

O PRINCÍPIO DE FLEXIBILIZAÇÃO DO MODELO DE RESPONSABILIDADE CIVIL E A TÉCNICA DA PREDOMINANTE VANTAGEM OU MAIOR INTERESSE

1. Ainda o tema, em evolução. 1.1. Sociedade do risco. 1.2. Sintomas da atualidade do risco. 2. Os modelos inflexíveis de responsabilidade civil. 2.1. Os ensinamentos colhidos na experiência: hipóteses de perplexidade geradas pelo sistema inflexível. 3. A responsabilidade civil como um dado posto à realidade e não pressuposto. 4. A historicidade como fundamento teórico (o exemplo do precedente). 5. Uma possível solução. 6. As contribuições do debate.

Resumo: O artigo propõe que o modelo de responsabilidade civil a ser aplicado somente possa ser definido após o conhecimento do fato, variando de acordo com as suas particularidades. Como pano de fundo desta ideia cita as transformações da sociedade do risco, caracterizando-a, bem como apresenta o pensamento histórico como fundamento teórico para a solução apresentada. Sugere parâmetros para definição dos modelos de responsabilização, sempre após o fato, como a adoção da teoria do interesse ou da predominante vantagem. As contribuições acerca do tema dimanadas do debate no Grupo de Pesquisas de Direitos Fundamentais da UFBA.

1. O tema em evolução.

A maior parte do conteúdo deste artigo já foi divulgado no passado. Este, agora, é fruto do que passou, mas atualizado com o rico debate proporcionado pelo Grupo de Pesquisas em Direitos Fundamentais da Universidade Federal da Bahia, liderado pelo Professor Rodolfo Pamplona.

Como o tema chave do Grupo é o estudo de princípios, o título procurou sintetizar o que pode ser chamado de princípio e o que representa uma técnica, útil, de solução de conflitos.

1. Sociedade do risco¹.

Ensina Calmon de Passos², com força em Hanna Arendt, que o timbre maior da pós-modernidade é a insegurança, a insegurança de viver em um mundo laico, impessoal e anônimo³.

Com efeito, enquanto no passado poder-se-ia refugiar-se na segurança dos dogmas religiosos ou na proteção política de um rei onipotente e divino, hoje o homem vive o dilema de gerir o seu destino com a incerteza que lhe é inerente e inafastável. Tal estado de coisas exige o abandono das ideias absolutas e das convicções graníticas, para se permitir conviver, com naturalidade, na companhia constante do incerto.

O desafio da pós-modernidade, portanto, é administrar a insegurança e a incerteza, que ainda mais se acentuam com os avanços tecnológicos experimentados na sociedade pós-industrial, sintetizados pelas revoluções quântica⁴, informática e

¹ O batismo é controverso. O professor Washington Trindade defende, com apoio em Galbraith, J. K. (“A Era da Incerteza”) e Ilya Prigogine (“O Fim das Certezas”) que melhor seria chamar “sociedade da incerteza”.

² CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, Poder, Justiça e Processo*. Forense: Rio de Janeiro, 1999, p. 42-43.

³ Evidentemente que o regime político-econômico vivido, o capitalismo financeiro, colabora com este estado de indefinições e impessoalidade, prova disso é que o seu símbolo mais perfeito é a sociedade anônima.

⁴ A incerteza está presente mesmo na essência das ciências exatas, teórica e experimental, como ensina a filosofia da física de Werner Heisenberg com a qual, se não se pode estabelecer, na estreiteza do presente trabalho, um fundamento filosófico, é possível, de outra banda, fixar ao menos uma relação filosófica.

Com efeito, por conduto da física quântica, em especial através do contributo da escola de Copenhagen, foi possível compreender que a incerteza, a probabilidade e a imprevisibilidade estavam não apenas na precariedade do conhecimento do investigador, mas na própria experiência, no próprio dado da natureza, chegando-se mesmo a concluir que a presença do investigador pode influenciar o resultado da investigação (HEINSEBERG, Werner. *Física e Filosofia*. Brasília: Edições Humanidades, série Méris, 1999, p. 79).

Malgrado Einstein tenha sustentado que Deus não joga dados, para afastar a probabilidade e a incerteza das experiências matemáticas e físicas (vide Introdução aos Problemas da Filosofia Natural, de F. S. Northrop, texto introdutório da edição norte-americana de Física e Filosofia, op. cit, p. 09-42), a física quântica as introduziu de modo definitivo – ao menos aperfeiçoou o seu entendimento como elemento do experimento.

