

ENSAIO SOBRE A TEORIA DA RESPONSABILIDADE NA SOCIEDADE DE RISCO

ESSAY ON THE THEORY OF LIABILITY IN RISK SOCIETY

Luiz Gustavo Boiam Pancotti*

Resumo: Este trabalho possui o objetivo de demonstrar a ausência de aptidão que a responsabilidade civil clássica possui diante da sociedade moderna. A pretensão é de fomentar a discussão sobre a modalidade de reparação do dano em face das contingências sociais, alertando sobre a questão das probabilidades e o manejo do risco, bem como a sua diferença com a situação de perigo. Para isso, foi necessário estabelecer diferenças entre a responsabilidade individual e a responsabilidade coletiva para a reparação do dano. Posteriormente, analisa-se a sociedade de risco na descoberta de novas situações de perigo e o uso da tecnologia como instrumento social para a sua aferição, mensuração e, se possível, diminuição da existência dos riscos sociais. Discute-se sobre a continuidade dos processos de modernização autônoma, como instrumento de prevenção em face às ameaças e ao mesmo tempo criadas por estas. A conclusão tem por parâmetro as ilações de Rosanvallon e Ulrick Beck, com algumas sugestões com base na prevenção e no desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Risco. Dano. Prevenção.

Abstract: This work has the aim of demonstrating the absence of fitness that classical features liability in the face of modern society. The intention is to foster discussion on the mode of repair damage in the face of social contingencies, prompting the question of odds and risk management, as well as their difference with danger. For this it was necessary to differentiate between individual responsibility and collective responsibility to repair the damage. Subsequently, we analyze the risk society in discoveries of new danger and use of technology as a tool for social their measurement, measurement,

* Advogado e Consultor Jurídico – Professor de Direito das Relações Sociais da UNIMEP - Lins/SP, Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP; Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela UNIMES/SP e Doutorando em Direito Previdenciário pela PUC/SP. Autor do livro **Conflitos de princípios constitucionais na tutela de princípios previdenciários**, Editora LTr.

and if possible decrease of the existence of social risks. Discussion about the continuity of processes modernization unattended as prevention tool against the threats and same time created this post. The conclusion is the consequences of parameter Rosanvallon and Ulrich Beck, with some suggestions based on prevention and development sustainable.

Keywords: Civil liability. Risk. Damage. Prevention.

Introdução

A pretensão aqui não é de oferecer um modelo jurídico infalível para a solução dos riscos dentro de uma sociedade moderna. Mas apenas de demonstrar que os modelos jurídicos criados na sociedade de classe não apontam mais a segurança social que outrora suportava as relações sociais.

A **relação de emprego** observada socialmente como modelo jurídico de organização de trabalho criado para solucionar a crise de uma sociedade de classe não satisfaz mais os anseios da sociedade moderna. Isto se constata pelo crescimento de inúmeros trabalhos informais, pela economia invisível e também pelas estruturas das instituições familiares.

Na mesma esteira, a ideia de seguridade social organizada de forma sistemática pelo Estado do bem-estar social (*welfare state*), com vistas à libertação da sociedade dos riscos sociais – proteção social –, não é mais apta a dar guarida às contingências do mundo moderno. De acordo

com Pierre Rosanvallon¹, esta crise do Estado-Providência está associada ao declínio do princípio igualitário como finalidade social, à automação da solidariedade e à falência do sistema Keynesiano por ser incapaz de superar as crises econômicas da atualidade.

Verifica-se, por assim dizer, que estes arquétipos de organizações sociais foram positivados no sistema do direito como forma de garantia da segurança jurídica, com vistas a solucionar situações de crise instituída em uma sociedade industrial. Dentro de uma sociedade de classe, estes instrumentos satisfaziam estas necessidades.

Por sua vez, a sociedade de risco quebra estes valores, pois não existe mais sociedade de classes naquela concepção da sociedade industrial. A sociedade moderna distribui os riscos de forma generalizada, desigual e desproporcional, isto porque os riscos criados na sociedade moderna são globalizados.

