

A EXPANSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA  
SOCIEDADE DE RISCOS

EXPANSION OF LIABILITY IN RISK SOCIETY

Joyceane Bezerra de Menezes\*  
José Martônio Alves Coelho\*\*  
Maria Clara Cavalcante Bugarim\*\*\*

**Resumo:** Trata da expansão da responsabilidade civil como um desafio da sociedade de risco, caracterizada pelo avanço técnico-científico e a conseqüente irrupção dos riscos de desenvolvimento. Discute a necessidade de respostas no plano da reparação de dano como uma alternativa a ampliação da confiança e, conseqüentemente, da estabilidade social. O direito, como mecanismo de solução e administração de conflito de interesses tem de responder aos desafios que o cenário social apresenta redesenhando as fronteiras dos seus institutos ou permitindo a criação de novas alternativas.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Direito à reparação. Risco de desenvolvimento.

**Abstract:** This expansion of liability as a challenge of the risk society, characterized by technical-scientific advancement and the consequent irruption of risks. Discusses the need for answers in terms of repair of damage as an alternative to expansion of the trust and hence social stability. The law, as the dispute settlement mechanism and management of conflicts of interest must respond to the challenges that the social scene presents redrawing the borders of their institutes or allowing the creation of new alternatives.

**Key-words:** Liability. Right to compensation. Development risk.

---

\* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. E-mail: [joyceane@unifor.br](mailto:joyceane@unifor.br).

\*\* Doutorando em Direito pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Administração de Empresas pela Universidade de Fortaleza. Advogado e Contador.

\*\*\* Doutoranda em Engenharia e Gestão do Conhecimento pela Universidade Federal de Santa Catarina. Diretora do Centro de Ciências Administrativas da Universidade de Fortaleza. Presidente da Fundação Brasileira de Contabilidade.

## INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil preceituada pelas bases romanísticas é insuficiente para a lida com os problemas ambientais da sociedade industrial. Para admitir-se a inclusão da reparação do dano independentemente das atitudes culposa e danosa do agente causador sua estrutura foi revista, para a admissão da responsabilidade objetiva. Dispensada a imputabilidade pela apuração da culpa, a responsabilidade civil objetiva atribui maior importância ao nexo causal entre o dano e a atividade.

Ao ampliarem-se em número e intensidade os problemas ambientais nesta sociedade pós-industrial ou sociedade de riscos (BECK, 1997), institutos do Direito Civil são desafiados – dentre eles a responsabilidade civil, exatamente para oferecer resposta aos problemas que se apresentaram.

A magnitude atual da produção do conhecimento, que é bastante significativa e imprime um desenvolvimento científico célere, conduz o homem a conviver com a insegurança. A indústria de fármacos, a nanotecnologia, a engenharia genética, a indústria alimentar, os aparelhos de telecomunicação – ampliam as possibilidades de riscos à saúde e o resultado de suas atividades gera incerteza e ansiedade.

Os chamados *riscos do desenvolvimento são os efeitos negativos colaterais provenientes da utilização dos produtos industriais*, que podem ocorrer após os produtos serem fornecidos aos consumidores. Tendo em vista tais riscos potenciais, neste texto discute-se sobre a possibilidade de reparação de danos oriundos desses efeitos colaterais, quando o evento danoso se despontar. Apesar de a Europa, por meio de Diretiva da Comunidade Européia (Directiva 85/374/CEE)<sup>1</sup>, tratar o tema como excludente de responsabilidade, muito países consorciados, tais como Bélgica, Dinamarca, Grécia, França, Irlanda e Luxemburgo adotaram a alternativa de responsabilidade mitigada ou integral decorrente dos efeitos colaterais do desenvolvimento. Apesar de o Brasil não tocar explicitamente nesta questão, a doutrina já discute o problema embora apresente soluções divergentes.

O presente estudo parte de uma breve discussão sobre a responsabilidade civil no Brasil e analisa o instituto a partir das alterações propostas pelo princípio da solidariedade. Examina também a aparente insuficiência do Código de Defesa

---

<sup>1</sup> Art.6 da Directiva 85/374/CEE - “Un producto no se considerará defectuoso por la única razón de que, posteriormente, se haya puesto en circulación un producto más perfeccionado”.

do Consumidor e propõe a teoria da causalidade probabilística como alternativa à teoria do delineamento do nexu causal, a fim que o Código se torne suficiente no tratamento adequado da matéria.

## 1 A RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA EXTENSÃO

A responsabilidade civil tem natureza e classificação sistemática. Assume conotações próprias em direito público ou privado. Enquanto a responsabilidade penal clama uma contraprestação à sociedade; no plano civil predomina o restabelecimento de um interesse privado afetado pela conduta lesiva (DIAS, 2006, p. 4). Todavia, a responsabilidade civil não se caracteriza apenas como fenômeno jurídico, pois seu objeto também é observado pelas lentes da moral, da filosofia e da religião. No plano da moralidade a responsabilidade é quesito compulsório para a estabilidade das relações intersubjetivas. Do ponto de vista filosófico a responsabilidade é considerada consequência natural da liberdade. E no âmbito da religião, o homem deve se comportar de modo a não causar dano ao seu semelhante, adotando a conduta do cuidado.

Na tradição ocidental, a responsabilidade civil pode ser analisada segundo orientação francesa, por meio da qual os autores relacionam a idéia de responsabilidade à de um dever jurídico pré-existente que ao ser violado trás consequência danosa ao interesse de outrem (CAVALLIERI FILHO, 2007, p. 2). Sob esse prisma, a responsabilidade civil não se confundiria com uma relação jurídica obrigacional, propriamente, pois enquanto a obrigação implica um dever jurídico originário ou primário, a responsabilidade civil corresponde a um dever sucessivo (secundário), decorrente do descumprimento do dever originário.