Na exata lição de Heisenberg: “Probabilidade em matemática ou na mecânica estatística, significa uma afirmação sobre o nosso grau de conhecimento acerca de uma situação concreta. Quando jogamos dados, não temos como conhecer exatamente os detalhes finos do movimento de nossas mãos, que determinam a maneira como caem os dados e, portanto, dizemos que a probabilidade de cair um certo número é uma em seis. A onda de probabilidade de Bohr, Kramers e Slater, todavia, significa mais que isso: ela correspondia a uma tendência para alguma coisa. Tratava-se, assim, de uma versão quantitativa do velho conceito de potência da filosofia aristotélica, que introduziu algo entre a idéia de evento e o evento real, um tipo estranho de realidade física a mediar entre a possibilidade e a realidade” (op. cit., p. 61).

A consideração da probabilidade como fator experimental faz nascer o reconhecimento das relações de incerteza, provocando uma guinada nas premissas da física newtoniana. De fato “ao invés de se

genética, progressos acerca dos quais não se pode sequer antever as consequências da sua incidência na vida cotidiana do homem comum.

A sociedade do risco é o título que se pode conferir à sociedade atual. Nela, onde medram a incerteza e a insegurança, vivem todos submetidos a grandes perigos⁵, imensos riscos, que possuem efeitos globais e massificados, gerados, sobretudo, pelo extraordinariamente rápido avanço tecnológico.

De fato, constata-se o fim de uma sociedade industrial em que os perigos eram gerados pela natureza ou pela obra de um homem ou um grupo específico de homens, derivados de ações próximas, delimitadas e precisas⁶, que cede lugar a uma sociedade

perguntar: como se pode demonstrar, no esquema matemático conhecido, uma dada situação experimental?, uma outra pergunta era feita: seria verdade dizer-se que ocorrem na Natureza somente aquelas situações experimentais que podem ser demonstradas pelo formalismo matemático? A hipótese de que isso fosse realmente verdade deu lugar a limitações no uso de conceitos que tinham sido, desde Newton, básicos na física clássica. Da mesma maneira que na mecânica newtoniana, nada impede que se fale em posição e velocidade do elétron e, além disso, pode-se observar e medir estas grandezas. Mas, contrariamente ao que ocorre na mecânica de Newton, não se pode medir simultaneamente aquelas grandezas com alta precisão arbitrariamente. De fato, o produto das duas imprecisões, em suas medidas, resultou não ser menor que a constante de Planck dividida pela massa da partícula. Relações análogas foram igualmente formuladas para outras situações experimentais. Todas elas são usualmente chamadas de relações de incerteza, diferentes instâncias do princípio da indeterminação. E, assim, aprendeu-se que os velhos conceitos não se adequam à Natureza de maneira exata” (op. cit, p. 64). Verifica-se, pois, que a par da incerteza povoar, inclusive, o campo das ciências duras, promoveu uma acentuada mudança de paradigma, como natural esperar.

⁵ No trabalho perigo e risco são utilizados para exprimir a mesma idéia, qual seja a da incerteza e insegurança. Reconhece-se, contudo, assistir razão ao rigor semântico do professor Washington Trindade para quem “o risco é uma exposição a uma contingência, a um acontecimento conhecido, mas que aceitamos (v.g. o descarrilamento de um trem), enquanto perigo é o grau maior ou menor de insegurança, posto que a ciência do trabalho (medicina, engenharia, cálculo mecânico, biologia etc.) ensina que segurança é a ausência de perigo ou pelo menos, a atenuação do perigo ínsito na atividade humana”. Tais informações foram colhidas em sala de aula e em generosas anotações de revisão disponibilizadas ao Mestrando. Pugnando pela diferenciação, entoam Morato Leite e Ayala: “Os riscos diferem, portanto, dos perigos, porque identificam uma fase de desenvolvimento da modernidade em que a interpretação das diversas ameaças a que a sociedade sempre esteve exposta ao longo da história passa a ser realizada, compreendendo-as como condicionadas diretamente à atividade humana, abandonando a leitura que as associava aos destinos coletivos. Convive-se agora com um *perfil dos riscos* específico das novas sociedades, que não se identifica a contextos espaciais ou temporais particulares, e não mais expressa o resultado exclusivo de eventos involuntários e naturais. Sob esse perfil, o conceito moderno de risco que identifica o período referido por Beck como primeira modernidade ou modernidade simples representa fundamentalmente o fim da tradição, sua limitação como referência de validade na organização das relações sociais e políticas, e, principalmente, a substituição dos padrões de justificação tradicional e do destino, por padrões baseados na certeza e na segurança da nova racionalidade científica industrial” (MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Univesitária, 2004). Na qualidade de farol que guia tais e quais entendimentos, confira-se, por todos, BECK, Ulrich. *La Invención de lo Político. Para una Teoría de la Modernización Reflexiva*. Tradução de Irene Merzazi. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 65-66.

