

O direito dos danos na sociedade das incertezas: a problemática do risco de desenvolvimento no Brasil

Joyceane BEZERRA DE MENEZES*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Sociedade de riscos: entre a força modificadora da ciência e tecnologia e a ampliação das incertezas; 2. Solidariedade e o novo direito dos danos: a tutela da pessoa pelo direito privado contemporâneo; 3. O dano decorrente do risco de desenvolvimento e o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro – algumas conclusões; Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo parte de uma análise dos elementos característicos da sociedade de risco e da conseqüente necessidade de ampliação dos instrumentos de confiança, dentre os quais o Direito se destaca. Em seguida, aborda a reestruturação da responsabilidade civil como uma das respostas do processo de gerenciamento dos riscos e ampliação da confiança. Se não há regra específica aplicável, certamente, dos princípios gerais e constitucionais se extrairá um fundamento para amparar a vítima do dano injusto no ambiente da sociedade técnico-científica.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Risco do desenvolvimento. 2. Responsabilidade civil. 3. Direito do consumidor.

ENGLISH TITLE: Civil Liability in the Society of Uncertainty: the Problem of the Risk of Development in Brazil

SUMMARY: Introduction; 1. Society of risks: between the changing force of Science and technology and the growth of uncertainties; 2. Solidarity and the new civil liability: the protection of the human person by contemporary private law; 3. Damage arising from the risk of development and the Brazilian consumer law – some conclusions; References.

ABSTRACT: This article takes part from an analysis of the characteristic elements of the society of risks and the consequent necessity of amplifying the instruments of trust, among which Law itself. It then analyses the restructuration of civil liability as one of the answers to the process of managing risks and applying trust. If there is no specific rule to be applied, then certainly from general and constitutional principles one can extract a fundament for protecting the victim of unjust damage in a techno-scientific society.

KEYWORDS: 1. Development risk. 2. Civil liability. 3. Consumer law.

* Professora adjunto da Universidade de Fortaleza, no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado/Doutorado), responsável pela disciplina Política Jurídica de Responsabilidade Civil. Professora adjunto da Universidade Federal do Ceará. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. E-mail: joyceane@unifor.br

Introdução

Norberto Bobbio afirma que a fundamentação do Direito se apresenta de modos distintos conforme se perscrute sobre o fundamento do *direito que se tem* ou sobre o fundamento do *direito que se gostaria de ter*.¹ No primeiro caso, pergunta-se sobre qual seja a norma válida reconhecedora de tal direito; no segundo, buscam-se boas razões para sustentar a legitimidade do direito em questão, na tentativa de convencer o maior número de pessoas do seu reconhecimento, sobretudo aquelas que detêm o poder direto ou indireto para a produção de normas válidas. O primeiro caso suscita uma discussão no âmbito do direito positivo; o segundo envolve razões filosóficas.

Nesta perspectiva, este texto discute a plausibilidade do direito à reparação do dano decorrente do risco de desenvolvimento, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Considera-se risco de desenvolvimento o defeito do produto ou de partes a ele incorporadas pelo produtor, que os conhecimentos técnicos e científicos não poderiam identificar ao tempo do seu lançamento no mercado.

A história recente da sociedade tecnológica relata danos, muitas vezes coletivos, relacionados ao *risco de desenvolvimento*. Citam-se, por exemplo, o conhecido episódio da Talidomida, nos EUA dos anos sessenta; e, o menos divulgado episódio do *diethylstilbestrol* (DES) administrado para mulheres grávidas, na Holanda. Este para evitar o nascimento prematuro de bebês em gravidezes de risco, e que, após trinta anos, foi identificado como o principal agente causador do câncer urogenital em filhas destas mulheres.

Esses danos estão relacionados à discussão sobre a responsabilidade que tem o produtor por defeitos em seus produtos. Em geral, são irressarcíveis, configurados como excludentes de responsabilidade, como se faz nos EUA e muitos países da Europa. A par da regra geral europeia estabelecida na Diretiva 85/374, a Comunidade Econômica Europeia permite que seus países membros legislem de modo diverso, desde que respeitados os procedimentos indicados naquela seguinte norma. Alguns desses países, entretanto, dentre eles, Bélgica, Dinamarca, França, Luxemburgo e Irlanda, desde a publicação da Diretiva já sinalizavam para o dever de reparação nas

¹ Norberto Bobbio, 1992, p.15.

hipóteses de risco de desenvolvimento, utilizando a solidariedade como principal fundamento.

No Brasil o Código de Defesa do Consumidor não é claro sobre a temática. Diversos autores apresentam os mesmos dispositivos (art.12, §1º, incisos II e III c/c §2º. do mesmo artigo) ora para sustentar a existência da excludente, ora para defender a possibilidade de que o produtor seja responsável pelos danos ocasionados por meio do risco do desenvolvimento.

A matéria vem sendo discutida em muitas arenas, dada a sua relevância para a sociedade já qualificada pelo *risco*. No entanto, ainda há muita divergência a resolver. Embora seja certo que se quer a *reparação* como direito, não se tem por unânime o *modus* pelo qual ela se realizaria: seja por meio do instituto da responsabilidade civil ou por outras alternativas, tais como os fundos de responsabilidade e os seguros de responsabilidade, quiçá pela responsabilidade coletiva, quando em face dos danos anônimos. Assim, não seria esdrúxulo afirmar a possibilidade de ampliação das estruturas da responsabilidade civil como alternativa de proteção à pessoa, especialmente para enfrentar os efeitos do dano injusto. Afinal, o direito privado contemporâneo é marcado pela influência de princípios tais como a solidariedade, a boa fé objetiva, a função social dos contratos e a dignidade da pessoa humana.