São múltiplas as causas jurídicas que podem gerar a obrigação de indenizar: o ato ilícito; a violação de deveres especiais de segurança, incolumidade ou garantia impostos pela lei àqueles que exercem atividades de risco ou utilizam coisas perigosas; obrigação contratualmente assumida de reparar o dano, como nos contratos de seguro ou fiança; violação de deveres especiais impostos pela lei àquele que se encontra em determinada relação jurídica com outra pessoa – são as hipóteses de responsabilidade indireta, como a que se estabelece aos pais por ato dos filhos menores e aos tutores e curadores, em relação aos tutelados ou curatelados; e a prática de ato lícito, quando enseja a obrigação de indenizar por previsão legal.

Em matéria de responsabilidade civil é incontroverso que o dever de reparação advenha do dano causado pelo descumprimento do dever jurídico.

Em alguns casos, porém, é possível advir de dano decorrente de ato lícito. O Código Civil Brasileiro prevê a responsabilidade pela prática de ato lícito no caso do art. 929, por exemplo<sup>2</sup>.

Porém, autores como San Tiago Dantas (2001, p. 309) e Ordoqui Castilla (1996, p. 13) entendem que a responsabilidade civil seria somente aquele dever secundário de reparar, que emerge do descumprimento do dever primário. Associam a responsabilidade civil ao ato ilícito<sup>3</sup>. Essa compreensão de responsabilidade civil é caracterizada pela importância exacerbada que se dá ao conceito de ato ilícito (dever decorrente da violação de um dever jurídico originário). Adotam-na os Códigos Civis Brasileiro<sup>4</sup> e Argentino<sup>5</sup>. Muito embora outros diplomas, a exemplo do Código Civil Português, admitam a responsabilidade civil para além do dano decorrente de ato ilícito<sup>6</sup>.

A despeito das críticas formais apresentadas por San Tiago Dantas e Ordoqui Castilla, a locução responsabilidade civil não deve ser aprisionada ao padrão da

---

<sup>2</sup> “Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á 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.”

<sup>3</sup> Sob esse argumento defende que o dano decorrente de ato lícito não se compreenda no conceito de responsabilidade civil mas se expresse como uma *obligação de compensar os danos causados por condutas lícitas*. Em sua locução “no podemos admitir que el mismo término se utilice para individualizar fenómenos jurídicos que son antagónicos totalmente, em la fuente de la obligación, en sus elementos estructurales y funcionales” (CASTILLA, 1996, p. 11-3).

<sup>4</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. [...] Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. 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.

<sup>5</sup> Art.1066.- Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto. Art. 1067. - No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia. Art. 1068. - Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades.

dogmática liberal-burguesa que orientou os códigos pós-revolução francesa. O direito existe para a sociedade e deve acompanhar as suas demandas, movido por um largo e profundo sentimento de solidariedade social (MARTINS, 1941, p. 12-3).

Aguiar Dias embora ciente sobre a necessidade de readaptação do instituto da responsabilidade civil às novas realidades, afirmava que filosoficamente, “não é possível conceber a responsabilidade sem culpa”:

A obrigação civil decorrente da responsabilidade civil, se apegada ao rigor do termo, só poderia ser entendida como consequência da conjugação destes elementos: imputabilidade mais capacidade. Nisso se acostam os adeptos calorosos da culpa. Porém, a problemática da responsabilidade civil transbordou para alcançar a finalidade impar da reparação do dano (DIAS, 2006, p. 17).

Mas, nos claros da sociedade atual, importa garantir-se o ressarcimento ao lesado, mesmo sem o pressuposto do ato ilícito *stricto sensu*. A ordem constitucional brasileira e os dispositivos infra-constitucionais permitem o restabelecimento de situações danosas quando decorrentes da prática de ato ilícito *stricto sensu*, do abuso de direito, do risco ou nas hipóteses em que se autoriza a dispensa da culpa. A doutrina e a jurisprudência caminharam mais próximas às demandas sociais no campo da reparação do dano, ampliando os domínios da responsabilidade civil de forma até permitir a hipertrofia do instituto. Na era da solidariedade, defende-se a ampliação da reparação dos danos, mesmo para além da culpa e/ou ilicitude. Cabe-nos indagar sobre os limites desta ampliação.

## 2A SOLIDARIEDADE E OS NOVOS DOMÍNIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A cadeia de solidariedade que justifica as alterações no campo da responsabilidade também se presta a sedimentar a idéia de confiança. Apesar de o desenvolvimento técnico-científico ampliar as incertezas, pela via jurídica é possível ampliar a confiança, fixando-se os pressupostos para a solução de iminentes conflitos de interesses.

A experiência contemporânea do Direito Francês permite a mudança do direito sem a necessidade de alteração dos códigos (EWALD, 2000). Por meio da

---

<sup>6</sup> ART. 483 (Responsabilidade por factos ilícitos) e as OBRIGACOES DE INDENIZACAO (Art. 562 ao Art. 572). “SEÇÃO VIII Obrigação de indemnização: ARTIGO 562º (Princípio geral) Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação. ARTIGO 563º (Nexo de causalidade). A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.”

interpretação da norma é possível melhor adequação à realidade social, mesmo sem alterar seu conteúdo. A ordem jurídica permite uma instância de reflexão sobre si mesma a partir da *regra do juízo*:

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. É uma espécie de ideal necessário, a partir do qual as liga, a sua unidade e a sua sistematicidade. Incessantemente reformulada, ela não deixa de se distanciar em relação a si mesma através dos juízos que a exprimem.” [...] Não há dúvida que seria mais justo dizer que a regra de juízo é aquilo através do qual um sistema jurídico fechado na sua ordem própria, se encontra em contato com o seu exterior: aquilo que, geralmente, se chama o social. (EWALD, 2000, p. 211-2).

Pela da regra do juízo é possível reconciliar os pontos transcendental (jurídico) e o empírico (a sociologia das práticas judiciárias). Para este autor o direito se reproduz de maneira autônoma, autopoietica (EWALD, 2000, p. 214)<sup>7</sup>. Segundo essa construção a atividade interpretativa do direito (norma) poderá trazer ressignificados, especialmente quando o processo reflexivo se faz por intermédio dos princípios gerais de direito aos quais arriscamos a aditar os princípios constitucionais. E a ressignificação da responsabilidade civil seria uma “autoconfrontação com os efeitos da sociedade de risco que não podem ser tratados e assimilados no sistema da sociedade industrial – como está avaliado pelos padrões institucionais desta ultima”. (GIDDENS, 1997, p. 17).