⁶ “Os principais riscos característicos das sociedades contemporâneas são *artificiais* e de origem *tecnológica*. No passado o homem convivia com riscos de basicamente duas origens: os causados pela força da natureza, como nos desastres naturais, e os causados pela atuação direta de outros homens. O controle desses últimos riscos era o objetivo do Direito Penal clássico. Os riscos dentro da sociedade

global, impessoal, inconstante, destituída de verdades duradouras, massificada e massificante que, naturalmente, passa a produzir riscos globais, que não conhece fronteiras geo-políticas.

O exemplo acadêmico desta modalidade de perigo que a todos submete são as consequências geradas pelo dano ambiental. Com efeito, um acidente nuclear ocorrido em determinado país pode gerar nuvens de radioatividade que, conduzidas pelo vento, atingem os países vizinhos, ou um acidente ocorrido com petroleiro que contamina mar territorial de uma nação específica, mas que é conduzido para outras tantas paragens através das correntes marítimas.

Evidentemente que tais riscos não conhecem distinção de raça, orientação ideológica, ou posição econômica, aflige, em diferentes proporções⁷, é verdade, ricos e pobres⁸, de modo a mais que nunca demonstrar a fragilidade compartilhada da condição humana, posto que todos os seres humanos habitam a mesma casa, o planeta Terra, submetendo-se aos semelhantes perigos globais.

Em razão do caráter indistinto de submissão aos perigos é que o sociólogo alemão Ulrich Beck sustentou que a sociedade de riscos não pode ser dividida em classes distintas, porque não existe a classe dos potencialmente atingidos e dos imunes ao risco. O objetivo maior perseguido pela sociedade de classes foi a igualdade, ao passo que um dos maiores anseios da sociedade de riscos é a segurança⁹.

globalizada pós-industrial, porém, têm dimensão muito maior do que as ameaças do passado, pois além daqueles riscos historicamente presentes, incluem os relacionados ao uso das novas tecnologias”(GARCIA, Iberê Anselmo. O Risco Permitido como Critério de Imputação do Erro Médico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 59, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.42)

⁷ Embora todos estejam sujeitos aos riscos ambientais globais, evidentemente que aquele que tenha recursos financeiros encontra-se mais apto a enfrentá-los, buscando soluções alternativas. O exemplo de alguém que more à margem de um rio infecto, mas disponha de saldo de recursos para se mudar para um rincão ainda intocado, em comparação com outro a quem só resta continuar à margem do referido rio, bem pode figurar a assertiva aqui realizada.

⁸ “Esses riscos originados pelo uso intensivo da tecnologia são gerados em todos os países independentemente do seu grau de desenvolvimento econômico e social, já que mesmo os países menos desenvolvidos têm acesso a parte dessa nova tecnologia. Leve-se em conta, por outro lado, como já visto, que quando ocorrem danos para o meio ambiente, as consequências podem atingir a própria população local e também as de regiões distantes. Neste caso, atingem-se da mesma forma os países e indivíduos ricos e pobres, já que a deterioração do meio ambiente afeta a qualidade de vida de ambos os grupos”. (Idem, p. 43).

⁹ Trata-se de uma pretensão lógica, embora envolva uma realidade paradoxal, posto que a sociedade de riscos é a sociedade das incertezas. Afirma Beck que “[...] uma fase do desenvolvimento da sociedade moderna onde os riscos sociais, políticos, ecológicos e individuais criados pela ocasião do momento de inovação tecnológica escapam das instituições de controle e proteção da sociedade industrial” (BECK, Ulrich. *La Sociedad Del Riesgo*. Tradução do alemão de Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa

Na sociedade atual a probabilidade da ocorrência de riscos é exponencial, inúmeras vezes superior ao verificado no passado. Os padrões de exigência da vida atual, que transformam desejos em falsas necessidades - ou que criam falsas necessidades -, exigem o uso constante de tecnologia, que se manifesta pelo recurso intensivo a máquinas e equipamentos, pelo surgimento de inovações químicas e pela marcante manipulação genética. Este quadro fez com que Ulrich Beck¹⁰ intitulasse a sociedade da segunda metade do século XX como *sociedade de risco*, criando o termo hoje mundialmente difundido.

Nesta sociedade somente a insegurança é duradoura, o que conduz à incerteza, emocionalização e moralização das posturas e discursos públicos¹¹, o que, de seu turno, acrescenta em incerteza, como um processo auto-alimentador.

Em idêntica trilha, Jorge de Figueiredo Dias reconhece o advento de uma nova forma de organização social, que intitulou sociedade dos grandes riscos, em contraposição à sociedade industrial da primeira metade do século XX¹².