A discussão que aqui se propõe parte de uma análise dos elementos característicos da sociedade de risco e da conseqüente necessidade de ampliação dos instrumentos de confiança, dentre os quais o Direito se destaca. Em seguida, aborda a reestruturação do direito dos danos, tendo como base aqueles princípios já anunciados, como uma das respostas do processo de gerenciamento dos riscos e ampliação da confiança. Se não há regra específica aplicável, certamente, dos princípios gerais e constitucionais se extrairá um fundamento para amparar a vítima do dano injusto no ambiente da sociedade técnico-científica.

1. Sociedade de riscos: entre a força modificadora da ciência e tecnologia e a ampliação das incertezas

Ao longo da história humana muitos empreendimentos se fizeram sob concreta ameaça de risco. Fossem as atividades de caça e coleta na história primitiva; na antiguidade as guerras em defesa dos territórios ou para expansão do poder político e até mesmo as

viagens marítimas com fins colonizadores do século XV, todas envolviam riscos. Mas os riscos até então ameaçavam apenas os sujeitos diretamente envolvidos nesses empreendimentos.

Na era industrial, porém, a ideia de risco assumiu maior relevância para o Direito, especialmente no campo da responsabilidade civil. Ainda que as atividades produtivas se desenvolvessem no ambiente de rigorosa cautela, não se conseguia impedir eventuais resultados danosos ordinários e previsíveis, estatisticamente calculáveis (MORAIS, 2006, p.17). Neste cenário, o risco da atividade foi alçado como fundamento da responsabilidade civil objetiva, caracterizada pela dispensa do elemento culpa, na apuração do dever de reparar. Aqui, o risco já passava a ameaçar um número superior de pessoas, estranhas ao processo de produção, mas copartícipes de um mesmo tempo histórico.

O determinante da responsabilidade civil objetiva seria o risco da atividade considerada perigosa por natureza. Mesmo lícita em seu exercício, quando da atividade perigosa resultasse dano para outrem, ao agente se imputaria o dever ressarcitório. Atualmente, são várias as teorias explicativas da locução *risco de atividade*. No Brasil, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça já emitiu um enunciado explicativo para o que seja risco de atividade que justifica a responsabilidade objetiva².

Mas o advento da sociedade de riscos ou sociedade pós-industrial trouxe uma nova dimensão para o conceito. Destacaram-se os riscos imperceptíveis para os sentidos e para o conhecimento científico (BECK, 1997, p.17), mas igualmente ou mais impactantes para a estabilidade das relações sociais e jurídicas do que aqueles desvendados na sociedade industrial. São riscos exurgentes do processo produtivo incrementado pelo avanço da ciência e tecnologia na era pós-industrial (megatecnologia química e nuclear, pesquisas genéticas e farmacológicas e impactos causados por intermédio das diversas investidas sobre o meio ambiente) surpreendendo as *certezas* da sociedade industrial.

Nesse processo, a sociedade é confrontada pela autolimitação do seu próprio desenvolvimento e levada a refletir sobre a necessidade vital de mudanças. A percepção da finitude dos recursos ambientais e a quebra dos paradigmas da ideia de segurança

² Recentemente, no Brasil, tem-se o Enunciado no.38 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal informando que “A responsabilidade fundada no risco da atividade, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada ônus maior do que aos membros da coletividade”. Nessa assertiva está a ideia de ressarcimento do dano injusto.

abalam as suposições fundamentais da ordem social convencional, seja na área do Direito, da Ciência, dos negócios e até mesmo da política. Nos termos de Beck (1997, 19),

o reconhecimento da imprevisibilidade das ameaças provocadas pelo desenvolvimento técnico-industrial exige a autorreflexão em bases da coesão social e o exame das convenções e dos fundamentos 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.

Os problemas associados ao risco desafiaram a infalibilidade técnica, pois mesmo em face da normalização que estabelece padrões para além dos limites do seguro, irrompem-se riscos que, não raro, apesar da sua imperceptibilidade inicial, se materializam em catástrofes. Daqui se extrai a principal distinção entre sociedade de risco e sociedade industrial, conforme a descrição de Beck (1997, p.22). Enquanto na última há o empenho de todas as instituições no controle da vida humana por meio da racionalidade instrumental; na primeira, a imprevisibilidade e os seus efeitos secundários levam apenas à incerteza e à ambivalência. As formas e as medidas organizacionais, os princípios éticos e as estruturas legais válidas para a sociedade industrial não são inteiramente suficientes para dar conta das perplexidades da sociedade de risco.

Os princípios jurídicos de origem romano-germânicos norteadores da reparação do dano por via da responsabilidade civil subjetiva, por exemplo, são absolutamente ineficazes. Do mesmo modo, a responsabilidade civil objetiva pautada nos parâmetros da sociedade industrial, a partir da produção defeituosa, também não é ampla o bastante para abarcar os riscos invisíveis e as suas possíveis vicissitudes.