A reparação de danos alcançou foros de cidadania e destaque constitucional<sup>8</sup>,

---

<sup>7</sup> Nisso, parece remontar a “doutrina luhmaniana do acto de comunicação, a sua tese do encerramento da ordem jurídica enquanto ordem normativa, e da sua abertura enquanto ordem cognitiva, permitem encarar, sem contradição, sem levantar imediatas impossibilidades lógicas e epistemológicas, uma maneira de pensar a articulação entre o direito e o social. A solução tem o mérito de respeitar o ponto de vista dos actores, de não reduzir a respectiva vontade a um lógica inconsciente que só ao erudito seria perceptível, e de não ser redutora para o direito” (EWALD, 2000, p. 217).

<sup>8</sup> 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 publico 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”.

merecendo notável importância no campo das relações intersubjetivas e globais. Em razão dos processos sociais diversos, o foco da reparação se transfere da culpa para o dano, visando ressarcir ao invés de adotar reação punitiva.

É seguro que todas essas mudanças não eximem a responsabilidade subjetiva: a culpa desempenha ainda importante papel na estrutura desse instituto. Mas não se discute a aceitação da responsabilidade civil objetiva, caracterizada pela dispensa da culpa e pela manutenção da exigência do nexos causal entre o dano e a atividade do agente responsável.

Em vista da dispensa da culpa discute-se o abrigo da responsabilidade civil objetiva em ato ilícito. Para Caio Mário (1999, p. 56), a culpa ainda se conforma entre os elementos que definem o ato ilícito. Outra proposição é a de admitir a existência de ato ilícito sem culpa e para isso adota a classificação que abarca o ato ilícito em sentido amplo e o mesmo em sentido estrito (CAVALLIERI FILHO, 2007, p. 8, 10). O ato ilícito em sentido restrito corresponde ao ato ilícito expresso no art.186, CC/2002. Além disso, expressa o conjunto de pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, sendo a culpa elemento intrínseco. O ato ilícito em sentido amplo, a seu turno, faz alusão à antijuridicidade do ato, sem qualquer referência ao elemento psicológico ou subjetivo do agente. O ato é contrário à ordem jurídica mesmo sem a verificação da culpa ou dolo, sendo motivador da responsabilidade civil objetiva. Toda essa discussão se afirma pela necessidade que vêem os juristas de manter a responsabilidade civil conectada à idéia de ato ilícito.

Mas, lembrando as sugestões de Ewald (2000), é necessário romper com o apego excessivo às categorias da dogmática jurídica para alcançar as justas demandas da sociedade atual – qualificada por Beck (1997) como sociedade de riscos. Esta é o *locus* onde se ampliam os chamados riscos residuais ou de desenvolvimento. Por isso as instituições são chamadas a uma atitude reflexiva de autoconfrontação por força dos desafios que abalam os pressupostos as premissas (prefiro pressuposto a premissa, pois estas são tecnicamente, no raciocínio lógico aristotélico, as afirmações básicas que precedem a conclusão: premissa maior, menor e conclusão) do seu sistema social, político, negocial e jurídico (BECK, 1997, p. 18). A sociedade de riscos se caracteriza pela existência do medo, se contraposta à sociedade industrial que surge em meio à ameaça pela fome<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Nos termos de Beck (2002, p. 56), “em lugar de la comunidad de la miseria aparece la comunidad del miedo. En este sentido, el tipo de la sociedad del riesgo marca una época social en la que la solidaridad surge por miedo y se convierte en una fuerza política.”

A sociedade de riscos constitui uma sociedade de incertezas cuja problemática “surge na continuidade dos processos de modernização autônoma, que são cegos e surdos aos seus próprios defeitos e ameaças. De maneira cumulativa e latente, estes últimos produzem ameaças que questionam e finalmente destroem as bases da sociedade indústria” (GIDDENS 1997, p. 16).

Essa problemática evoca a autolimitação do desenvolvimento industrial e as conseqüentes alternativas, padrões de responsabilidade, segurança, controle, limitação do dano e distribuição das conseqüências do dano. É necessário, doravante, cotejar as ameaças potenciais. O problema central é que essas ameaças escapam à percepção sensorial e ao próprio domínio do conhecimento científico (GIDDENS, 1997, p. 17). O conceito de sociedade de riscos provoca transformações notáveis e sistêmicas em três áreas de referência<sup>10</sup>.

Em virtude dessas injunções é que se delineiam os novos rumos da responsabilidade civil e que se desperta para analisar o impacto do risco de desenvolvimento no âmbito da reparação de danos. Parte-se da hipótese de que a responsabilidade civil ou a reparação do dano se comporta como um instituto plástico, que absorve as mudanças capitaneadas pelo desenvolvimento econômico, industrial, técnico e tecnológico. Vale a citação de Monteiro:

---

<sup>10</sup>Segundo Giddens (1997, p. 17-8) essas mudanças podem ser sinteticamente descritas nos seguintes termos: “Primeiro há o relacionamento da sociedade industrial moderna com os recursos da natureza e da cultura, sobre cuja existência ela é construída, mas que estão sendo dissipados no surgimento de uma modernização amplamente estabelecida. Isso se aplica a natureza não humana e a cultura em geral, assim como aos modos de vida culturais específicos (por exemplo, a família nuclear e a ordem baseada na diferença entre os sexos) e aos recursos de trabalho social. [...] Segundo, há o relacionamento da sociedade com as ameaças e os problemas produzidos por ela, que por seu lado excedem as bases das idéias sociais de segurança. Por essa razão, assim que as pessoas tomam consciência delas, são capazes de abalar as suposições fundamentais de ordem social convencional. Isso se aplica a componentes da sociedade como os negócios, o direito ou a ciência, mas se torna um problema particular na área da atuação política e da tomada de decisões. [...] Terceiro, as fontes de significado coletivas e específicas de grupo (por exemplo, consciência de classe ou crença no progresso) na cultura da sociedade industrial estão sofrendo exaustão, desintegração e desencantamento. Estas deram apoio às democracias e às sociedades econômicas ocidentais no decorrer do século XX e sua perda conduz à imposição de todo esforço de definição sobre os indivíduos; é isso que significa o conceito do processo de individualização. Mas agora a individualização tem um significado bem diferente. Para Georg Simmel, Emile Durkheim e Max Weber, que teoricamente moldaram este processo e esclareceram em vários estágios no início do século XX, **a diferença está no fato de que atualmente as pessoas não estão sendo libertadas das certezas feudais e religiosas-transcendentes para o mundo da sociedade industrial, mas sim da sociedade industrial para a turbulência da sociedade de risco global.**