¹ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Goiânia: UFG, 1997. p. 12.

Assim, a questão social adquire uma dimensão social fazendo-se exigir uma resposta global para a proteção das pessoas atingidas.

Esta é a preocupação deste ensaio.

1 Teoria da responsabilidade

Niklas Luhmann² pergunta por que é que o indivíduo seria honesto no escuro, sem a observância dos demais? Por que ele assim o deseja ou por que há regras e procedimentos de controle dos comportamentos? Hoje se questionam os limites do direito como instrumento de controle social.³

A questão da responsabilidade é um instrumento analítico que permite articular estas duas dimensões.

A responsabilidade política e ética é um deles.⁴

A responsabilidade como conceito, por um lado, abrange o funcionamento do sistema administrativo — prestar contas dos atos e decisões, cumprir prazos e procedimentos, desempenho profissional, comportamentos neutros

e impessoais, etc. — e, por outro, afeta a produção (ou não) de confiança do cidadão no sistema.

A adesão dos indivíduos ao processo de modernização e de racionalização da administração é, além de um ato que diz respeito ao próprio interesse, um **ato de confiança** na forma como a ética profissional é respeitada pela autoridade.

O conceito de responsabilidade assegura o princípio da segurança das sociedades cada vez mais complexas.

Houve, por assim dizer, evolução no conceito do que vem a ser responsabilidade da Sociedade Agrária para a Sociedade Industrial, e desta para a Sociedade Moderna, sendo o risco social o fator de transição entre as duas últimas.

A **Responsabilidade** nada mais é do que a obrigação jurídica que um indivíduo tem em razão de uma conduta contrária à desejada tomada como pressuposto de um ato coercitivo.⁵

Este conceito evoluiu: não se toma mais como paradigma, para fins de responsabilidade jurídica, aquela feita de forma individual. Ela sai de sua compreensão

²LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Traducción Silvia Pappe, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura. Coordinador de Traducción: Javier Torres Nafarrete. 3. ed. en Español. México/DF: Universidad Iberoamericana/Colección Teoría Social, 2006.

³BOBBIO, Norberto. *Da função à estrutura*: novos estudos da teoria do direito. Barueri/SP: Manole, 2007.

⁴LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Ed. Univ. de Brasília, 1980.

⁵KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 133.

subjetiva e individual e se direciona para a concepção da responsabilidade coletiva/objetiva, por sua vez suplantada pela **teoria do risco social**.

O **fundamento** se dá pelo imperativo da nova realidade sócio-político-econômica. Com efeito: em face a uma sociedade de classe (industrial), a ordem jurídica respondia à falta de segurança diante da solução de um risco individual por meio da indenização individual (reparação do dano – material ou moral). Atualmente, diante da existência de riscos e, portanto, danos metaindividuais, globais, o modelo jurídico anteriormente idealizado para garantir a segurança social não oferece mais aporte para a paz social. Há ocasiões em que o Estado possui mecanismos de reparação, ainda que em parte, destes prejuízos sociais, como se viu no Brasil para aqueles que sofreram a Síndrome de Talidomida⁶. Por outro giro, há situações em que não há como reparar um dano social decorrente de acidente nuclear?

O risco coletivo surge na Sociedade Moderna, além de outros fatores, em razão da tecnologia e racionalização.

O **incremento do risco e o esgarçamento das relações sociais** também são fatores que contribuíram para retirar da culpa individual o

fundamento da responsabilidade civil. Trata-se da responsabilidade coletiva, consequência de uma sociedade que incorporou o risco como preço a pagar pelo progresso tecnológico. Trata-se da denominada **socialização do risco**.

Os danos decorrentes de atividades lícitas foram admitidos em benefício da convivência social, em que pese seu componente **risco** ser por essa mesma sociedade suportado, v.g. a obtenção de uma licença ambiental para o desempenho de uma atividade empresarial que utiliza os recursos naturais como fonte de insumo.