Se no século XIX houve a transição de uma sociedade predominantemente agrária para sociedade industrial, suscitando mudanças, o contínuo processo de modernização trouxe problemas que também demandam novas soluções. Como diria Giddens (1997, p.15), é da obsolescência da sociedade industrial que emerge a sociedade de riscos. O homem ingressou na sociedade industrial em busca das certezas, e, firmado nas ações de conhecer e dominar a natureza. Quando pensou haver dominado os processos e confirmado os princípios funcionais daquele modelo social, foi surpreendido

negativamente pela ruína de muitas delas, dentre os quais a infalibilidade da técnica e o alcance da verdade pela ciência. Pode-se dizer que as perplexidades desse novo modelo, representadas especialmente pelo risco invisível e real, motivam a humanidade global interpelada pelo perigo comum a assumir uma responsabilidade solidária em escala planetária (OLIVEIRA, 1993, p.10 e 11).

Os investimentos voltados para o desenvolvimento e a aplicação de tecnologias concorrem agora com a premente necessidade de gestão do risco, inclusive no âmbito da política (BECK, 1997). O tratamento dado ao risco não mais se limita à descrição de parâmetros estatísticos obtidos por meio de pesquisas de avaliação econômica, mas passa a ser foco de atenção pública, que exige a tomada de decisões. Também não se admite como mera externalidade do processo econômico aquilo que ceifa a paz, a estabilidade, a integridade física, moral e patrimonial da pessoa de modo assimétrico e injusto.

O processo de descoberta do risco revela duas fases (GIDDENS, 1997, p.15-16): na primeira, os efeitos e as auto ameaças são sistematicamente produzidos sem se converterem em questões públicas ou sem assumirem o centro de conflito políticos. O conceito da sociedade industrial legitima a ocorrência do risco e os cálculos estatísticos repassam a falsa aparência de que a situação está sob controle. Os riscos são previsíveis e compreendidos como meras externalidades. Na segunda fase, a problemática do risco assume contornos mais fortes e passa a dominar os debates e conflitos públicos. Agora, a sociedade industrial, produtora das ameaças reconhece a sua insuficiência para efetuar um controle absoluto³ e se dispõe ao debate para a obtenção de novas alternativas que satisfaçam a esta demanda.

Já se constatou que a práxis do *Homo Faber* não apresenta apenas um resultado imediato, mas também pode resultar efeitos a médio e longo prazos que não podem ser simplesmente ignorados. Antes o homem virtuoso era o que atinava apenas para o efeito conhecido, sem a necessária preocupação com efeitos eventuais do seu

³ Na sociedade de riscos “o conflitos da distribuição em relação aos bens (renda, empregos e seguro social), que constituíram o conflito básico da sociedade industrial clássica conduziram às soluções tentadas nas instituições relevantes, são encobertos pelos conflitos de distribuição dos malefícios. (...) Eles irrompem sobre o modo como os riscos que acompanham a produção dos bens (megatecnologia, nuclear e química, pesquisa genética, a ameaça ao meio ambiente, supermilitarização e miséria crescente da sociedade industrial ocidental) podem ser distribuídos, evitados, controlados e legitimados (GIDDENS, 1997, p.17).

comportamento. O bem ou mal presente em sua conduta era imediatamente visível e o raio de alcance de sua ação era bem delimitado⁴.

Por isso, os mandamentos éticos conduziam uma preocupação com o outro, individualmente considerado, copartícipe de um presente comum⁵. Ninguém seria molestado a responder por efeitos involuntários posteriores de um ato bem-intencionado, bem-refletido e bem-executado. Para os dias atuais, a questão é outra. E assim, Hans Jonas (2007, p.47-48) propõe uma transcendência desse universo moral preso aos coirmãos contemporâneos, para a afirmação de um novo imperativo que contemple uma proteção integral da humanidade:

Aja de tal modo a que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a terra; ou, expresso negativamente; aja de tal modo a que os efeitos da tua ação não sejam destrutivos para a possibilidade futura de uma tal vida; ou simplesmente: não ponha em perigo as condições necessárias para a conservação indefinida da humanidade sobre a terra; ou, em uso novamente positivo: inclua na tua escolha presente a futura integridade do homem como um dos objetos do teu querer. (grifos intencionais não achados no original)

Destaca que novos tipos e limites de agir suscitam uma ética de previsão e responsabilidade compatível com esses limites. Tanto maiores as possibilidades da técnica mais ampla a responsabilidade.

No ambiente de interações e riscos globais, quando se estabeleceu um mercado mundial, onde as comunicações e negociações são realizadas, em tempo real, por meio

⁴ Na expressão de Hans Jonas o bem e o mal, como qual o agir tinha de se preocupar, evidenciavam-se na ação, seja na própria práxis ou em seu alcance imediato, e não requeriam um planejamento de longo prazo. Essa proximidade de objetivos era válida tanto para o tempo quanto para o espaço. O alcance efetivo da ação era pequeno, o intervalo de tempo para previsão, definição de objetivo e imputabilidade era curto, e limitado o controle das circunstâncias. O comportamento correto possuía seus critérios imediatos e sua consecução quase imediata. O longo trajeto das consequências ficava a critério do acaso, do destino ou da providência. Por conseguinte, a ética tinha a ver com o aqui e agora, como as ocasiões se apresentavam aos homens, com as situações recorrentes e típicas da vida privada e pública (2007, p.35-36).

