros segmentos da sociedade civil e o próprio Estado?

O objetivo do presente estudo é analisar as alterações no campo da responsabilidade civil na passagem da sociedade industrial para a sociedade de risco, seguindo como roteiro as indagações formuladas, apresentando as tendências que se avizinham.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL E A SUA EXTENSÃO – DA CULPA AO RISCO

Os romanos ressaltavam o dever geral de não prejudicar ninguém por meio da máxima *neminem laedere*. O dever jurídico decorre da imposição de uma conduta externa, pelo direito positivo em face das exigências sociais. Da violação voluntária ou culposa de um dever jurídico, causando-se dano a outrem, decorre o ato ilícito que gera um novo dever jurídico – a reparação do dano. Nesta medida, a responsabilidade civil pela reparação do dano não se confunde com obrigação, pois enquanto esta impõe um dever primário, aquela estabelece um dever sucessivo (secundário) decorrente do descumprimento do dever primário.

Cavallieri Filho³ lembra que há obrigações de conteúdo determinado, nas quais o dever jurídico primário é mais facilmente identificável em face da própria lei ou do negócio jurídico que lhe dá origem; e as obrigações de conteúdo indefinido, que apenas apontam a um fim, sem a indicação precisa da conduta a ser seguida, razão pela qual, têm a identificação do dever é mais dificultada. A exemplo das últimas seguem os deveres decorrentes de cláusulas gerais como a boa fé, a probidade, a função social dos contratos; além dos deveres de qualidade, impostos pelo Código de Defesa do

³ CAVALLIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007, p.5.

Consumidor aos fornecedores. É bem certo que, da violação dos deveres resultantes destas cláusulas gerais, com a ocorrência de dano, emergirá o dever de indenizar, sendo indiferente a perscrutação a cerca do elemento volitivo que moveu esta violação.

Em matéria de responsabilidade civil, é incontroverso que o dever de reparação exsurja em razão do dano causado pelo descumprimento do dever jurídico. Em alguns casos, porém, é possível que venha a emergir em face de dano decorrente de ato lícito⁴. Há qualquer tempo, o titular que autorizou voluntariamente a limitação de seu direito de personalidade (imagem ou privacidade, p.ex.), pode revogar o ato anterior, reservando-se o direito da outra parte à indenização, se ocorrido o dano.

As mudanças sociais e econômicas operadas ao longo do século XX suscitaram alterações marcantes no campo da responsabilidade civil. A reparação de danos é tema que alcançou foros de cidadania e, no Brasil, recebeu destaque constitucional⁵. Em razão dos processos sociais diversos, o foco da reparação se transfere da culpa para o dano, visando-se muito mais a ressarcibilidade do que uma espécie de reação punitiva. Nesse contexto, a reparação de dano transcende os limites tradicionais oitocentistas da responsabilidade civil, onde a culpa e o ato ilícito assumiram, historicamente, papel essencial. A responsabilidade objetiva alcança seu espaço e se firma em função do risco da atividade ou mesmo nas hipóteses previstas em lei⁶.

Na tentativa de resguardar a lógica francesa na doutrina da responsabilidade civil, alguns autores tentaram redimensionar o conceito de ato ilícito

⁴ Ordoqui Castilla defende que a reparação de dano decorrente de ato lícito não mais se comporta no âmbito da responsabilidade civil, consistindo em obrigação de compensar dano decorrente de ato lícito. Para Castilla “no podemos admitir que el mismo término se utilice para individualizar fenómenos jurídicos que son antagónicos totalmente, en la fuente de la obligación, en sus elementos estructurales y funcionales” (CASTILLA, Gustavo Ordoqui. Obligación de compensar daños causados por conductas lícitas. **Revista dos tribunais**, São Paulo: RT, ano 85, v.726, p.11-33, abr. 1996).

⁵ Art.5º., V – “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da **indenização por dano** material, moral ou à imagem”.

Art.5º., X – “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a **indenização pelo dano** material ou moral decorrente de sua violação.”