A questão da responsabilidade, relativamente às incertezas dos indivíduos e aos riscos que surgem na vida em sociedade, tem vindo a sofrer significativas transformações ao longo do processo de individualização das sociedades.

Por um lado, o processo social de individualização tem conduzido a um distanciamento dos indivíduos relativamente às comunidades tradicionais de pertença e a uma dependência institucional, laboral e urbana, que dificilmente podem, de maneira eficaz, funcionar como fatores de integração.

É nessa nova relação de dependência que se situa a expansão das incertezas com as quais o indivíduo se confronta.

⁶A talidomida é um medicamento desenvolvido na Alemanha em 1954, que pode gerar casos de focomelia — síndrome caracterizada pela aproximação ou encurtamento dos membros junto ao tronco do feto — se tomado durante a gravidez. Em 1982, por meio da Lei n. 7.070/1982, concedeu pensão alimentícia vitalícia às vítimas da síndrome, alterada posteriormente pela Lei n. 8.686/1993.

Por outro lado, a noção de risco é evolutiva e inseparável da ideia de probabilidade — cálculo das consequências possíveis.

A ideia de risco supõe que as ações não estão garantidas à partida.

Além do mais, a **sociedade de risco** é uma sociedade orientada para o futuro: assim, desligar-se do passado e das comunidades e instituições de integração introduz incertezas quanto ao futuro da ação.⁷

O que nos importa, desta forma, é esclarecer que a responsabilidade civil individual clássica observada como modelo jurídico tradicional para a solução de uma situação de crise não possui a mesma efetividade que possuía outrora para a sociedade de risco. Isto porque a segurança jurídica pretendida naquele primeiro momento estava situada dentro de uma sociedade de classe (industrial), não mais concebida na sociedade moderna. Evidente: como ressarcir um prejuízo decorrente de um ato terrorista contra um grupo social que amargura estas sequelas ao longo de sua história?

Não se busca tão somente a intenção de expressar a racionalidade

em uma metarregra jurídica, mas uma regra de otimização, vista como uma regra de um meio prudente e justo que pretende conceber a diferença daquilo que será útil para a sociedade ou não.

1.1 Breve evolução doutrinária da responsabilidade civil

No Direito romano, a contribuição para a evolução histórica desse instituto foi desenvolvida na análise de cada caso, por meio das decisões de juízes e pretores, por intermédio das respostas de jurisprudências, bem como das constituições imperiais, lugar donde foram extraídos os princípios basilares.

A ideia de responsabilidade ingressa na órbita jurídica após ultrapassada a fase da reação imediata, inicialmente grupal, depois individual, passando pela sua institucionalização, com a pena do talião, fundada na ideia de devolução da injúria e na reparação do mal com mal igual, já que qualquer dano causado a outra pessoa era considerado contrário ao direito natural.⁸

Posteriormente, a *Lex Aquilia* deu origem à chamada responsabilidade civil delitual ou extracontratual, ou seja, a chamada responsabilidade

“A ideia de responsabilidade ingressa na órbita jurídica após ultrapassada a fase da reação imediata, inicialmente grupal, depois individual, passando pela sua institucionalização, com a pena do talião, fundada na ideia de devolução da injúria e na reparação do mal com mal igual, já que qualquer dano causado a outra pessoa era considerado contrário ao direito natural.”

⁷GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. p. 130.

⁸SANTANA, Heron José. **Responsabilidade civil por dano moral ao consumidor**. Minas Gerais: Ed. Ciência Jurídica, 1997. p 04.

bilidade civil aquiliana. A ideia de pena como uma forma de sanção foi, ao decorrer do tempo, sendo substituída pela ideia de reparação do dano sofrido, finalmente incorporada ao Código Civil de Napoleão, que exerceu grande influência no Código Civil brasileiro de 1916.