⁵ Hans Jonas destaca que “todos os mandamentos e máximas da ética tradicional, fossem quais fossem suas diferenças de conteúdo, demonstravam esse confinamento ao círculo imediato da ação. “Ama o teu próximo como a ti mesmo”; “Faze aos outros o que gostarias que fizessem a ti”; Instrui teu filho no caminho da verdade”; “Almeja a excelência por meio do desenvolvimento e da realização das melhores possibilidades da tua existência como homem”; “Nunca trate os teus semelhantes como simples meios, mas sempre como fins em si mesmos!; e assim por diante. Em todas essas máximas, aquele que age e o outro de seu agir são partícipes de um presente comum. Os que vivem agora os que de alguma forma tem trânsito comigo são os que têm alguma reivindicação sobre a minha conduta, na medida em que esta os afete pelo fazer ou pelo omitir. O universo moral consiste nos contemporâneos e o seu horizonte futuro limita-se à extensão previsível do tempo de suas vidas” (2007, p.36).

dos diversos modos de comunicação, dentre eles a *world wide web* e os produtos são elaborados em rede transnacional, pessoas de distintos Estados e/ou sociedades são igualmente interpeladas a discutir e a reagir às consequências resultantes dos problemas em comum. Nesta perspectiva, faria sentido a construção de uma macroética de escala planetária a qual se refere Manfredo de Oliveira (1993) que exsurge da preocupação comum de toda a humanidade com a preservação da vida no planeta. Mas, não sendo factível falar em uma macroética planetária, como se deveria tratar da problemática do risco? Quais alternativas poderiam ser oferecidas no âmbito do Direito?

Para uma questão tão complexa, não haverá, certamente, *a saída*; muitas alternativas conjuntas poderiam ser pensadas. Um caminho seria a busca do consenso, a partir dos processos linguísticos, tal como propõe Habermas, ampliando a discussão para os diversos segmentos sociais. Bobbio (1992, p.27), noutros termos, também propõe a discussão como uma forma de ampliar a aceitação social da ideia e converter o direito que se tem em direito que se quer ter.

A partir da comunicação vê-se a conformação da sociedade como um sistema que “se produz e reproduz autopoieticamente” (LUHMANN, 1996, p.7). Como uma forma de preparação para as inseguranças do futuro, o Direito funciona como um subsistema de decisão institucionalizado, instrumental à ampliação da confiança. Por meio dele, podem se positivar formas de conceber, perceber e enfrentar a incerteza em face dos riscos futuros (PEREIRA, 2006, p.182). Normas preventivas, voltadas para ampliação da segurança e novos mecanismos de reparação do dano seriam uma alternativa jurídica pragmática. Mas neste caso caberia muito mais uma reestruturação dos fundamentos éticos que justificassem a própria responsabilidade civil.

Não se trata apenas de enfrentar os danos causados injustamente, mas também de encarar os injustamente sofridos⁶. Assim, o foco do direito dos danos deve alcançar a pessoa ou a coletividade vitimada e não apenas concentrar-se na conduta do agente causador do dano. Ainda é imperioso admitir-se que a vítima pode estar em área geográfica e em tempo histórico diversos do local e do período em que se deslançou a origem do dano. Para além da pessoa, também é fundamental atinar para os danos que

⁶ É a reflexão de Julio Dias (1998, p.83) sobre as tendências no campo da reparação do dano, senão veja-se: “Descobriu-se, por exemplo, que não só existem danos injustamente causados, mas também os que, não tendo sido causados injustamente, são injustamente sofridos. Na opinião de Carlos Alberto Parellada isso determinou a passagem do direito de responsabilidade ao direito de danos; o primeiro, preocupado pelo responsável, o segundo, pela vítima”.

ameaçam a humanidade em sua existência autêntica. E ainda se devem cogitar as possibilidades de não identificação daquele que deve reparar o dano⁷, na situação de dano anônimo. Parte dessas hipóteses é tratada como excludentes de responsabilidade muito mais pela dificuldade em identificar os tradicionais pressupostos da responsabilidade do que pela ausência da legitimidade do dever de ressarcimento.

Lembra-se que o homem é um ser teleológico, que “atua em função de finalidades projetadas no seu futuro” (BOBBIO, 1992, p.51). A direção e o substrato dessa atuação, portanto, é norteadas a partir da necessidade e em vista de certas finalidades. Nestes termos, se a ampliação dos mecanismos da responsabilidade civil não fazia sentido ao tempo do apogeu da rígida teoria da responsabilidade civil subjetiva, hoje seria plenamente sustentável. É preciso superar os signos da modernidade, “que imagina os códigos do sistema como exclusivos e atribui a cada código a um único subsistema, bloqueia o horizonte de possibilidades futuras, a capacidade de auto conformação e delimitação” (GIDDENS, 1997, p.46).

A responsabilidade civil já se depara com os efeitos de uma modernidade reflexiva *que faz justiça a uma ambivalência histórica a priori e que está abolindo suas próprias categorias de ordenação* (GIDDENS, 1997, p.47). Não se olvida dizer que os efeitos da sociedade de riscos possam ser tratados e assimilados no sistema da sociedade industrial. É chegada a hora de abandonar as categorias tradicionais ou mesmo de conciliá-las com novas alternativas que melhor promovam as finalidades objetivas do instituto da reparação de dano. Utilizando a orientação de Hans Jonas (2007), tem-se de ampliar essa preocupação para além do sujeito individual ou mesmo do coletivo a fim de também alcançar os viventes do porvir. Os danos que se desenvolvem na sociedade técnico-científica têm potencial para ameaçar não apenas o sujeito singular, mas a própria humanidade.