como regra de conduta destinada a disciplinar a vida humana em sociedade, o direito não poderá alhear-se da realidade concreta que pretende conformar, a fim de se manter apto a ajuizar correctamente dos problemas e a fornecer respostas actualizada às renovadas necessidades práticas da vida. Só desta forma se evitará um divórcio entre o direito e a vida e se impedirá a revolta dos factos contra o código (2003, p. 14).

E, continua, explicando sobre a plasticidade dos institutos jurídicos e sua função transformadora,

O direito não é mera regra técnica, despida de significações valorativas, determinada exclusivamente pela necessidade de resolver de forma coercitiva interesses em conflito. Ao mesmo tempo que desenvolve uma função de disciplina e harmonia dos interesses contrapostos do homem em sociedade, o direito procura exercer uma função pedagógica sobre o comportamento humano, orientando-o segundo determinado modelo, enformado pelas concepções de justiça da sociedade (espácio-temporalmente situada), em ordem à realização dos objectivos e valores comunitários (2003, p. 15).

Em sua função dinamizadora e de modelação, oferecendo-se como um sistema aberto, o Direito deve acompanhar e orientar a evolução social da qual ele também é agente ativo. Afinal, “a sua permeabilidade às transformações da realidade económica e social é, assim, conscientemente assumida, tendo em conta precisamente a historicidade e a natureza prática do universo normativo.” (MONTEIRO, 2003, p. 17).

Para Orlando Gomes “nenhum direito [...] admite uma paralisação no tempo: mesmo que as normas não mudem, muda o entendimento das normas, mudam os conflitos de interesses que se têm de resolver, mudam as soluções de direito, que são o direito em ação. Nenhum direito é definitivamente factum: é sempre alguma coisa *in fieri*” (apud MONTEIRO, 2003, p. 18). Em face disso, não há como omitir a possibilidade de extensão da responsabilidade civil aos problemas emergentes dessa sociedade técnico-científica.

### **3 O RISCO DO DESENVOLVIMENTO RESULTANTE DE DECISÕES TÉCNICO-CIENTÍFICAS**

O risco de desenvolvimento é “o risco 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” (BENJAMIM, 1991, p. 67). São riscos invisíveis, contaminações nucleares ou químicas, por uso de substâncias nocivas presentes na composição de alimentos ou medicamentos, muitos dos quais são imperceptíveis ao exame imediato,

desqualificados como perigosos, a despeito de carregar uma ameaça latente. Porém, “los peligros invisibles se vuelven visibles” (BECK, 2002, p. 61), pois muitos desses riscos já evidenciaram em danos, não raro qualificados como enfermidades civilizatórias.

Uma das alternativas para a estabilidade seria a ampliação da confiança. 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), 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.

Em face dos riscos futuros, vê-se no Direito uma possibilidade de decisão que leve a mitigar os efeitos negativos que a insegurança trás. Assim, a confiança ganha destaque e representa uma forma de reduzir a complexidade que produz instabilidade na relação futuro x incerteza x medo. Antecipando-se ao futuro, e, no que toca ao risco, entendendo-o por certo, apresenta-se uma decisão. A confiança ameniza o medo gerado pela incerteza, pois “designa expectativas suficientemente estáveis, cuja concretização os participantes projetam a relação com o futuro, reduzindo a complexidade social” (PEREIRA, 2006, p. 183). Importa ainda considerar que esse risco já não representa uma fenomenologia infável, mas os resultados das próprias atividades e decisões do atual modelo de sociedade (GIDDENS, 1991, p. 38).

Cabe, porém, esclarecer que o risco de desenvolvimento, conforme conceito anteriormente apresentado, não coincide exatamente com o *risco* que justificou a emergência da responsabilidade objetiva, a partir da teoria francesa do século XIX. Nesta fase, em que se iniciava o desenvolvimento industrial e se ampliavam as probabilidades concretas de acidente, especialmente no ambiente laboral, se fez necessário reestruturar a idéia de responsabilidade civil calcada somente na culpa. Mediante o lema central de que “todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter agido ou não com culpa” (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 128), o ponto fundamental da responsabilidade civil migraria da culpa para a causa. Atribuía-se a responsabilidade civil objetiva aquelas atividades eminentemente perigosas,

por excelência. Porém havia possibilidade de construção do nexos causal entre o dano e o responsável pela atividade lesiva, ainda que lícita. Assim, mantinha-se maior atenção à causa a fim de justificar esse nexos entre o dano e a atividade.

Se não há como reduzir ou extinguir o risco, é curial garantir-se a confiança nas relações sociais, a partir de vários mecanismos dentre eles o Direito, conforme já descrito (GIDDENS, 1991). Neste aspecto, é importante e vital restabelecer as regras e as bases das decisões, as relações de validade e a crítica das consequências imprevisíveis e irresponsáveis (BECK, 1997). E é aqui que se propõe, inclusive, uma releitura da teoria da causa, em especial à teoria da causalidade adequada.

#### 4 A TEORIA DE CAUSA E A INSUFICIÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

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 do dever de indenizar.

Em semelhança do Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor também adota a teoria da causalidade adequada como critério que identifica o nexos 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.

No entanto, o parágrafo primeiro explica que produto defeituoso é o que não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, a partir de sua apresentação, o uso e riscos que ordinariamente apresentam e a *época em que foi colocado em circulação*.