Art.37, §6º. – “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos **responderão pelos danos** que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

⁶ O Código Civil Brasileiro dispõe no art.927, parágrafo único. “Haverá 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 os direitos de outrem”.

e/ou de culpa. Para Caio Mário⁷, todas as alterações que o conceito de ato ilícito sofreu não foi suficiente para resolver o problema da reparação do dano, pois não se conseguiu prescindir do elemento *culpa*. Ele próprio compreende a culpa como elemento intrínseco ao conceito de ato ilícito. No entanto, para justificar a responsabilidade civil objetiva, admite a figura da culpa em sentido amplo⁸ que alcança toda espécie de comportamento contrário ao direito, intencional ou não, imputável, por qualquer razão, ao causador do dano.

Cavallieri Filho⁹ se contrapõe, dizendo que, se a culpa, nos termos em que é colocada, integrar o conceito de ato ilícito; onde não houver culpa, não haverá ato ilícito. A presença da culpa para justificar a responsabilidade, dificultará segundo ele, a ocorrência da responsabilidade objetiva. Na tentativa de resguardar a relação entre responsabilidade civil e ato ilícito, opta por uma classificação, que abarca o *ato ilícito em sentido amplo* e o *ato ilícito em sentido estrito*¹⁰. O ato ilícito em *sentido estrito* corresponde ao conjunto de pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, na qual a culpa é elemento intrínseco. Consiste no ato ilícito expresso no art.186, CC/2002. Em *sentido amplo*, o ato ilícito reporta-se apenas à antijuridicidade do ato, sem qualquer referência ao elemento psicológico ou subjetivo do agente. O ato contrário à ordem jurídica mesmo sem a verificação da culpa ou dolo, pode ensejar a responsabilidade civil objetiva. Classificação semelhante já se achava em Castanheira Neves¹¹, que aludia a ilicitude formal e ilicitude material, sob a justificativa de que a dimensão da juridicidade do ato não se mensura tão somente na perspectiva da validade lógico-ideal, mas também em referência à validade jurídica concreta de fundamentação axiológico normativo.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.56.

⁸ O que já havia sido empreendido por Clóvis Beviláqua quando asseverava: “na culpa há, sempre, a violação de um dever preexistente. Se esse dever se funda em um contrato, a culpa é contractual; se no princípio geral do direito que manda respeitar a pessoa e os bens alheios, a culpa é extra-contractual; ou aquiliana” (BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. Comentado por Clóvis Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1936, v.1.p.419).

⁹ CAVALLIERI FILHO, Sérgio, op. cit., 2007, p.8.

¹⁰ CAVALLIERI FILHO, Sérgio, op. cit., 2007, p.10.

¹¹ CASTANHEIRA NEVES, António. **Questão-defato-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967, v. 1.p.522 e segs.

Todos estes esforços se empreendem para manter a relação entre responsabilidade civil e ato ilícito, contribuindo para retirar a reparação do dano decorrente de ato lícito dos domínios da responsabilidade civil. Cavallieri¹² defende a excepcionalidade da reparação de dano decorrente de ato lícito como matéria de reserva legal¹³.

A par das críticas formais apresentadas por autores de escol, importa não importa aos ditames da justiça o aprisionamento do direito às categorias, produto abstrato da razão, afinal o direito existe para a sociedade e deve acompanhar às suas demandas, movido por um largo e profundo sentimento de solidariedade social¹⁴. Na locução de Fachin¹⁵, “os sinos dobram para reconhecer o fim da concepção insular do ser humano e o liame indissociável entre Direito e crítica na releitura de estatutos fundamentais do Direito Privado”. Sugerem que o Direito está para além das molduras formais e abstratas, podendo sofrer críticas pela doutrina e pela jurisprudência, num contínuo processo autopoietico.

Aguiar Dias dispõe que “a obrigação civil decorrente da responsabilidade civil, se, sacrificados à tirania das palavras, quisermos guardar a significação rigorosa do termo, só pode ser entendida como consequência da conjugação destes elementos: imputabilidade mais capacidade. É disso que se aproveitam os partidários mais ardorosos da culpa, esquecidos de que, na verdade, já não é de responsabilidade civil que se trata, se

¹² CAVALLIERI FILHO, Sérgio, op. cit., 2007, p.9.