Sem incorrer na pretensão da busca pelo fundamento absoluto das coisas, que na advertência de Bobbio (1992, p.17) seria uma tarefa vã. Ao longo da história, as experiências humanas trouxeram conquistas e provocaram novas demandas. Para circunstâncias desse matiz, o Direito recorre ao que denomina *regra do juízo*⁸

⁷ Ainda na metade do século passado, Aguiar Dias alertava que a principal pergunta da reparação do danos deve ser sobre quem deve reparar o dano e não sobre o responsável (2006, p.64).

⁸ Segundo François Ewald, “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 nunca” (2000, p.211).

(EWALD, 2000, p.211). 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 judiciárias) em referência a uma prática autopoiética. Nessa reconstrução, a atividade interpretativa do Direito (norma) poderá trazer resignificados, especialmente quando o processo reflexivo se faz com os princípios constitucionais aos quais, obrigatoriamente, se aditam aqui, os princípios gerais de direito.

Na síntese de Aguiar Dias, isso corresponderia as possíveis transformações no instituto dinâmico da responsabilidade civil que “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 vigentes” (2006, p. 25).

As balizas para essas mudanças, no campo do Direito Privado, não prescindem do influxo da dignidade da pessoa humana, com os subprincípios que sustentam a autodeterminação do sujeito e a solidariedade, fundamento da orientação distributiva do direito dos danos.

2. Solidariedade e o novo direito dos danos: a tutela da pessoa pelo direito privado contemporâneo

Na expressão de Fachin “princípios de justiça distributiva tornam-se dominantes, a ponto de serem considerados tendências mundiais da solidariedade social” (2000, p.15). Pela solidariedade busca-se fortalecer os laços de cooperação social, mantendo-se a pessoa eixo central da ordem privada. Mas a importância atribuída à pessoa tem de transcender, quando as circunstâncias exigirem, à figura do indivíduo situado num determinado tempo e espaço para garantir-se uma proteção transgeracional. No âmbito do direito dos danos é imperiosa uma política prospectiva de proteção à pessoa como representante da própria humanidade.

Ainda que se partisse de uma perspectiva utilitarista, os problemas da responsabilidade civil forçaram à transgressão da sua estrutura secular, firmada no binômio “culpabilidade – imputabilidade” para alcançar uma fundamentação pautada no risco e

solidariedade. Os efeitos danosos da intervenção do homem não se prendem no tempo ou lugar – espraiam-se para o futuro, com possibilidades cada vez mais concretas de afetação a outras gerações. Na justificativa de Aguiar Dias, “a multiplicação dos infortúnios, derivada da vida moderna, induz, com efeito, o mais egoísta, a pensar que amanhã será o seu dia de experimentar a desgraça, razão utilitária, decerto, mas nem por isso menos eficiente, para que aceite e sustente a necessidade de reparação com mais frequência do que antigamente” (2002, p.15).

Já na conclusão de François Ewald (2000, p.201-203), o homem toma a consciência da necessidade conciliar a ideia de responsabilidade à noção de seguro:

Confrontados com esta experiência nova e singular do mal que é o acidente, os homens tiveram de repensar o princípio da respectiva associação, abandonar a ideia, tão evidente, porém, de que a responsabilidade só pode ser a sanção de uma falta. Decidiram por um novo pacto social: não sendo a sociedade senão um vasto seguro contra os riscos que provoca o seu desenvolvimento, é organizando-se como um seguro que ela se acolhe à sua própria verdade. Exprimo essa ruptura pela decisiva ideia do nascimento de uma sociedade seguradora.

Mas o risco a que se refere a primeira fase da doutrina da responsabilidade civil objetiva é, em síntese, aquele risco esperado, normal, decorrente do próprio processo produtivo e que deve ser incorporado aos custos da atividade como uma internalidade. Ainda é avaliado a partir do exame de certa atividade, desenvolvida por determinado sujeito. A responsabilidade civil pautada no risco da atividade dispensava o pressuposto da culpa, mas exigia a demonstração do nexo causal entre o dano e a atividade, desenvolvida por este agente individual, pessoa física ou jurídica. A solidariedade poderia até ser admitida, na medida da culpabilidade dos envolvidos e por expressa previsão legal ou por acordo, é a dicção do artigo 265 do Código Civil Brasileiro⁹.

O risco a que se refere Beck (1997) e que é evocado por Ewald (2000) envolve outra perspectiva. Seus efeitos danosos podem assumir uma dimensão difusa e bem ulterior ao desenvolvimento de uma atividade específica, potencialmente geradora, dificultando a construção do nexo causal capaz de apontar para sujeitos individuais.

⁹ “Art.265 – A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.”

Seriam aqueles tipos de danos cuja origem a ciência desconhece ao tempo do lançamento do produto e/ou atividade e ainda que tardam a aparecer, escapando, muitas vezes, da relação intersubjetiva produtor e consumidor primário. Exemplo paradigmático seria o do dano sofrido pelas mulheres, filhas expostas de usuárias do *diethylstilbestrol* (DES)¹⁰ no período gestacional. O risco do produto somente se materializou em dano para as filhas das usuárias, vitimadas com câncer urogenital na faixa etária dos 15 aos 30 anos, e não para as efetivas usuárias. A esse tempo, passados tantos anos do consumo do produto pela geração antecedente, não se conseguia identificar o fabricante específico do produto consumido, a fim de se lhes imputar individualmente o dever ressarcitório. Quando muito se identificou o grupo de empresas que lançou a substância no mercado no período àquele tempo.