Somente em vista do art.12, §1º, inciso III, já se teria um entrave no reconhecimento de defeito relacionado àquele risco do desenvolvimento<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup>No mesmo sentido é a legislação que orientou a construção do CDC. A Diretiva 374/85 da Comunidade Económica Européia em especial seus arts. 6º e 7º. Veja-se, por exemplo, Diretiva 374/85/CEE, “Art. 6º: 1. Um produto é defeituoso quando não

Ora, o risco de desenvolvimento é a variável desconhecida no momento da introdução do produto no mercado, mas que pode, em tempo bem ulterior, apresentar-se mediante efeitos nefastos, inclusive. Remonte-se a discussão sobre os efeitos do uso contínuo de telefone móvel, os efeitos de certos fármacos, a questão dos alimentos com *nitrofuranos*, a incerteza sobre os transgênicos. O uso de tais produtos é permitido pela Ciência e pelo Direito, no entanto, após um tempo, é possível diagnosticar-se efeitos nocivos associados ao seu consumo.

Não caberia a aplicação das regras de imputação do CDC para efeito de indenização de eventuais danos. Até porque, ainda a título exemplificativo, o art. 12, §3º do citado diploma traz excludentes de responsabilidade, afirmando que o fornecedor não será responsabilizado se provar que o defeito inexistiu. Ora, a considerar as condicionantes qualificadoras do *defeito* descritas no art. 12, §1º, não haveria defeito no produto associado a dano derivado do *risco de desenvolvimento*.

O art. 7º, alínea e, Diretiva 374/85/CEE, é enfático em estabelecer os efeitos do *risco de desenvolvimento* como excludentes de responsabilidade, senão veja-se: “Art. 7º. Em aplicação à presente Diretiva, o produtor não será responsável se provar: e ou que, no momento em que o produto foi posto em circulação, o estado dos conhecimentos científicos e técnicos não permitia descobrir a existência do defeito”.

Ora, a responsabilidade civil objetiva somente é possível em face da lei ou do risco intrínseco à atividade. Na hipótese do risco de desenvolvimento, não necessariamente se terá em foco um desenvolvimento de uma atividade *intrinsecamente* perigosa, do mesmo modo, se admitida a influência do direito do consumidor, por exemplo, ter-se-ia a problemática da excludente da responsabilidade. Portanto qual seria a saída? Antes de uma definição legislativa, caberia uma atividade hermenêutica mais rigorosa no sentido de apurar a cláusula geral de tutela da pessoa humana, representada em seu princípio da dignidade?

Por uma resposta literal pode-se informar a ausência expressa da excludente *defeito oriundo risco de desenvolvimento*, no art. 12, parágrafo terceiro, que

---

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.”

---

elena as hipótese de exclusão da responsabilidade. Mas, interessante advertência se extrai da construção de Agostinho Oli Koppe Pereira (2005, p. 14):

A dogmática jurídica estabelece limites estreitos para a interpretação da lei uma vez que pretende ser apenas um instrumento de aplicação do Direito”. E se ancora no argumento de Lênio Streck (2005, p. 93) para quem “o discurso jurídico-dogmático, instrumentalizador do Direito, é importante fator impeditivo/obstaculizante do Estado Democrático de Direito em nosso país – e portanto, da realização da função social do Direito –, traduzindo-se em uma espécie de censura significativa”. Segundo Streck, o Judiciário consegue enfrentar problemas rotineiros e estandardizados, mas em face de questões “macrossociais, transindividuais e que envolvem, por exemplo, a interpretação das ditas normas programáticas constitucionais, tais instancias, mormente o Judiciário, procuram, nas brumas do sentido comum teórico dos juristas, interpretações despistadoras, tornando inócuo/ineficaz o texto constitucional (2005, p. 93).

O direito constitucional brasileiro informa um direito geral de ressarcimento a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e do próprio sistema de direito fundamental. Tepedino apresenta a cláusula geral de tutela, compreendendo a pessoa como “um valor unitário e que os seus interesses relativos ao ser, mesmo dotados de características conceituais próprias, apresentam-se substancialmente interligados” (2001, p. 42). Embora constituindo direitos autônomos, os direitos de proteção à pessoa representam uma disciplina específica do concreto desenvolvimento, consubstanciada como uma cláusula geral de tutela que se legitima no princípio da dignidade da pessoa humana.

Não dissociado desse direito geral de tutela está o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Brasileira (art. 1º, III, CF/88). Este, substrato material dos direitos humanos e, por conseguinte, dos direitos fundamentais, que tendem a explicitar e satisfazer as necessidades das pessoas na esfera moral (LUÑO, 1995, p. 318). Um *Princípio constitucional conformador* (CANOTILHO, 1993, p. 178) que expressa o cerne político da Constituição.

O valor reconhecido à pessoa pelos sistemas jurídicos modernos, justifica uma tutela integral, fundamenta os direitos de personalidade. Voltando a Perez Luño (1995, p. 318), a dignidade da pessoa humana demanda o direito ao pleno desenvolvimento da personalidade:

constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva de pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. El desarrollo de la personalidad supone, a su vez, de un lado, el reconocimiento de la total *autodisponibilidad*, sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; de otro, la *autodeterminación* (Selbstbestimmung des Menschen) que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza”.

Em assim sendo, há que se pensar na proteção da pessoa para além dos riscos derivados dos defeitos qualificados numa legislação de carácter temporal que é o CDC. É imperioso garantir-lhe a tutela macro permitida pelos princípios constitucionais, em face de uma realidade desafiadora e atemorizadora que são os riscos de desenvolvimento.

Trata-se daquilo que Varela (2000, p. 523) chamou *segunda fase da responsabilidade civil* pautada na socialização do risco ou do dano. Nesta há que se assegurar a indenização ao lesado mesmo nas situações em que se desconhece o autor da lesão ou quando este não tem como efetuar a reparação.