¹³ Exemplo marcante de responsabilidade por ato lícito tem-se no art. 188, do Código Civil Brasileiro:

“Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

[...]”

“Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assiste-lhes o direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).”

¹⁴ MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p.12-13.

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.5-6.

bem que haja conveniência em conservar o *nomen juris*, imposto pela semântica: o problema transbordou desses limites. Trata-se, com efeito, da reparação do dano”¹⁶.

Para ele¹⁷ a questão foi tomada pela prática e hoje a indagação sobre a separação, pelos signos da teoria, dos institutos *responsabilidade civil* e *reparação de danos*, é tardia. Todos os casos de reparação do dano, agrade ou não o nome, são tratados por responsabilidade civil¹⁸. É bom ressaltar que o pano de fundo de suas afirmações mostrava a passagem da responsabilidade fundada na culpa para admissão da responsabilidade pautada no risco, balizada nos deveres de assistência, segurança e garantia etc.

Na era da solidariedade, defende-se a ampliação da reparação dos danos mesmo para além da culpa e/ou ilicitude. Cabe a indagação sobre os limites desta engenharia no âmbito da responsabilidade civil. Na resposta de Orlando Gomes¹⁹, seria adequada a expansão, pois defende a responsabilidade objetiva por dano decorrente de ato lícito. Há autores²⁰ que defendem o contrário, vislumbrando, neste momento, a emergência da reparação de dano como instituto autônomo, obrigação que impõe um dever primário.

2 A RESSIGNIFICAÇÃO DO DIREITO NO PLANO DA PRÓPRIA ORDEM JURÍDICA

François Ewald²¹ adverte que a experiência contemporânea do direito francês permite a mudança do direito sem a necessidade de alteração dos códigos. A atividade interpretativa da norma pode proporcionar uma adequação social sem a alteração formal do seu conteúdo. A ordem jurídica admite uma instância de reflexão sobre si mesma a partir do que chama *regra do juízo*²². Segundo ele,

¹⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11.ed.. Atualização e comentários de Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.17.

¹⁷ Ibid., p.23.

¹⁸ Ibid., p.23.

¹⁹ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. São Paulo: Forense, 1999, p.447.

²⁰ CASTILLA, Ordoqui, op. cit., 1996.; CAVALLIERI FILHO, Sérgio, op. cit., 2007.

²¹ EWALD, François. **Foucault, a norma e o direito**. São Paulo: Vega, 2000.

²² Ibid., p.211.

a regra de juízo não é uma regra enunciada por uma instância, mas sim aquilo que regula o juízo de todas as instâncias; não é, pois, algo que se aplique, mas aquilo mediante o qual se julga. Uma das características da prática do juízo jurídico é que a regra do juízo deve ser constantemente explicitada. Lei, doutrina e jurisprudência, dela precedem e a ela exprimem; todavia, ela não se lhes reduz nunca²³.

A partir da regra do juízo um sistema jurídico fechado na sua ordem própria, interage com o mundo exterior, deparando-se com as transformações e anseios do ambiente social, de modo a reconciliar dois pontos fundamentais: o transcendental (jurídico) e o empírico (a sociologia das práticas judiciais) em referência a uma prática autopoietica.

Nessa reconstrução, a atividade interpretativa do direito (norma) poderá trazer ressignificados, especialmente quando o processo reflexivo se faz com os princípios gerais de direito aos quais, obrigatoriamente aditam-se, os princípios constitucionais.

Pode-se transpor o pensamento de Aguiar Dias para sintetizar esse processo no campo responsabilidade civil, relendo-a como um instituto dinâmico,

que tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que envolve a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou o processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes²⁴.

Em face dessa necessidade de dinamização do direito, Fachin²⁵ elenca alguns desafios para o direito civil contemporâneo, aplicável, *ipso facto* ao tema em análise:

1. Aprender a pluralidade das fontes, vencendo o reducionismo codificador;
2. Tomar a questão jurídica como problema social, genuinamente constitucional;
3. Superar a divisão burguesa dos poderes do Estado e admitir que jurisprudência e doutrina também são fontes do Direito;

²³ Ibid., p.212.

²⁴ DIAS, José de Aguiar, op. cit., 2006, p.25

²⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.12.