Atualmente, o ordenamento jurídico vigente reconhece, expressamente, tanto a responsabilidade subjetiva (atribuída na culpa), quanto a responsabilidade objetiva (independente de culpa), senão vejamos:

A doutrina adotada pelo sistema constitucional brasileiro é o da responsabilidade objetiva do Estado. A **Constituição Federal**, promulgada em 05 de outubro de 1988, estabeleceu, por exemplo, no seu art. 37, § 6º, que:

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

No mesmo diapasão, o art. 12 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor -, previu a responsabilidade objetiva, estabelecendo que:

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, monta-

gem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Por derradeiro, o Código Civil brasileiro de 2002, conquanto repetindo, em grande parte, *ipsis litteris*, alguns dispositivos do código de 1916, e corrigindo a redação de outros, consagrou a responsabilidade civil objetiva no parágrafo único do art. 927 e previu, no art. 186, a reparação do dano exclusivamente moral.

O art. 927 do Novo Código Civil, ao disciplinar o instituto da responsabilidade civil, foi claro ao dizer que aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo, sendo que 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. Neste mister, verifica-se a adoção da responsabilidade objetiva do particular em reparar o dano em decorrência da **teoria do risco social**.

No que tange à responsabilidade nas relações de trabalho, o art. 121 da Lei Básica de Benefícios da Previdência Social é clara ao dizer que o pagamento, pela Previdência Social, das prestações decorrentes de acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem.

1.2 Modalidades de responsabilidade do risco

Com base nas lições de Miguel Horvath Jr.⁹, depara-se com as seguintes modalidades de responsabilidade baseada no risco social:

Risco - proveito: o responsável pela reparação do dano é aquele que tira proveito da atividade de risco, com base no princípio de que, onde está o ganho, aí reside o encargo. Trata-se da responsabilidade pelo risco da atividade que gera o proveito econômico. Exemplo: acidente de trânsito por empresa de transportes.

Risco profissional: sustenta que o dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado. Foi ela desenvolvida especificamente para justificar a reparação dos acidentes ocorridos com os empregados no trabalho ou por ocasião dele, independentemente de culpa do empregador.

Risco social: aprofundamento doutrinário do risco profissional, onde se enfrenta de forma específica o acidente do trabalho como risco social, pondo em voga o princípio da solidariedade social em razão da tutela do valor social do trabalho.

Risco excepcional: para os adeptos da teoria do risco excepcional, a reparação é devida sempre que o dano é consequência de um risco

excepcional, que escapa à atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça. Como exemplos, podem ser lembrados os casos de rede elétrica de alta tensão, exploração de energia nuclear, materiais radioativos, entre outros.

Risco criado: aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo. A teoria do risco criado importa a ampliação do conceito do risco-proveito. Aumenta os encargos do agente, mas é mais equitativa para a vítima, que não tem que provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano. Deve este assumir as consequências de sua atividade.

Risco integral: a teoria do risco integral é uma modalidade extrema da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência de nexo causal. Mesmo na responsabilidade objetiva, embora dispensável o elemento culpa, a relação de causalidade é indispensável. Pela teoria do risco integral, todavia, o dever de indenizar se faz presente tão só em face do dano, ainda nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior. A Constituição Federal adotou a Teoria do Risco Integral no caso de acidentes nucleares.

⁹HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 6. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

A título de exemplificação, verifica-se a adoção da responsabilidade pelos riscos no Acidente do Trabalho por meio de duas indenizações cumuláveis: a com base no **Risco Integral** decorrente do seguro social exigida perante o INSS; e a com base no **Risco Social** exigida pelo empregador se presente culpa (*lato sensu*) (Art. 7º, XXVIII da CF/1988 c.c. art. 121 da Lei n. 8.213/1991 c/c parágrafo único art. 927 do NCC).

2 Teoria da probabilidade para apuração da responsabilidade na sociedade de risco

2.1 Considerações iniciais

Noção de apuração da previsibilidade como ponto inicial sobre acontecimentos futuros ocorre da seguinte forma:

Determinismo são aqueles em que os eventos são sempre os mesmos, qualquer que seja o número de ocorrência dos mesmos.