## 5 A CAUSALIDADE PROBABILÍSTICA COMO ALTERNATIVA AO NEXO CAUSAL

É coerente qualificar grande parte dos danos emergentes em uma sociedade de riscos como dano injusto. Orlando Gomes aludiu à idêia de dano injusto em semelhança ao que prelecionou Cunha de Sá: “contrariedade ao direito, e não ao efeito dessa mesma conduta sobre direitos subjetivos ou interesses de outrem (ou seja, à lesão ou ameaça da lesão aos mesmos)” (2005, p. 503). Sendo mais claro, reconhece ainda como ilicitude “a contradição lógica entre o valor do comportamento assumido e o valor da específica proibição normativa para fundamentar um juízo objectivo sobre o acto, independente da vontade e da liberdade do agente, que poderão condicionar, isso sim, a responsabilidade do mesmo pelas conseqüências danosas que o seu ato provocou” (CUNHA DE SÁ, 2005, p. 509).

O dano é injusto quando decorre de atividade lícita, mas fere aspectos fundamentais da dignidade da pessoa humana. Findaria por incorrer em certa medida de antijuridicidade. E assim impõe o dever de ressarcimento: afinal qual seria a função social da norma que imputa o dever de indenizar se não a recomposição patrimonial ou a compensação moral do lesado por dano injusto? Ainda mais se considerar-se o plano de uma sociedade cuja regulação acontece a partir da confluência do princípio da solidariedade social e da cláusula geral de tutela da pessoa? Os danos emergentes do risco de desenvolvimento não devem ser suportados pela pessoa como resultado de uma mera externalidade. Devido a importância do ressarcimento, cresce a idêia do direito dos danos.

Pereira (2006, p. 187) cita um caso paradigmático submetido a julgamento, na Holanda, no qual houve a condenação de empresas, que forneceram medicamentos à base da substância *diethylstilbestrol(DES)* ao pagamento de indenização a um grupo de mulheres vitimadas por câncer associado ao uso da substância. Pesquisadores descobriram um vínculo estatístico entre a utilização

da DES, por mulheres grávidas (indicado para evitar nascimento prematuro) e a formação de câncer urogenital em meninas oriundas daquelas gestações. Todavia, a despeito de as autoras da ação não terem identificado as empresas farmacêuticas que efetivamente comercializaram o produto na época de ocorrência da doença, elas informaram o conjunto das empresas que fabricaram o remédio ao tempo em que suas respectivas genitoras dele fizeram uso.

A Suprema Corte holandesa condenou à responsabilidade solidária aquelas companhias farmacêuticas. O fundamento foi o efetivo lançamento do produto no mercado e o subsequente dano a ele associado. Não se perscrutou sobre a empresa da qual as vítimas efetivamente adquiriram o produto.

Propõe-se uma correção entre a causalidade e à idéia de maior probabilidade e não à idéia de certeza inexorável (MULHOLLAND, 2009). Um acontecimento pode até não desencadear um determinado efeito, mas pode aumentar significativamente a probabilidade de sua ocorrência. Usando a expressão de Marco Capocchi, “parlare di causa significa parlare di probabilità e di aumento di rischio della produzione di un evento” (2009, p. 95-6).

Para aplicar a presunção de causalidade é imperioso conceituar o que se entende por presunção, estabelecer os critérios jurídicos em que se estabelecerá tal presunção e identificar as situações nas quais essa ferramenta poderá ser utilizada. Em resposta,

entende-se por presunção um mecanismo lógico que possibilita a identificação de determinada situação como sendo semelhante à outra já reconhecida e assimilada. Dada a certeza e veracidade sobre um fato, ou acontecimento, presume-se que outro fato que com o primeiro se assemelhe em condições e requisitos seja também certo ou verdadeiro, num movimento de inferência que reconhece esta situação por meio de presunção. A presunção é, portanto, o convencimento antecipado da verdade provável a respeito de um fato desconhecido, mediante fato conhecido e conexo. (MULHOLLAND, 2009, p. 197).

Na explicação complementar de Francisco José Marques Sampaio (2002, p. 217-8), as presunções são técnicas de elaboração do direito e, no plano da atividade jurisdicional “se apresentam como meios de provas, ou de suprir a ausência ou impossibilidade de provar-se certo fato por via direta e sua utilização contribui para dar estabilidade e economia à aplicação do direito”. De modo diverso daquela prova que consiste na certeza do fato, a presunção representa a sua probabilidade.

*Presumption* em *The Blackwell Dictionary of Western Philosophy*: “a presumption is a thesis that is avowedly not know (i.e. know to be true), but having some claim – however tentative or imperfect – to be regarded as a true”<sup>12</sup>. Quando a veracidade dos fatos não foi ainda esclarecida, a presunção pode ser

uma verdade aceitável, mas não conclusiva. Biparte-se em duas modalidades: a presunção legal, que deriva da própria leitura da lei (ex. comoriência) e a presunção simples ou de fato, que se infere da observação dos fatos, correspondente à presunção de causalidade.

Relativamente àquelas atividades de altíssimo teor de periculosidade, a exemplo das atividades nucleares (lei no. 6.453/77) ou mesmo nas hipóteses dos danos ambientais (Lei no. 6.938/81), já se vislumbra uma presunção legal absoluta de causalidade, aplicando-se o dever de indenização sem excludentes de fatores fortuitos concorrentes.

A presunção legal se assemelha a uma verdadeira isenção de prova (MULHOLLAND, 2009, p. 201) para quem há de se beneficiar do instituto, fazendo recair para o outro interlocutor o dever de provar a improcedência ou inverdade do fato presumido.

Por outro lado, a probabilidade simples ou de fato vem sendo desenvolvida pelo ordenamento pátrio em sintonia com a idéia de justiça distributiva e o princípio de solidariedade social, nas situações em que a prova do nexa seria por demais difícil ou mesmo impeditiva do direito ao ressarcimento. E, nesse aspecto, pode-se dizer que essa técnica teria guarida no Código de Processo - quando dispensa a prova ante aos fatos notórios, afirmados ou confessados pelas partes, admitidos como incontroversos, no processo ou em cujo favor milite a *presunção legal* de existência ou veracidade (art. 334, do CPC).