4. Compreender o Código Civil a partir de uma operação ideológica e cultural que deve passar por uma releitura principiológica, reconstitucionalizando o conjunto de regras que integra esse corpo de discurso normativo;
5. Denunciar a manualística pedestre que dos Códigos fez o seu código do pensar por repetições, memorizações e mitologias simplificadoras;
6. Evitar o simplismo e buscar uma hermenêutica emancipatória e uma principiologia constitucional, sem reduzir o que é complexo nem identificar o direito à lei;
7. Descobrir o direito pela força criadora dos fatos, aprendendo que o caráter ôntico do direito está na sociedade e na realidade social, econômica e política;
8. Emancipar o Brasil do legado codificador da Idade Moderna da Europa Continental e voltar-se para a dimensão espaço-temporal de uma sociedade plural, abandonando a inutilidade de uma codificação sem compromisso com a transformação social.
9. Aprender que a *constitucionalização* que retirou o Direito Civil da sonolenta imobilidade não se exaure no advento da promulgação da Constituição de 1988, mas alcança uma visão prospectiva dos princípios constitucionais implícitos e explícitos, num *continuum* e incessante prestação de contas à realidade subjacente ao direito.
10. Vislumbrar a problematização em um país que manteve um código ainda contraditório (moderno e vetusto), dissecando-lhe os paradoxos numa visão histórico-antropológica-sociológica e econômica.

É preciso considerar a matéria da reparação do dano em face das mudanças impulsionadas pelo desenvolvimento econômico, industrial, técnico e tecnológico e suas influências na consciência jurídica geral. A estas considerações, o Direito não poderá manter-se alheio sob pena de não evitar o divórcio entre a norma e os fatos. A historicidade do direito implica na sua função dinamizadora, materializada a partir de um sistema aberto capaz de acompanhar as mudanças sociais, políticas e econômicas. Como anunciava François Ewald²⁶, o direito deve se aproximar dos anseios

²⁶ EWALD, François, op. cit., 2000, p.219.

e demandas sociais. Nesta perspectiva, as cláusulas gerais como a boa fé, ordem pública, bons costumes e função social são considerados verdadeiros órgãos respiratórios do sistema jurídico no campo do direito privado. O preenchimento do seu conteúdo faz apelo à capacidade criativa e responsável do tribunal, permite adequar a solução à *fattispecie* concreta, voltando-se para a realização de uma justiça materialmente fundada.

De acordo com Monteiro²⁷ e com Azevedo²⁸, o emprego das cláusulas gerais pode oferecer riscos, na medida em que ampliando o poder discricionário do juiz, pode se converter em portas abertas às motivações de cariz ideológico que sustentem decisões politicamente comprometidas, sendo imprescindível que, no processo de sua aplicação, intervenham momentos racionais e de objetividade. Se a cláusula geral deve constituir uma abertura à concretização de novos valores, deve ser utilizada como um instrumento adequado a que o Judiciário ponha em prática, num primeiro momento, o plano das valorações do próprio legislador.

3 A SOCIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A REFLEXÃO SOBRE OS DOMÍNIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

O ideal de justiça de que a lei deve ser instrumental pressupõe o modelo perfilhado pela sociedade por meio das normas constitucionais. Passada a fase do liberalismo econômico, com a imposição das realidades concretas ao formalismo puro, o Estado assumiu um papel intervencionista com a missão de defender a liberdade individual e de proteger os cidadãos nas suas condições materiais de vida. Assim,

o homem-indivíduo cede lugar para o homem-pessoa, pressuposto decisivo, valor fundamental e fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo, no qual tem de ser reconhecida uma esfera pessoal, de participação e decisão e, simultaneamente, uma esfera social, de solidariedade e corresponsabilidade²⁹.

O direito civil está imbuído do ideal de justiça social, interferindo por meio de normas imperativas nas relações entre particulares, antes domínio exclusivo da

²⁷ MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2003, p.23.

²⁸ AZEVEDO, António Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo: RT, no.33, jan./mar. 2000, p.125.