A sociedade dos grandes riscos se caracterizaria, no magistério do supra citado doutrinador, pelo risco atômico, diminuição da camada de ozônio, destruição ecológica, transformações genéticas, produção maciça de produtos perigosos e assemelhados. Confira-se a reprodução da lição precisa, cuja percuciência impõe transcrição:

Uma tal idéia anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência, individual e comunitária, ou provinham de acontecimentos naturais (para tutela dos quais o direito penal é absolutamente incompetente) ou derivam de acções humanas próximas e definidas, para a contenção das quais era bastante a

Borras. Madrid: Paidós, 1998). Cf., por igual, FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, 'Sociedade de Risco' e o Futuro do Direito Penal. Panorâmica de Alguns Problemas Comuns*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 55-68.

¹⁰ BECK, Ulrich, op. cit. A propósito, confira-se FERREIRA, Helene Sivini. *A Sociedade de Risco e o Princípio da Precaução no Direito Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2002, p. 21-47.

¹¹ LUHMANN, Niklas. *Die Welt als Wille ohne Vortesllung. Sicherheit und Risiko aus der Sicht der Sozialwissenschaften*. Die Polistische Meinung. Bonn: Fromm, 1986, nº 229, citado por Pablo Rodrigo Alflem da Silva (Aspectos Críticos do Direito Penal na Sociedade de Risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.46, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 77).

¹² DIAS, Jorge de Figueiredo, *O Papel do Direito Penal na Proteção das Gerações Futuras*. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, vol. 13, 2001, p. 45.

tutela dispensada a clássicos bens jurídicos como a vida, o corpo, a saúde, a propriedade, o patrimônio...; para contenção das quais, numa palavra, era bastante o catálogo puramente individualista dos bens jurídicos penalmente tutelados e, assim, o paradigma de um direito penal liberal e antropocêntrico. Aquela idéia anuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a acção humana, as mais das vezes anônima, se revela susceptível de produzir riscos também eles globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em *tempo* e em *lugar* largamente distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a *extinção da vida* ¹³.

Resta manifesto que a sociedade do risco é geradora de inseguranças, de incertezas, e a reacção temerosa a esta conjuntura tem ensejado um aumento dos seus efeitos.

1.1. Sintomas da atualidade do risco.

As considerações acima, por mim registradas em dissertação de mestrado de 2008 e colhidas em ensinamentos ainda mais antigos nunca se apresentaram tão atuais.

A eleição de Donald Trump, o resultado das eleições na Colômbia que resultaram no veto ao acordo de paz entre Estado e guerrilheiros e o *Brexit*, são elementos desta constatação.

Sem pretender fazer qualquer juízo de valor sobre estas escolhas, parece incontroverso que a sociedade de risco, atemorizada, produz escolhas que lhe geram ainda mais insegurança, em uma cadeia de contínuo agravamento.

Por igual o Direito tem caminhado por esta senda. Sem aceitar a natural e crescente insegurança da sociedade contemporânea, gera soluções herméticas que produzem o

¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal Entre a “Sociedade Industrial” e a “Sociedade do Risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43-44.

inverso do efeito desejado. No campo da responsabilidade civil esta inépcia se afigura mais nítida.

2. Os modelos inflexíveis de responsabilidade civil e a repercussão do risco.

À semelhança dos modelos europeus continentais e contemporâneos, como em Itália (arts. 2043 e 2059), Portugal (arts. 483 e 499) e França (arts. 1382 a 1986 e 1386-1), o sistema brasileiro de responsabilização adotou modelos pré-concebidos em cuja moldura os fatos precisam adequar-se.

Variando entre uma responsabilidade dependente da prova da culpa pela vítima a uma responsabilidade objetiva agravada, os modelos orbitam em diferentes matizes de dois feixes fundamentais: o da responsabilidade subjetiva e o da responsabilidade objetiva.

Em redução apertada, a responsabilidade subjetiva, para se caracterizar, não prescinde da presença de quatro elementos fundamentais: o ato ilícito ou contrário ao contrato, o dano, a culpa e o nexos causal entre o comportamento do ofensor e o resultado danoso, ao passo que a responsabilidade objetiva independe da culpa do ofensor.

Enquanto o primeiro modelo (responsabilidade subjetiva) parece mais atender a um ideal abstrato de justiça e adequação, por identificar o “culpado” à consequência de sua conduta, o segundo (responsabilidade objetiva) parece ter nascido de uma concessão desta abstração (“justiça”) à necessidade imposta pela insegurança da vida moderna de preservação do indivíduo vitimado.

No delicado equilíbrio entre o progresso coletivo e a tranquilidade do indivíduo, a responsabilidade objetiva é um peso adicional que se põe no prato do indivíduo, pendendo a balança em seu favor (ao menos no particular) e que serve de alerta e contenção ao ímpeto desenvolvimentista.