A presunção legal é utilizada nas hipóteses de doenças laborais para o reclamo da indenização previdenciária por incapacidade laboral, por exemplo. A presunção de fato atua como prova indireta. Por meio da análise do caso concreto, o aplicador do direito a utiliza os indícios apresentados aos autos como motivadores da presunção. Por exemplo, estudos realizados por agências de pesquisas, universidades, apontando o elevado potencial nocivo de um certo produto na contração de doença específica. Seria aqui a manifesta aplicação do art. 335<sup>13</sup> do CPC combinada com os artigos 4º e 5º. Da Lei de Introdução do Código Civil, como uma ferramenta processual. Não se trata aqui de inversão do ônus da prova, cuja utilização depende de expressa previsão legal.

Do exposto, a presunção de causalidade se comporta como uma espécie de

---

<sup>12</sup> “A presunção é uma tese que declaradamente não se é verdadeira, mas que é aceita como uma possível e provisória verdade”. (tradução pelo próprio autor).

<sup>13</sup> Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

presunção de fato, autorizando ao juiz, no exame do caso concreto, considerar uma ligação causal entre o dano e a anterior conduta provavelmente a ele correlacionada. Ocasão em que “o juízo de convencimento do magistrado é calcado, portanto, num juízo de probabilidade e previsibilidade da causalidade, considerando-se o raciocínio lógico-dedutivo do juiz no sentido de presumir que o resultado se deu como narrado por uma das partes”. (MULHOLLAND, 2009, p. 205).

Na explicação de Candido Dinamarco, probabilidade é “a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição sobre os motivos divergentes. A probabilidade é menos certeza, porque, lá, os motivos divergentes não ficam afastados, mas somente suplantados; e é mais que credibilidade ou verossimilhança, em que na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, tampouco ousa negar” (1999, p. 238-9). O objetivo é buscar o ressarcimento da vítima presumindo-se o nexo de causalidade.

Voltando ao emblemático caso do DES (*DIELSTILBESTROL*). O produto também foi comercializado no mercado americano para prevenir o aborto espontâneo, numa época em que inexistiam mecanismos científicos para avaliação de supostos efeitos negativos ao desenvolvimento do feto e à vida nascente. Após duas décadas de comercialização em larga escala, foi retirado do mercado de consumo por estar associado ao desenvolvimento de câncer nas pessoas originárias das gestações sustentadas por tal princípio químico. Em 1971, médicos apresentaram relatório apontando o câncer, predominantemente urogenital, na prole das mães consumidoras. O dano foi ligado ao consumo do *DIELSTILBESTROL* para efeito de indenização. Ante de se estabelecer o dever de indenizar e os sujeitos passivos da indenização, muito se debateu na tentativa de identificar o específico fabricante do qual as mães adquiriram o produto. No ano de 1980, porém, a Suprema Corte do Estado da Califórnia decidiu pela responsabilização dos fabricantes do *DIELSTILBESTROL* na medida de sua participação no mercado americano.

Trata-se da aplicação da solidariedade para ampliar o círculo de responsabilidades e a possibilidade de amparo das vítimas. Se o fato se passasse no Brasil, como demonstrado anteriormente, seria admissível a solidariedade por força dos variados dispositivos (art. 7º, parágrafo único; art. 12, art. 14, art. 18, etc). Porém, uma interpretação literal do CDC (art. 12, §1º, III) poderia conduzir à excludente de responsabilidade do fabricante, na medida

em que se considerar a época em que o produto foi posto em circulação, como desqualificadora de eventual insegurança como defeito.

A contrário *senso*, aquele julgamento mostrou a aplicação inequívoca da presunção de causalidade, admitindo-se, em face dos indícios e dos estudos médicos credenciados, por mais provável do que improvável, a ocorrência do dano em função do lançamento e subsequente consumo do medicamento a base de DES.

Outra referência seriam os danos decorrentes do uso de fumígenos. Segundo os dados da Organização Mundial de Saúde, o tabagismo cresce no mundo inteiro e é responsável por 4,9 milhões de mortes anuais<sup>14</sup>. No Brasil, estima-se que cerca de 200.000 mortes/ano são decorrentes do tabagismo<sup>15</sup>. Indubitável a necessidade de apreciação judicial cautelosa sobre os casos que pleiteiam indenização em face do problema da dependência de tabaco. A par da legislação atualmente incidente, é de se perguntar sobre a conformidade da atuação dessa indústria com os princípios constitucionais de amparo à pessoa e ainda mais sobre excludente por culpa exclusiva da vítima.

Segundo Marinaccio, (2007, p. 114), 4% de todos os tumores cancerígenos que se identificam na Itália, tem origem atribuída à exposição inadequada em ambiente de trabalho<sup>16</sup>. Predominantemente o *mesotelioma* está associado ao excesso de fibras de amianto dispersas no ar e o tumor em cavidade nasal em face da exposição excessiva a mistura de poeira e pó de couro, na classe de moveleiros

---

<sup>14</sup> Dados extraídos da página do Ministério da Saúde na internet. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=dadosnum&link=mundo.htm>>. Acesso em 23/06/2009.

<sup>15</sup> Dados extraídos da página do Ministério da Saúde na internet. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=dadosnum&link=brasil.htm>>. Acesso em 23/06/2009.

<sup>16</sup> Segundo Marinaccio (2007, p. 121) “E’ indubitabile ed ampiamente dimostrato che il rischio di mesotelioma cresce al crescere dell’intensità e della durata dell’esposizione e quindi della somma cumulata delle fibre inalate. In particolare la relazione statistica più accreditata è di um e ffeito moltiplicativo del rischio pari allá terza potenza della durata del’esposizione”.

<sup>17</sup> Conforme Marinaccio, no original, “Le neoplasie per le quali la componente di rischio attribuibile all’esposizione per motivi professionali è predominante sono il mesotelioma (tumore che insorge generalmente a carico della pleura in seguito ad esposizione a fibre aerodisperse di amianto) e tumore delle cavità nasali (associate in larga misura all’esposizione professionale a polveri di legno o cuoio. Numerosi studi epidemiologici hanno rilevato nei falegnami, mobiliari e carpentieri in legno un eccesso di rischio per tumori delle cavità nasali e dei seni paranasali. Nell’industria petrolchimica l’incidenza di varie patologie di tipo leucemico è stata associata all’esposizione a benzene. (2007, p. 114).

e carpinteiros. Assim como diversas patologias dentre os profissionais do setor petrolífero em razão da exposição ao benzeno<sup>17</sup>. Em razão da incidência dos problemas associados à exposição ao amianto, resvalando em mesotelioma maligno, admitiu-se a associação entre os eventos por meio da causalidade probabilística, considerando a intensidade do risco.