²⁹ MONTEIRO, António Pinto, op. cit., 2003, p.39-40,

autonomia da vontade. Neste contexto, ressaltam-se dois princípios básicos: o princípio da autonomia da vontade e o princípio da responsabilidade civil, cujos conteúdos se pressupõem mutuamente, na justificativa da responsabilidade.

Invocam-se os limites da liberdade individual em face do espírito de solidariedade que estabelece o “dever (geral) de não expor os outros a mais riscos ou perigos de dano, do que aqueles que são, em princípio, inevitáveis”³⁰. Este dever de prevenção do perigo não se esgota nas relações puramente contratuais. Veja-se o exemplo do Código de Defesa do Consumidor brasileiro que impõe aos fornecedores o dever geral de garantia de qualidade, a fim de por o consumidor a salvo dos riscos (art.8º.), proibindo-se, inclusive, o fornecimento de produtos e serviços excessivamente perigosos (art.10). O comando de cuidado que se afirmar na positivação da confiança não é confinado à proteção dos consumidores, estende-se a quaisquer cidadãos, haja vista que a própria lei equipara a vítima do evento danoso ao consumidor, para efeito da proteção que liberaliza. Impõe ainda o dever de evitar a falha perigosa identificada após o lançamento do produto no mercado se concretize, lançando mão do *recall*. Todas essas emanções de cuidado e zelo se espraiam na teoria da confiança³¹, gerando deveres que, uma vez descumpridos podem suscitar a responsabilidade civil.

No afã de evitar a irressarcibiliade, o domínio de uns pela autonomia de outros, o princípio da autonomia privada tem sido alvo de profundas restrições. Este dirigismo que busca a equalização dos princípios da autonomia privada x igualdade material x responsabilidade civil chega, segundo alguns autores³², a ameaçar a própria existência do Direito Civil.

Estas preocupações sinalizaram para uma preocupação mais concreta no equilíbrio entre a autonomia privada x responsabilidade. De forma que, a tendência “expansionista e avassaladora do Estado na sociedade contemporânea vem desenvolvimento, atualmente, movimentos contrários, partindo da consciência de que há

³⁰ VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Editora Coimbra, 1980, v.II, p.469.

³¹ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p.352.

³² GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos tribunais**, São Paulo: RT, ano 87, v.747, p.35-55, jan. 1998. e, AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo: RT, n..33, p.123-129,. jan./mar. 2000.

troppo stato para se afirmar a necessidade de libertação da sociedade civil e, mesmo de um urgente retorno ou redescoberta do direito privado”³³.

Mais do que uma redução quantitativa do espaço destinado à atuação particular, houve uma mudança de sentido no princípio da autonomia privada. Seus limites e restrições encontram justificativa na necessidade de defesa da própria autonomia privada, a fim de evitar que o exercício abusivo da autonomia de uns, importe na supressão da autonomia de outros.

4 OS NOVOS MECANISMOS DE REPARAÇÃO DOS DANOS NA SOCIEDADE DOS RISCOS

No plano específico da responsabilidade civil igualmente penetrou o espírito da socialização, haja vista as transformações ocorridas na sociedade. A culpa como pressuposto da responsabilidade representa uma aquisição histórica de importância intangível. Em um primeiro momento, a responsabilidade deixa de ser coletiva, objetiva e penal para assumir a feição individual, subjetiva e civil, culminando, nas codificações oitocentistas, com a consagração da cláusula geral que sobreleva o princípio da culpa como fundamento único da responsabilidade.

O princípio da culpa tinha um aspecto funcional em face dos postulados da doutrina econômica do *laissez-faire*. Parecia mais vantajoso para a economia industrial em expansão, descuidar das pessoas a sacrificar os interesses da empresa³⁴. Às empresas recaiam apenas os custos dos danos provocados por culpa ou dolo, pois doutra forma entravar-se-ia gravemente o processo de industrialização, que despontava, desestimulando-se o empreendimento de novas atividades e a utilização de novas máquinas, decorrentes do progresso econômico e social, por uma lado, mas suscetíveis de causar danos, independente de culpa, por outro.

Como cresceu o número de eventos danosos com o desenvolvimento industrial, a tecnologia passou a representar uma ameaça à sobrevivência. E o princípio

³³ MONTEIRO, António Pinto, op. cit., 2003, p.52-53.