Indubitável que no cabo de guerra entre essas duas forças, a responsabilidade objetiva, hoje, ocupa uma posição de prevalência em relação à subjetiva, do que as cláusulas gerais de responsabilidade objetiva previstas no CC/2002 são exemplos (arts. 927, parágrafo único e 931). O que consistia, então, em previsão residual, atrelado a lei específica e associado a um risco elevado na conduta para direitos de

terceiros, terminou por consubstanciar-se em regra geral, sem todavia renunciar a presença do risco, ainda que não qualificado.

A responsabilidade subjetiva vigorante no século XIX e primeira metade do século XX cedeu seu espaço à responsabilidade objetiva. Vive-se, então, o império da responsabilidade sem culpa que procura apascentar a angústia de submeter-se a riscos.

Olvidou-se, todavia, que o risco hoje é inerente à vida comunitária, sobretudo nos grandes centros urbanos, bem como que, não raro, este risco é corrido predominantemente em benefício da potencial vítima.

A insegurança própria da sociedade de risco tem impactado no recrudescimento do regime de responsabilidade civil. Quanto maior o temor, maior o rigor na previsão da responsabilidade, o que é um processo traiçoeiro porque se alimenta a si próprio, repercutindo em frustração e maior sensação de insegurança.

A fabricação de molduras de responsabilização, então – mas, sobretudo, a adoção indiscriminada do modo objetivo -, dentro das quais os fatos precisam acomodar-se, muitas vezes, desconsidera as ricas características do caso em concreto e promove perplexidades, como se o Direito fosse capaz de inventar a vida e não a vida de ditar os seus passos regulatórios.

2.1. Os ensinamentos colhidos na experiência: hipóteses de perplexidade geradas pelo sistema inflexível.

É lição corrente que a responsabilidade civil dos hospitais é objetiva, até por envolver uma relação de consumo. Mas será que assim se dá em relação a todos os hospitais? Será que não se deve levar em conta as especificidades da casa de saúde?

Um hospital erigido por obra religiosa e missionária, genuinamente filantrópico, que não distribui o lucro dentre os seus associados, mas reinveste na missão deveria ter o mesmo regime jurídico de uma companhia organizada para prestar serviços de saúde e lucrar?

Um hospital público universitário que somente recebe recursos estatais e que não pode se recusar a tentar a cura do paciente, arriscando-se em cirurgias de vanguarda,

em pesquisas pouco rentáveis ou em casos de desengano, por exemplo, deve ter o mesmo tratamento jurídico de um hospital organizado para lucrar?

Não cumpriria observar estas diferenças, mormente quando se percebe que os riscos são assumidos muito mais a benefício do paciente do que da instituição filantrópica ou pública?

Não soa absurdo que nos dias atuais os hotéis e escolas ainda devam responder pelos atos praticados por seus hóspedes e educandos (art. 932, IV, CC), mesmo que não atuem com culpa, em uma modalidade de responsabilidade indireta por fato de terceiro?

A norma é tão antiga e anacrônica que se encontra em desuso. Aplicava-se quando os hotéis eram obrigados a referendar o comportamento dos seus hóspedes e por isso só os aceitavam sob recomendação, afim de que não se tornassem, afinal, casas de encontros inadequados ou furtivos.

Daquele tempo a esta parte, tudo mudou. O hotel não pode mais responder pelos atos praticados por seus hóspedes, porque não pode ser capaz de referendá-los eticamente, nem sobre eles exerce qualquer vigilância nas relações que travam com terceiros.

É o que a respeito professa abalizada doutrina pátria:

“Nos termos do art. 932, inciso IV, respondem os donos de hotéis e estabelecimentos similares pelos atos praticados pelos seus hóspedes. A regra, de origem romana, perdeu hoje o sentido, e melhor seria que o legislador de 2002 a houvesse abandonado. Como assevera Sílvio Rodrigues, ‘difícil imaginar a empresa Hilton, por exemplo, ser responsabilizada pelo dano causado a terceiro, atropelado por seu hóspede, ou por ele ferido em uma briga ocorrida na vizinhança (...) ou que a dona de uma pensão de estudantes possa ser compelida a reparar o prejuízo por eles causado ao danificarem um restaurante após libações comemorativas’ (*Direito Civil*, p. 78). Isto reforça o argumento de que a responsabilidade dos donos de hotéis e estabelecimentos similares deveria ser reconduzida ao campo da responsabilidade por fato próprio. Aliás, a menção a hotéis e similares não constava do Projeto Bevilacqua...” (*In Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da*

República, vol. II, pg. 835, por Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bondin, Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição, 2012)

A despeito disso foi prevista no não tão distante Código Civil promulgado em 2002.