Aleatoriedade são aqueles em que os eventos não serão previsíveis, mesmo que haja um grande número de repetições do mesmo fenômeno.

A **Teoria das Probabilidades** tem como ponto central a possibilidade de quantificar quão provável é determinado evento, observando como meta o desenvolvimento para tratar com as incertezas.

A confiança na factibilidade das relações aumenta-se ao se aceitar que existe uma correlação entre saber e realizável. Esta pretensão se corrige, em certo sentido, com o conceito de risco, assim como também com o recém-inventado cálculo de probabilidades.¹⁰

O pensamento probabilístico é útil para descrever o comportamento de grandes conjuntos. Do ponto de vista do indivíduo, a probabilidade não expressa a realidade individualmente vivida. Mas por outro lado, alimenta a consciência do risco (ou da chance) com informações (ou expectativas) dentro dos padrões de possibilidades.¹¹

Em razão disto surgiram várias teorias que buscaram definir de forma precisa o que vem a ser probabilidade.

2.2 Interpretações sobre a probabilidade

Interpretação clássica: (Laplace - 1814) que define a probabilidade como a razão entre os casos favoráveis e o total de casos igualmente possíveis, fundamentado no “princípio de indiferença”, que afirma que dois casos são igualmente prováveis se não há razão para preferir um em relação ao outro.

Interpretação frequentista: (John Venn - 1866 - Richard von Mises - 1928 - e Hans Reichenbach - 1935)

¹⁰LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Ed. Univ. de Brasília, 1980, p. 32

¹¹BRÜSEKE, Franz Josef. Risco e contingência. **Revista Socitec e-prints**. Florianópolis/SC. v. 1, n. 2, p. 35-48. jul.-dez. 2005. p. 44.

trata-se da possibilidade de jogar um grande número de vezes de moeda e anotar as frequências relativas em que cada lado ela cai.

Interpretação das propensões: (Karl Popper - 1957) é a probabilidade de um evento único. A obtenção da frequência relativa seria um procedimento para medirmos a propensão (mas não para defini-la), e seu valor seria preexistente às medições.

Interpretação logicista: (John Maynard Keynes - 1921 - Rudolf Carnap - 1950) segundo esta visão, a probabilidade de uma crença mede o grau de confiança que se pode racionalmente ter a respeito dela com base na evidência disponível. A probabilidade $p(h/e)$ seria assim uma relação lógica entre proposições: entre uma hipótese h e as evidências disponíveis.

Interpretação subjetivista: (Frank Ramsey - 1926 - Bruno de Finetti - 1937 - Leonard Savage - 1954) parte da admissão de que as probabilidades iniciais, com as quais abordamos problemas reais, são sempre subjetivas ou “chutadas”.

Interpretação bayesiana objetivista: inspirada na abordagem subjetivista, o físico Edwin Jaynes (1957) iniciou uma abordagem que procura atribuir o grau inicial de crença com base em critérios objetivos.

2.3 Risco e incerteza do evento

Nas grandes culturas antigas se desenvolviam técnicas muito diversas para fazer frente a problemas análogos. O ser humano tem enfrentado, desde sempre, a incerteza do futuro. Na maioria dos casos se confia na adivinhação e não nos estudos das variáveis da probabilidade.

O desenvolvimento tecnológico fez-se acompanhar de um modelo de bem-estar e conforto da gestação de riscos imprevisíveis e não contabilizáveis.

Orisco e o perigo surgem como diferentes manifestações a enfrentar os problemas da improbabilidade. É uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidade/improbabilidade”.¹²

Com o reconhecimento do Risco Social, a incerteza sobre eventos futuros retorna com fundamento diferente, na proporção em que os conceitos basilares da sociedade industrial são contrapostos aos novos fundamentos da modernização.