³⁴ MONTEIRO, António Pinto, op. cit., 2003, p.56.

de que *não há responsabilidade sem culpa* foi se revelando inadequado às novas circunstâncias sociais, pois figuraria em obstáculo ao ressarcimento.

Presentemente, os eventos danosos mudaram qualitativa e quantitativamente; a utilização de meios técnicos cada vez mais complexos e a organização de trabalho em grupo fizeram surgir os acidentes anônimos, dificultando ou impossibilitando a identificação do causador, muito mais ainda a culpa. As teorias do risco ganharam foros de cidadania, consagrando uma responsabilidade objetiva em largos e importantes setores que dispensa a culpa e até mesmo a ilicitude da conduta. Este alargamento da responsabilidade se faz numa segunda fase da revolução industrial, quando as empresas já poderiam suportar os riscos de sua atividade, sem a necessidade subsídio pelas próprias vítimas e/ou operários.

O avanço e a multiplicidade dos danos associados à consciência coletiva do direito à reparação, no presente estágio da sociedade industrial, também qualificada por sociedade de risco³⁵, conduzem ao processo de socialização da responsabilidade. Vive-se um mundo de ambivalência e de risco, onde a dúvida rodeia os diversos aspectos e domínios da existência humana³⁶. Segundo Beck³⁷, o paradigma da sociedade atual, está em questões sobre como evitar ou minimizar os riscos do avançado processo de modernização, repartindo-se os *efeitos secundários latentes*, de forma a não obstaculizar o processo de modernização nem permitir que tais efeitos ultrapassem os limites do suportável ecológico-social-médica e psicologicamente.

Tempera-se o principio clássico da culpa com a admissão da responsabilidade pelo risco, passando a estruturação de um novo e importante mecanismo

³⁵ De acordo com BECK, “na sociedade de risco, o reconhecimento da imprevisibilidade das ameaças provocadas pelo desenvolvimento técnico-industrial exige a auto-reflexão em relação às bases da coesão social e o exame das convenções e dos fundamentos predominantes da 'racionalidade'. No autoconceito da sociedade de risco, a sociedade torna-se reflexiva (no sentido mais restrito da palavra), o que significa dizer que ela se torna um tema e um problema para ela própria (BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. *In*: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott Tradução: Magda Lopes. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social**. São Paulo: UNESP, p.21).

³⁶ FERNANDES, António Teixeira. Níveis de confiança e sociedade de risco. Comunicação apresentada ao **Colóquio Internacional “Terrorismo e Ordem Mundial**, realizado de 7 a 8 de abril de 2002, Universidade dos Açores. Disponível em: <<http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/1494.pdf>>. Acesso em 27 mar. 2008.

³⁷ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1998, p.26.

de ressarcimento: o seguro de responsabilidade. O lesante deixa de suportar individualmente a indenização, surgindo, em seu lugar, uma coletividade (a companhia de seguros), que toma a seu cargo a reparação dos danos decorrentes do risco da atividade. Mas a indenização passa a ser uma variável presente no cálculo das atividades, haja vista que o risco a elas é inerente. Assim, o seguro distribui os riscos pelo conjunto de segurados e até pelo conjunto do corpo social, uma vez que os prêmios a serem pagos pelos empresários são incorporados aos preços dos produtos, distribuindo-se os custos entre consumidores.

O seguro representa uma mutualização dos riscos, como meio de encarar os danos e evitar a paralisação das atividades. Representa um equilíbrio entre o direito ao ressarcimento e a preservação da atividade. Os seguros de responsabilidade têm alcançado importância tal, que se tornaram de utilização compulsória em certos domínios de atividade, como no caso do seguro de automóvel. A própria assistência social, disposta a assegurar a sobrevivência àqueles que sofreram danos graves redundantes na sua incapacidade laboral temporária ou permanente informa uma outra modalidade de socialização da responsabilidade.

O processo de socialização da responsabilidade vai adiante, com a criação dos fundos de garantia, destinados ao ressarcimento do lesado quando o responsável é desconhecido, não segurado, ou quando verificada a falência da companhia seguradora, por exemplo. Constitui mais um mecanismo de reparação coletiva³⁸, complementar à responsabilidade civil³⁹.