Faz sentido que duas categorias tão diferentes como as células-tronco e os organismos geneticamente modificados possam, como ordena a lei 11.105/2005 (art. 20) ter o mesmo regime de responsabilização, mesmo quando os tratamentos médicos com as células-tronco não podem gerar danos contra terceiros, ao passo que os OGMs apresentam um potencial perigo coletivo ainda não devidamente esclarecido? Além da lei ter previsto a responsabilidade objetiva para ambos, previu a solidariedade na cadeia de responsabilidade, para envolver, médicos, pesquisadores, hospitais, indústrias, desrespeitando, assim, o dogma da subjetividade vinculada ao profissional autônomo, tão caro ao direito brasileiro.

Estes questionamentos foram garimpados do leito da realidade, seja através de processos judiciais vivenciados pelo autor, seja mesmo através das normas mencionadas, que optaram por soluções inadequadas e muito distantes de um ideal abstrato de justiça.

3. A responsabilidade civil como um dado posto à realidade e não pressuposto.

Vivenciar tais exemplos foi um convite à reflexão e à convicção de que o atual sistema de responsabilização, baseado em modelo pré-fixados, está a exigir aprimoramentos.

Com efeito, o modelo aplicável de responsabilidade civil ao caso em concreto não pode ser um dado pressuposto ao fato, mas um dado da realidade. Ao invés de se estabelecer um molde dentro do qual o fato deva compulsoriamente adequar-se, melhor será que o modelo se estabeleça, sempre, após conhecer o fato e respeitar as suas peculiaridades.

Afinal, por mais criativo que se tente ser jamais se poderá criar um modelo capaz de antever a riqueza dos fatos, que sempre será a locomotiva do Direito, conduzindo-o e não o reverso.

A adoção de um modelo a ser definido após o conhecimento do fato não seria inédito no direito brasileiro. Celso Antônio Bandeira de Mello já leciona que o modelo de responsabilidade a ser exigido do Estado estará na dependência da natureza do ato praticado: se omissivo a responsabilidade do estado deve ser no modelo subjetivo (*faute du service*, ausência do serviço por seu defeituoso funcionamento), se comissivo, no modelo objetivo.

Confira-se a lição consagrada:

“Em suma: a ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administrados.

Portanto, a culpa individual passa a ser apenas uma das modalidades que ensancham responsabilização do Estado (...).

É mister acentuar que a responsabilidade por “falta de serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê), não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.” (Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011, pgs. 1019/1020)

O que aqui se propõe, ao seu modo, é propagar essa conduta para todos os casos, e não apenas para a responsabilidade civil do Estado. Haveria, então, uma revisão sistêmica, em que o modelo aplicável de responsabilidade somente seria definido após o conhecimento pleno acerca do fato, aumentando as chances de acerto das soluções judiciais, tudo com base em alguns critérios que adiante serão sugeridos.

4. A historicidade como fundamento teórico (o exemplo do precedente).

E qual seria o fundamento teórico de tão profunda mudança de concepção? Como justifica-lo com base nas correntes já definidas de pensamento? Parece que a valorização da realidade e dos dados disponíveis da história, em uma corrente de

pensamento conhecida como *historicidade* pode ser a resposta a esta eventual exigência de justificação teórica.

O magistério de Felipe Peixoto Braga Netto bem apresenta a mencionada corrente de pensamento, realçando o prestígio que vem galgando nos tempos que correm:

“A experiência jurídica moderna é farta em conceitos funcionalizados. São conceitos que ultrapassam a visão puramente estrutural, estática e formal. Ganham vida ao integrarem-se, efetivamente, ao contexto histórico, não sendo possível, nem mesmo teoricamente, analisá-los sem a contrapartida das vivências sociais. Pode-se apontar, como exemplos, a função social da propriedade, do contrato, da empresa.

Trata-se de técnicas cuja ‘tecnologia’ está em construção. Não existem, para orientar as novas formas normativas, o conforto da experiência. Só a vivência dos conflitos dirá o que serve e o que pode ser redimensionado. Seria, entretanto, de ostensiva inexatidão desconhecer que os modos jurídicos estão se transformando, criando, em boa medida, estruturas inéditas. As normas deixaram de ser espartilhos formalistas, incômodos e limitadores, passando a predominar, por inspiração constitucional, as normas com contornos semânticos flexíveis, cuja concretização é confiada à hermenêutica.

Apesar das mudanças que estão alterando a feição do mundo, o direito civil não perdeu seu *locus* de profunda significação social. O que está em crise não é o direito civil, mas a ótica do oitocentos, que enxergava nele o modo de realização por excelência de propósitos argentários.

O direito civil retomou a trilha da historicidade, reassumindo compromisso com as realidades históricas, deixando para trás a postura de distanciamento e abstração.” (Peixoto Braga Netto, Felipe. *Teoria dos Ilícitos Civis*. Salvador: Juspodivm, 2014, pgs. 69/70)

Um sintoma que pode ser agregado ao prestígio da corrente de pensamento são os precedentes obrigatórios hoje vigentes no CPC, art. 927.