Em coerência com os signos da sociedade de riscos, seria necessária a aplicação do princípio da solidariedade e o recurso à distributividade de justiça para socorrer as vítimas do dano injustamente sofrido. E imputar o dever ressarcitório ao grupo de possíveis envolvidos nos termos da chamada responsabilidade coletiva, adotando, quiçá a estrutura da causalidade probabilística na determinação do nexos causal, talvez fosse a saída plausível.

Cresce a ideia do ressarcimento em face do dano injusto¹¹, segundo o qual o ressarcimento se coaduna com esse modelo distributivo de justiça. Não importa quem for o *responsável*, mas é preciso apontar *quem deve ressarcir*. A responsabilidade civil se fundaria no consorcio de três princípios – equilíbrio, equidade e solidariedade (MORAES, 2006, p. 19) para permitir esse ressarcimento¹². Somente assim, se viabilizará a tutela mais completa da pessoa no ambiente da sociedade pós-industrial assolada pelo medo e se contribuirá para uma ética do cuidado com a própria humanidade. Mas é bom esclarecer que na atual conjuntura de ameaças por este tipo de risco, fracos são aqueles vulneráveis à sua ocorrência. Ou seja, todos!

¹⁰ Senão veja descrição, *in verbis*: “In 1971, DES was linked to clear cell adenocarcinoma in a small number of daughters of women who had used DES during pregnancy. This uncommon cancer of the vagina or cervix is usually diagnosed between age 15 and 25 in DES-exposed daughters (1). Some cases have been reported in women in their thirties and forties”. Disponível em < <http://www.cancer.gov/cancertopics/factsheet/Risk/DES#2>> Acesso em 23 de fevereiro de 2011.

¹¹ Assim entendido como aquele dano injustificado na perspectiva da vítima, constante de lesão a uma situação jurídica subjetiva protegida juridicamente (MORAES, 2006, p.22).

¹² Como diria Díaz (1998, p.86), “uma redistribuição clara e coerente da responsabilidade, baseada em uma concepção solidarista do Direito orientada, basicamente, à proteção dos fracos”.

Essa ampliação da responsabilidade civil não porá fim aos mecanismos tradicionais de ressarcimento, visa apenas a sua ampliação por meio de alternativas mais adequadas às circunstâncias específicas. Em geral, o risco de desenvolvimento desemboca no chamado dano anônimo, para o qual a estrutura tradicional da responsabilidade civil não ofereceria outra solução que não a *irresponsabilidade*.

3. O dano decorrente do risco de desenvolvimento e o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro – algumas conclusões

Na explicação de Benjamin (1991, p.67) risco de desenvolvimento é aquele “que não pode ser cientificamente conhecido no momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após certo período de uso do produto ou do serviço. É defeito que, em face do estado da Ciência e da Técnica à época da colocação do produto ou serviço em circulação, era desconhecido e imprevisível”. Conduzem riscos invisíveis, correspondentes, por exemplo, às contaminações nucleares ou químicas, por uso de substâncias nocivas presentes na composição de alimentos ou medicamentos.

Não raro esses riscos invisíveis se materializam como enfermidades civilizatórias (BECK, 2002) que revolvem o equilíbrio das relações, abalam a paz social e os esquemas de confiança¹³. Remonte-se à discussão sobre os efeitos do uso contínuo de telefone móvel¹⁴, os efeitos de certos fármacos, à questão dos alimentos com *nitro uranos*, às incertezas sobre os transgênicos, ou mesmo o incidente causado às filhas-expostas em vista do uso de DES pelas respectivas mães. Tratam-se de produtos/atividades que tiveram ou têm a circulação/prestação permitida pelos órgãos reguladores e que mesmo assim, estão associados a danos concretos ou são vistos com suspeitas por setores da ciência.

¹³ Na percepção de Giddens, a confiança estaria intrinsecamente envolvida com as instituições da modernidade, sendo compreendida como “uma forma de fé na qual a segurança adquirida em resultados prováveis expressa mais um compromisso com algo do que apenas uma compreensão cognitiva” (1991, p.35). Orientado na perspectiva de Luhmann, Alexandre Pimenta Batista Pereira (2006, p.182), lembra que o direito estrutura “a sociedade por meio das expectativas vinculantes, de maneira tal que se possa confiar em um subsistema de decisão institucionalizado”. Na explicação de Luhmann (1996, p.15), a confiança seria uma forma de antecipar o futuro, ou o que se espera relativamente a esse futuro. Isso na tentativa de garantir-se um fluxo mais ou menos estável para o processo que se desenvolverá com a passagem do tempo.

¹⁴ A OMS financiou o programa de pesquisa denominado *Interphone*, cujos resultados preliminares, em 1994, foram assustadores por confirmar a nocividade dos efeitos das ondas eletromagnéticas. Realizada a pesquisa com um universo de 150 (cento e cinquenta) doentes, concluiu que a probabilidade de desenvolvimento de tumor no nervo auditivo é duas vezes maior entre aqueles que usam aparelho de telefone celular por mais de dez anos. Disponível em <<http://www.nextup.org/Newsfromtheworld/Interphone.php>>. Acesso em 12 de fevereiro de 2011.