Na seara do direito ambiental são plurais as situações em que o risco do desenvolvimento pode surpreender negativamente a humanidade. Aqui é que devem ser atendidos os princípios gerais do direito ressarcitório, ainda que introduzindo-se “alguma flexibilidade nos critérios de determinação do nexos causal. Dessa forma será possível conciliar as exigências de racionalidade do Direito, com as especificidades da tutela ambiental, o que representa uma concretização do princípio da prevenção, entendido em sentido amplo, no domínio da responsabilidade civil em matéria de ambiente” (OLIVEIRA, 2007, p. 72).

Portanto, é necessária a releitura da causalidade e da imputação para otimização das hipóteses de ressarcimento ante aos riscos de desenvolvimento que se pulverizam de modo invisível. Alastram-se no ambiente da sociedade de risco e, ulteriormente, passam a revelar os efeitos danosos, cuja compreensão escapa a estrutura tradicional das causas.

## CONCLUSÕES

A responsabilidade civil passou por sensíveis transformações ao longo dos anos. Inicialmente para delinear a responsabilidade objetiva, cuja nota essencial é a dispensa da culpa. Mais recentemente, sob a orientação do princípio da solidariedade e da cláusula geral de tutela da pessoa se justificou a ampliação do direito ao ressarcimento.

A questão alcança relevo no ambiente da sociedade de risco que, como explicado anteriormente, é pródiga em incertezas e prodigiosa nos avanços científicos e tecnológicos. Desses processos de desenvolvimento da ciência não raro resultam efeitos danosos desconhecidos, imprevisíveis e inesperados. São os danos derivados do risco de desenvolvimento.

Considerando o princípio da solidariedade, a cláusula geral de tutela da pessoa e o princípio publicista da dignidade da pessoa humana, não é razoável menosprezar esses danos, tratando a matéria como excludente de responsabilidade. Prefiguram verdadeiros danos injustos que, na lavra dos tradicionais autores civilistas já mereciam devida atenção jurídica. Já não se pode pensar a responsabilidade apenas resultante do ato ilícito delineado pelo elemento volitivo do agente. Há que se reputar efeito aos danos decorrentes de condutas antijurídicas.

A Diretiva da Comunidade Européia (no.374/85/CEE) tratou especificamente do risco do desenvolvimento, qualificando-o como circunstância excludente do dever de reparar o dano. A par da norma comunitária, alguns países europeus optaram por admitir a reparação mesmo na hipótese de dano decorrente de risco de desenvolvimento.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro parece haver seguido a Diretiva Européia, embora não tenha sido tão expresso. Sequer prevê a locução *risco de desenvolvimento*, mas quando definiu defeito do produto, no art. 12, parágrafo primeiro, determinou que fosse observada a época de seu lançamento no mercado de consumo. No entanto, como não impôs expressamente essa excludente no artigo 12, parágrafo terceiro, é de se inadmiti-la como tal. Isso porque até mesmo o sistema constitucional brasileiro aponta para uma lógica mais ampla de reparação de dano.

É de se observar o aspecto finalístico da responsabilidade civil e a orientação geral de tutela à pessoa presente no sistema jurídico brasileiro. O Direito está atento as transformações sociais e o hermeneuta há que contextualizar a aplicação dos institutos em consonância com os seus fins sociais e a influencia das normas principiológicas. É necessário abdicar de uma dogmática jurídica limitada que engessa as possibilidades do Estado Democrático de Direito. Urge a orientação hermenêutica voltada para o alcance do bem estar social no ambiente da sociedade de riscos, cuja lógica diverge da harmoniosa sociedade abstrata que inspirou o legislador liberal.

Considerando-se o dano derivado do risco do desenvolvimento, a par da dispensa da culpa, outra dificuldade se descortina – a necessidade de reconstrução do nexa entre a causa e o dano. Mais uma vez é importante a ousadia do intérprete ir para além da tradicional causalidade adequada que apresenta limitações para solucionar.

Se a sociedade industrial permitiu concluir-se que o ônus da prova da culpa impedia à vítima o ressarcimento, o desafio da sociedade de riscos é outro: situa-se no campo das causas. Não há como demonstrar culpa e muitas vezes o estabelecimento do nexa causal é dificultoso. O juízo de probabilidades seria uma alternativa compatível com o princípio da solidariedade para compor as alternativas de reparação. Levando à vítima a possibilidade de suscitar do responsável ou dos responsáveis pela atividade que mais provavelmente haja dado causa ao estado de dano e ao prejuízo material ou não material sofrido.

## REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Buenos Aires: Editorial Paidós, 2002.

\_\_\_\_\_. 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.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTILLA, Gustavo Ordoqui. Obligacion de compensar daños causados por conductas licitas. *Revista dos Tribunais*, v. 85, n. 726, p. 11-23, abr. 1996.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso de direito*. Coimbra: Almedina, 2005.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: teoria geral*. Atualização: Gustavo Tepedino, Antonio Carlos de Sá, Carlos Edison do Rego Monteiro Filho e Renan Saad. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Revista, atualizada e ampliada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

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

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

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

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 1996.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 1995.

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.

MULHOLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

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/art02\\_pereira.pdf](http://www.unisinos.br/publicacoes_cientificas/images/stories/pdf_estjuridicos/v38n3/art02_pereira.pdf)>. *Estudos Jurídicos*, Porto Alegre, v. 38, n. 3, p. 11-20, set./dez. 2005. Acesso em: 20 maio 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, v. 43, n. 170, p. 181-189, abr./jun. 2006.

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

SAMPAIO, Francisco José Marques. *Evolução da responsabilidade civil e reparação de danos ambientais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Editora Coimbra, 1980. v. 2.

Artigo recebido em 07/02/11 e  
aprovado para publicação em 22/08/11