De fato, a consagração dos precedentes obrigatórios é uma vitória da historicidade. E não é difícil confirmar a assertiva: ora, se os precedentes representam uma forma de pensamento que a tradição considera a mais adequada e, por isso, deve ser reproduzido em conflitos idênticos, não restam dúvidas que se está com a técnica de decisão a prestigiar os dados que a realidade naquele momento apresenta.

O precedente consiste na solução forjada na experiência, identificada pela história, e ostenta, ainda, garantia de atualidade, na medida em que obriga o aplicador a, ao interpretá-lo, verificar a sua contemporaneidade, sob pena de superação ou distinção em relação ao caso em concreto.

O precedente é por igual a consagração da solução alcançada à luz do caso em concreto: parte-se do fato para construir a norma.

Deste modo, a historicidade confere embasamento teórico ao precedente obrigatório e a previsão do precedente no ordenamento jurídico, em posição de destaque, por respeitar o mesmo espírito da valorização dos fatos e das regras da experiência, confere razoabilidade à proposta de afastar os modelos de responsabilidade civil como um dado pressuposto ao fato.

Em outras palavras, a mesma ideia de valorização da experiência presente no precedente é encontrada na sugestão de se afastar os modelos pré-concebidos de responsabilidade civil, inflexíveis, para que estes somente sejam definidos após a definição dos contornos do fato.

5. Uma possível solução.

Assentado, então, que o modelo de responsabilidade civil seria definido após o fato, cumpriria ainda tentar colaborar na definição deste modelo, justamente após o conhecimento dos contornos da realidade.

Tal qual sugerido no artigo intitulado *Por Uma Nova Responsabilidade Civil na Área de Saúde*¹⁴, um critério que talvez pudesse ser de grande valia nesta definição seria avaliar a quem mais beneficia o risco corrido na atividade potencialmente danosa,

¹⁴ KRUSCHEWSKY, Eugênio. *Por Uma Nova Responsabilidade Civil na Área de Saúde: Uma Crítica ao Regime Reservado às Atividades com Células-Tronco*. Em *Temas de Direito Civil Contemporâneo*. Coord. EHRHARDT JR., Marcos. Salvador: Juspodivm, 2009, pgs. 537 e ss.

quem experimentaria com o resultado exitoso da tentativa a predominante vantagem (teoria do maior interesse ou da predominante vantagem).

Se este risco fosse corrido predominantemente a favor da vítima, como ocorre com os procedimentos médicos de vanguarda, a exemplo do transplante de células-tronco, a responsabilidade aplicável seria sempre subjetiva, dependente, então, da verificação da culpa, independentemente de haver ou não uma relação de consumo.

Se, ao contrário, o risco inerente ao negócio é naturalmente associado ao ofensor, ou é mais associado ao polo da relação jurídica ocupado pelo ofensor, como se dá nos contratos onerosos de transporte e comércio de produtos, a responsabilidade seria objetiva.

Outro critério seria avaliar se a previsão da norma encontra aceitabilidade na realidade, para afastá-la em caso contrário. Exemplificando, não se afigura razoável aplicar a regra da responsabilidade objetiva dos hotéis pelos atos praticados por seus hóspedes, isto porque a vertiginosidade da vida contemporânea simplesmente não permite que o hotel confira uma chancela moral do hóspede que alberga.

Seja para aplicar a teoria do interesse ou da predominante vantagem, seja para filtrar a norma fixa à luz da realidade, o fato é que considerar o caso em concreto para, somente depois disso, definir o modelo decisório parece respeitar a experiência, prestigiar o senso comum e se aproximar mais desta abstração perseguida que muitos almejam concretizar e batizam como justiça.

De toda sorte, o critério assentado corresponde a uma técnica de facilitação na solução de conflitos, não propriamente um princípio de regência de normas ou condutas.

Se fixar um princípio seja imperioso – e sem dúvidas que é responsável por organizar o sistema de soluções -, nele residiria a própria flexibilização do modelo de responsabilidade em convergência com o fato danoso. Assim, ter-se-ia o princípio da flexibilização dos modelos de responsabilidade civil a partir do conhecimento do fato.

6. As contribuições do debate.

O tema deste artigo foi debatido em rico encontro promovido pelo Grupo de Pesquisas de Direitos Fundamentais liderado pelo Professor Rodolfo Pamplona, na Universidade Federal da Bahia.

Do nosso diálogo resultaram algumas inquietações.

Inicialmente, surgiu o justo questionamento de se a técnica da predominante vantagem não seria apenas uma nova forma de redistribuir o ônus da prova no âmbito da responsabilidade civil. Não parece que seja, na medida em que ela responde por uma definição prévia do próprio modelo a ser aplicado.