³⁸ Seria uma alternativa mais viável que aquela adotada pela Holanda, em julgamento de um caso paradigmático, que submetia pedido de reparação de danos para mulheres com câncer urogenital, cujas mães ingeriram a droga *diethylstilbestrol* (DES) no período gestacional. Isto porque pesquisadores associaram o uso de tal substância por mulheres grávidas para evitar o parto prematuro, como importante fator na formação de câncer urogenital em meninas, frutos daquelas gestações. Como os autores não puderam individualizar as empresas farmacêuticas que efetivamente comercializaram o produto na época, apresentaram o conjunto das companhias que possivelmente haviam fabricado o remédio. A Suprema Corte Holandesa condenou à responsabilidade solidária todas as companhias que, no período em questão, haviam posto o produto em circulação (PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista. Os confins da responsabilidade civil objetiva nos horizontes da sociedade de risco. Almejando a permanente certeza na contingência das improbabilidades. **Revista de informação legislativa**, Brasília: Senado Federal, v. 43, n.170, abr/jun. 2006, p.181-189, p.186 Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/ri/Pdf/pdf_170/R170-12.pdf >. Acesso em: 18 mar. 2008).

³⁹ MONTEIRO, António Pinto, op. cit., 2003, p.60.

Importa que o direito devolverá aos indivíduos a segurança perdida com a mecanização e a industrialização na sociedade, na qual o acidente é um acontecimento normal, cujos encargos passam à coletividade, como custos do progresso. Nesta ótica, a responsabilidade civil por danos relacionados ao risco da atividade será substituída por mecanismos mais eficazes de reparação social? Tais mecanismos serão tratados nos domínios da responsabilidade civil? Se a matéria alcança autonomia, seguirá o raciocínio de Ordoqui Castilla⁴⁰ que defende a necessidade de resguardar a responsabilidade civil na sua ambiência original, emancipando, em contrapartida, a obrigação de reparação de dano.

Monteiro⁴¹ entende que a necessidade de reparação do lesado ocupa o centro das preocupações atuais, denunciando a insuficiência e inadequação das tradicionais regras da responsabilidade civil. Defende que até mesmo o Estado deve tomar a cargo os custos pelos riscos do progresso, numa tarefa de solidariedade humana que a um autêntico Estado-de-Direito-Social compete garantir. Do campo da responsabilidade civil se emancipariam apenas os casos em que, por razões de segurança humana, se impõem sistemas de reparação social mais eficazes e mais consentâneos com a natureza dos danos abrangidos.

Não se trata do fim da responsabilidade civil. Embora autores como Castilla⁴² pretendem restituir à responsabilidade civil a sua *pureza sancionatória* enquanto instituto de reparação de danos ético-juridicamente imputáveis ao lesante. Defende-se que há de se manter a responsabilidade objetiva, fundada no risco, especialmente em face dos deveres gerais das cláusulas socializantes do direito privado contemporâneo. Também mantem-se a responsabilidade subjetiva, em face da culpa e dolo. Ainda que se permitam, a contratação de seguros de responsabilidade pelo industrial/comerciante, relativamente aos riscos esperados e incertos. Na fronteira, criam-se os mecanismos paralelos de ressarcimento, como os fundos diversos a fim de encarar

⁴⁰ CASTILLA, Gustavo Ordoqui. Obligacion de compensar daños causados por conductas lícitas. **Revista dos tribunais.**, São Paulo: RT, ano 85, v.726, abr..1996, p.11-23.

⁴¹ MONTEIRO, António Pinto, op. cit., 2003, p.62.

⁴² CASTILLA, Gustavo Ordoqui, op. cit., 1996, p.11-23.

os danos anônimos, para as hipóteses de falência das companhias de seguros, de falência das empresas e ausência de patrimônio dos sócios.