Ultrapassando a dicção do Código Civil, embora este seja de publicação ulterior, o Código de Defesa do Consumidor foi mais prodigioso no âmbito da responsabilidade civil, especialmente no que se refere à solidariedade e à busca do efetivo ressarcimento, independentemente de culpa. O artigo primeiro já estabelece a intenção do Código em proteger o consumidor por meio de normas de ordem pública e, a partir do artigo sétimo, se vislumbra o espírito solidarista que informa a imputação objetiva do dever de indenizar.

Em semelhança do Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor é mais inclinado à teoria da causalidade adequada para o estabelecimento do nexu causal, elemento formal, indispensável à imputação da responsabilidade. Dispõe o art.12 que o fabricante, o produtor, o importador e o construtor são responsáveis objetivamente pelo dano causado ao consumidor por defeito de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos ou ainda por não disponibilizar informações suficientemente esclarecedoras. Estabelecendo um comparativo entre o Código de Proteção e Defesa do Consumidor Brasileiro (Lei nº 8078/90)¹⁵ e a Diretiva 374/85/CEE¹⁶, é notável a semelhança das suas redações. Mas, embora inspirado na Diretiva¹⁷, o legislador brasileiro não foi tão específico em arrolar o risco do desenvolvimento como excludente da responsabilidade do fornecedor¹⁸.

¹⁵ Lei nº 8078/90. Art. 12, § 1º. O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I – sua apresentação;

II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III – a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º. O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

¹⁶ Diretiva 85/374/CEE, Art. 6º:

1. Um produto é defeituoso quando não oferece a segurança a que uma pessoa tem legítimo direito, tendo em vista todas as circunstâncias, inclusive:

a) a apresentação do produto;

b) o uso que razoavelmente se possa esperar do produto;

c) o momento em que o produto foi posto em circulação.

2. Um produto não será considerado defeituoso pela única razão de que, posteriormente, se colocou em circulação um produto mais aperfeiçoado.

¹⁷ GRINOVER, Ada Pelegrini... [et al.]. Código Brasileiro de Defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Forense Universitária. Rio de Janeiro. 2004.p. P. 03-04: O Código, como não poderia deixar de ser, foi buscar sua inspiração em modelos legislativos estrangeiros já vigentes. Os seus redatores, contudo, tomaram a precaução de evitar, a todo custo, a transcrição pura e simples de textos alienígenas. (...). P.04: Visto agora pelo prisma mais específico de algumas de suas matérias, o Código buscou inspiração, fundamentalmente, no Direito comunitário europeu: as diretivas nº 84/450 e 85/374. P. 185: No introito do presente capítulo, já vimos que o §1º do art. 12 reproduz, literalmente, o art. 6º da Directiva nº 374/85 da CEE.

¹⁸ Art. 12, § 3º. O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I – que não colocou o produto no mercado;

II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

O fundamento material da responsabilidade civil pelo fato do produto, descrita no CDC, é o defeito que está associado à quebra do dever geral de segurança. Havendo defeito como causa adequada ao dano, haverá a responsabilidade do fornecedor. Não configurado o defeito ou não sendo este a causa adequada ao dano, não haverá a responsabilidade civil. O CDC considera defeituoso, o produto “que não oferece a segurança que dele legitimamente se espera” (art.12). No entanto, a par dessa definição genérica, o legislador impõe considerarem-se algumas variáveis, dentre elas: a apresentação do produto; o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; e a época em que foi colocado em circulação.

A dúvida que paira entre os doutrinadores é se o risco de desenvolvimento pode induzir o defeito do produto a despeito da condicionante disposta no art. 12, §1º, III, qual seja, a época em que foi lançado no mercado. Não resta dúvida de que os efeitos nocivos do produto que apresenta esse tipo de risco já surpreendem a segurança do consumidor. São efeitos inesperados que lhe surpreendem a segurança. Porém, como a legislação brasileira não é suficientemente clara a esse respeito, a doutrina diverge.

Marcelo Junqueira Calixto (2004) está entre os que defendem a qualificação dos riscos de desenvolvimento como um tipo de defeito. Portanto, a ausência de expressa excludente do risco de desenvolvimento impede qualquer interpretação extensiva para não imputação da responsabilidade. Em sua opinião, tratar-se-á de produto defeituoso (art. 12, § 1º, III, do CDC) ainda que os efeitos nocivos sejam verificados bem posteriormente à sua introdução no mercado. Na hipótese também haverá violação de uma expectativa de segurança (art. 12, § 1º, III do CDC). Lembra que o fundamento da responsabilidade, mesmo em face do risco de desenvolvimento, é a garantia constitucional de proteção à vida, saúde e segurança do consumidor – cidadão (2004, p.216).

Herman Benjamin (2000, p.67) também entende que o risco de desenvolvimento configura uma espécie de defeito – *defeito de concepção* por falta da informação de caráter científico. Na compreensão de Sérgio Cavalieri Filho (2010, p.187) e Cláudia Lima Marques (2006, p.277) os riscos de desenvolvimento são considerados modalidades de caso fortuito interno, não exonerativos da responsabilidade do fornecedor.