Se, por exemplo, se decide, através da técnica, que o modelo será de responsabilidade civil objetiva, deixa de haver a questão de a quem cabe provar a culpa, porque o requisito passa a ser inexigível. Além disso, a discussão reside no campo do direito material, não processual, e se afigura como premissa organizacional dos passos que serão dados no futuro processo.

Outra indagação contributiva foi perquirir se o parágrafo único do art. 927 do CC já não faria previsão bastante para a solução das perplexidades que o princípio e a técnica procuram debelar. Também negativa a resposta.

Com efeito, o que aqui se propõe é mesmo a superação dos critérios graníticos definidos na referida norma. Para ela, sempre que houver risco inerente a atividade ou previsão legal, a responsabilidade será objetiva. No presente trabalho se cogita de responsabilidade subjetiva mesmo que haja risco inerente à atividade, cuidando de se definir previamente, à luz do fato, a quem mais interessa correr este risco. O parágrafo único do art. 927 é a antítese da ideia contida no presente trabalho.

Uma outra questão: como operacionalizar uma definição posterior de modelos no campo do processo? Não seria mais um entrave ao desenvolvimento do processo? Parece que não. Da mesma forma que um magistrado precisa, antes de inaugurar a fase probatória, sanear o feito, definindo os pontos controvertidos, delimitando o *quid juris* e porventura dispondo sobre a distribuição do ônus da prova, neste mesmo momento poderia definir o modelo de responsabilidade a ser adotado, após conhecer os fatos na descrição da fase postulatória.

Em qualquer circunstância, esta definição tem que ser prévia à produção de provas, ainda que não seja no saneador, porque conduzirá o esforço e a estratégia probatórios. Assim, pela importância desta decisão para o processo, é também de se pensar em aumentar o rol das matérias que podem ser objeto de agravo por instrumento, incluindo na previsão do art. 1.015 do CPC a decisão que flexibiliza o modelo de responsabilidade civil a ser aplicado.

Inventiva discussão foi ainda provocada no Grupo de Pesquisas, qual seja, a técnica seria capaz de transformar um modelo de responsabilidade subjetiva em objetivo? Afinal apenas o inverso foi exemplificado?

Se afigura possível sim a adoção do movimento inverso. Não sendo assim, a técnica já revelaria uma falha operativa. Deve haver liberdade para, a partir dela, se adotar qualquer modelo de responsabilidade civil, superando tendências de qualquer natureza. Um campo que pode ser de fértil aplicação é o da responsabilidade civil profissional em que, não raro, a predominante vantagem auferida é do profissional, a responsabilidade prevista é subjetiva, e os danos ao cliente são severos. A complexidade do assunto, todavia, recomenda detida reflexão que deve ser feita artigo outro.

BIBLIOGRAFIA.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011, pgs. 1019/1020.

BECK, Ulrich. *La Invención de lo Político. Para una Teoría de la Modernización Reflexiva*. Tradução de Irene Merzazi. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 65-66.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, Poder, Justiça e Processo*. Forense: Rio de Janeiro, 1999, p. 42-43.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *O Papel do Direito Penal na Proteção das Gerações Futuras*. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, vol. 13, 2001, p. 45.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Direito Penal Entre a “Sociedade Industrial” e a “Sociedade do Risco”*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43-44.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, ‘Sociedade de Risco’ e o Futuro do Direito Penal. Panorâmica de Alguns Problemas Comuns*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 55-68.

FERREIRA, Heline Sivini. *A Sociedade de Risco e o Princípio da Precaução no Direito Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2002, p. 21-47.

GARCIA, Iberê Anselmo. *O Risco Permitido como Critério de Imputação do Erro Médico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 59, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.42.

HEINSEBERG, Werner. *Física e Filosofia*. Brasília: Edições Humanidades, série Métis, 1999 p. 79.

LUHMANN, Niklas. *Die Welt als Wille ohne Vortesslung. Sicherheit und Risiko aus der Sicht der Sozialwissenschaften*. Die Polistische Meinung. Bonn: Fromm, 1986, n° 229, citado por Pablo Rodrigo Alflem da Silva (Aspectos Críticos do Direito Penal na Sociedade de Risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.46, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 77).

MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Univesitária, 2004.

PEIXOTO BRAGA NETTO, Felipe. *Teoria dos Ilícitos Civis*. Salvador: Juspodivm, 2014, pgs. 69/70.

KRUSCHEWSKY, Eugênio. *Por Uma Nova Responsabilidade Civil na Área de Saúde: Uma Crítica ao Regime Reservado às Atividades com Células-Tronco*. Em *Temas de Direito Civil Contemporâneo*. Coord. EHRHARDT JR., Marcos. Salvador: Juspodivm, 2009, pgs. 537 e ss.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena, e BONDIN, Maria Celina. *In Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição, 2012, pg. 835.