Mas será difícil contraditar a prática que a toda reparação de dano vê como responsabilidade civil. É inócuo o debate sobre a fronteira entre reparação de dano e responsabilidade civil, seguindo critérios teórico-formais. Associa-se ao pensamento de Aguiar Dias⁴³, para quem o instituto da responsabilidade civil deve acompanhar a evolução e transformações da civilização, com flexibilidade suficiente para oferecer as respostas adequadas às demandas e condições da época.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise desenvolvida e considerando as indagações anteriormente formuladas, conclui-se que:

1. A responsabilidade civil sofreu alterações profundas a ponto de dividir a doutrina. Há os que defendem a emancipação da matéria da reparação de danos, na medida em que essa não se comportar como obrigação sucessiva decorrente da violação de dever primário. Ou seja, quando o dano é derivado do exercício de um direito, da prática de ato lícito, por exemplo. E há os que entendem que a matéria da responsabilidade civil cresceu, compreendendo toda a seara de reparação de danos. Opina-se em favor destes que são indiferentes ao *nome juris*, apostando que a prática fez por valer o alargamento da responsabilidade civil.
2. No atual estágio da sociedade industrial, também designada por sociedade de riscos, sociedade das incertezas, exsurge a idéia de socialização dos riscos entre os que se beneficiários diretos e indiretos da atividade. Seriam beneficiários indiretos, a coletividade e até mesmo o Estado, todos aqueles que além de expostos aos efeitos negativos do progresso, também tem alterações positivas em sua qualidade de vida. Os avanços do progresso e da tecnologia resultam dos empreendimentos sobre sítios desconhecidos, cujos efeitos nem sempre se podem dominar integralmente. Implicam, contraditoriamente, na otimização da qualidade de vida e na ameaça de surgimento de riscos.

⁴³ DIAS, José de Aguiar, op. cit., 2006.

3. A responsabilidade coletiva, da qual o seguro de responsabilidade é uma modalidade, se apresenta como uma alternativa para equacionar a relação entre autonomia privada e ressarcimento efetivo, reduzindo o encargo que sobrecarregaria apenas a iniciativa privada.
4. O instituto da responsabilidade civil deve ser flexível para se adaptar às transformações da civilização, e oferecer os instrumentos necessários a restabelecer o equilíbrio desfeito pelo dano compatíveis às técnicas, conquistas, gêneros de atividade de cada época e lugar.
5. A par da responsabilidade civil em sua concepção tradicional, pautada na culpa e independentemente da responsabilidade pelo risco calculado, na qual o ônus recai sobre quem tem o bônus da atividade, avizinham-se novas alternativas que demandam pela socialização dos riscos imprecisos (secundários e indeterminados), como os seguros de responsabilidade e outras alternativas eficientes ao ressarcimento, a exemplo dos fundos de responsabilidade, a fim de evitar eventual possibilidade de irressarcimento das vítimas.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo: RT, no.33, , p.123-129, jan./mar. 2000.
- _____. O direito civil tende a desaparecer? **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, ano 92, v.811, p.753-760,. maio 2003.
- BECH, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1998.
- _____. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In BECK,Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH.Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social**. Tradução: Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. Comentado por Clovis Bevilacqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1936.v.1,
- CASTANHEIRA NEVES, António. **Questão-de fato-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967.v. 1.

CASTILLA, Gustavo Ordoqui. Obligacion de compensar daños causados por conductas lícitas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, ano 85, v.726, p.11-23, abr. 1996.

CAVALLIERI FILHO. Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. (atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Berford Dias). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

EWALD, François. **Foucault, a norma e o direito**. São Paulo: Vega, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERNANDES, António Teixeira. Níveis de confiança e sociedade de risco. Comunicação apresentada ao **Colóquio Internacional “Terrorismo e Ordem Mundial**. Realizado de 7 a 8 de abril de 2002, Universidade dos Açores. Disponível em: <<http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/1494.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2008.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

GIDDENS, Antony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, ano 87, v.747, p.35-55, jan. 1998.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. São Paulo: Forense, 1999.

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2003.

PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista. Os confins da responsabilidade civil objetiva nos horizontes da sociedade de risco. Almejando a permanente certeza na contingência das improbabilidades. **Revista de informação legislativa**, Brasília: Senado Federal, v.43, n.170, p.181-189, abr./jun.2006. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_170/R170-12.pdf >. Acesso em: 18 mar. 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Editora Coimbra, 1980.v II.