Em contrapartida, autores como Rui Stoco posicionam o risco de desenvolvimento entre as excludentes de responsabilidade. Segundo ele:

Pode-se afirmar que qualquer causa ou condição que tenha o poder de excluir o nexo de causa e efeito assume a qualidade de excludente da responsabilidade. Do que se conclui que, ademais do chamado risco de desenvolvimento não ser causa ou condição que empenha responsabilização, posto que a legislação de regência não previa tal possibilidade por expressa vontade do legislador, por outro lado, constitui excludente implícita da responsabilidade (2007, p.53).

Na mesma direção segue João Calvão Silva (1990, p. 646), para quem o momento adequado para a avaliação do caráter defeituoso do produto é quando da sua inserção no mercado de consumo:

Pode mesmo concluir-se que a aceitação da entrada em circulação do produto como o momento a que vão referidas as legítimas expectativas de segurança é coerente com a exclusão dos riscos de desenvolvimento do âmbito de aplicação de novo regime, dentro do pressuposto fundamental de que o produtor só responde pelos danos causados por defeitos existentes nos seus produtos à data da colocação em circulação.

Mesmo sem a unanimidade da doutrina, já se tem uma orientação expressa dos aplicadores do direito pela adoção do risco de desenvolvimento como fonte de responsabilidade civil no enunciado no.43 aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal¹⁹.

O risco de desenvolvimento não rompe o nexo causal entre a atividade ou inserção do produto no mercado e o dano tardio em sua manifestação. Nesse caso, o pressuposto para a indenização seria apenas a constatação da existência do risco de desenvolvimento e se em virtude dele irrompeu o dano”²⁰.

¹⁹ Enunciado 43 – Art. 931: a responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento.

²⁰ Em síntese bem interessante, Agostinho Oli Koppe Pereira (2005, p.20), questiona a limitação da dogmática tradicional em face dos problemas presentes na sociedade de risco, em especial, do risco de desenvolvimento, “deve-se concluir que a dogmática tradicional não possui força suficiente para dirimir os problemas advindos com a teoria do risco de desenvolvimento. A opção legal pela exoneração, ou não, da responsabilidade não soluciona problemas, mas cria problemas. Por outro lado, neste artigo se traz como proposta um aprofundamento dentro da falada hermenêutica desobjetificante, dando a entender que a

O cenário da sociedade de riscos está armado e os riscos de desenvolvimento são uma realidade. Não se pode creditar apenas ao consumidor o ônus do desenvolvimento, mitigando-lhe a possibilidade de indenização. Do contrário, para fazer valer as normas constitucionais de tutela à pessoa é importante, mais uma vez, realinhar os instrumentos de reparação do dano. Está-se diante da *segunda fase da responsabilidade civil* (VARELA, 2000, p.523) pautada agora na socialização do risco ou do dano.

Importa lembrar que, “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas” (BOBBIO, 1993, p.19). Com o avanço da indústria, se avançou da responsabilidade civil com culpa para o risco da atividade, dispensando-se o elemento subjetivo. Os temores da sociedade pós-industrial e os riscos invisíveis agora deflagram o alargamento da compreensão da causa, para possibilitar mecanismos de ressarcimento pela responsabilidade coletiva, temperando os instrumentos clássicos e alimentando a confiança social de que o Direito oferecerá alguma resposta eficaz para efeitos desse cariz.

Referências bibliográficas

ANTUNES VARELA. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Coimbra Ed., 1980, v. II.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos ET AL. **Comentário ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade** - para uma teoria geral da política. 10a ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

solução para os problemas advindos, através da teoria do risco de desenvolvimento, será encontrada a partir da análise inter-relacional da lei inserida no contexto histórico da sociedade, seus clamores, suas necessidades, visando ao sujeito enquanto elemento que é e faz história. Assim, saiu-se da dogmática, vinculada à hermenêutica tradicional, que não conseguiu solucionar as questões vinculadas à teoria do risco de desenvolvimento, para uma hermenêutica mais avançada, que, vislumbrando o contexto social, produziu a possibilidade de se trabalhar o Direito não de uma forma apenas reprodutiva, mas também criativa”.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 2003.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos de desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

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

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11^a. Edição. Atualização e comentários de Rui Berford Dias, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DÍAZ, Julio Alberto. **A responsabilidade coletiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

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.

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

GIDDENS, Antony; BECK, Ulrich e LASH, Scott. **Modernização reflexiva**. Política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: EdUNESP, 1997.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto. Editora PUC-Rio, 2006.

LIGÜERRE, Carlos Gómez. **Solidaridad y derecho de daños: los limites de la responsabilidad colectiva**. Navarra: Editorial Azarra S/A, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthrops; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: RT, 1991.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. **Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental**. Coimbra: Almedina, 2007.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. A teoria do risco de desenvolvimento. Disponível em: <http://www.unisinos.br/publicacoes_cientificas/images/stories/pdf_estjuridicos/v38n3/arto2_pereira.pdf> Estudos Jurídicos 38(3). Páginas 11-20, setembro-dezembro. Porto Alegre, 2005. Acesso em: 20/05/2010.

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/ri/Pdf/pdf_170/R170-12.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2008.

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

SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra, Livraria Almedina, 1990.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: RT, 2007.

civilistica.com

Recebido em: 8.10.2013
Aprovado em:
12.11.2013 (1º parecer)
24.11.2013 (2º parecer)

Como citar: MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito dos danos na sociedade das incertezas: a problemática do risco de desenvolvimento no Brasil. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/direito-dos-danos/>>. Data de acesso.