A análise do **manejo do risco** visa um programa de redução ao mínimo do arrependimento futuro em face às decisões tomadas no passado.

Em nossos dias, os riscos se investigam por meio da multiplicação da magnitude do dano e da probabilidade dele acontecer. Trata-se da realização de um controle exter-

¹²DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998. p.197.

no da ação racional. Renunciar a riscos significaria renunciar a racionalidade. Basta aceitar, em relação às consequências de decisões adotadas, diferentes divisões de probabilidade, uma vez que ao qualificar aquela como arriscada, admite-se a diversidade de seus resultados.

2.4 Risco e perigo

A distinção entre risco e perigo supõe que há uma insegurança em relação a danos futuros.

O risco de uma decisão pressupõe a consciência de danos possíveis, assim como o cálculo da decisão de viajar de avião conta com a probabilidade de chegar sem acidente aéreo ao lugar do destino. Quando acontece um desastre, o que é improvável, mas não impossível, o dano assumido torna-se algo real.¹³

Igual à distinção risco-segurança, a distinção risco-perigo tem sido conformada de maneira assimétrica. Em ambos os casos, o conceito de **risco** caracteriza um estado de coisa complexo ao que normalmente nos enfrentamos, pelo menos na sociedade moderna.

A dicotomia risco/perigo possui como pressuposto o interesse pela segurança. A distinção entre risco e perigo faz possível uma marcação para ambos os lados,

mas não aos dois lados de uma vez, como os lados de uma moeda: cada lado pertence a uma unidade, mas a sua visualização é feita em ocasiões distintas.

Assim, conforme esclarece Niklas Luhmann¹⁴, a diferença entre risco e perigo surge a partir de uma decisão. Em apertada síntese, o sociólogo diz que esta decisão tomada diante de uma situação de perigo poderá gerar a existência do risco. Exemplo: a inundação é um perigo, mas aquele que constrói sua casa no leito de um rio expõe-se a um risco. O cigarro constitui um perigo, mas aquele que decide consumir encontra-se em uma situação de risco. E mais: com a evolução da tecnologia e da racionalização descobriu-se ainda que o próximo daquele de quem fuma também sofre as consequências maléficas do tabaco, denominado fumante passivo. Portanto, conclui-se que o risco, seja ele individual ou coletivo, sempre existiu. O que se percebe é que a evolução tecnológica nos apresenta situações antes não imagináveis, novas.

Pois bem, diante desta técnica de apuração de perigo e risco é que se detecta a responsabilidade pelo dano ocorrido. Isto é, ao responder a seguinte pergunta vislumbra-se o responsável: parte de quem surgiu a decisão

¹³BRÜSEKE, Franz Josef. Risco e contingência. *Revista Socitec e-prints*. Florianópolis/SC, v. 1, n. 2, p. 35-48. jul.-dez. p.37.

¹⁴LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingência en la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós, 1997. p.45.

que diante daquela situação de perigo criou-se aquela situação de risco? Quem deixou que um grupo de moradores residisse em área que anteriormente era um aterro sanitário? Ao responder esta pergunta identifica-se sobre quem recai a responsabilidade.

Note-se também que a ausência de decisão também gera uma situação de risco em face de sua conduta omissiva. Omitir a prevenção se converte também em um risco, ainda quando se trate somente de perigos em sentido de catástrofes naturais. Evidentemente, dentro da política é mais fácil distanciar-se dos perigos que dos riscos e isto ocorre assim inclusive quando a probabilidade de dano ou a dimensão dos danos seja maior no caso de perigo do que de risco.

A sociedade é um sistema social de referência última e fundante de tudo o que acontece. A sociedade não é um sistema repressivo ou de dominação, mas tampouco é um sistema cimentado no consenso de valores implícitos. A sociedade é um sistema de comunicação que possibilita a complexidade contingente, de tal forma que a realidade pode ser de outra maneira, mas sempre no marco do que a sociedade tem preestruturado.

O conceito de risco remete-nos para probabilidades ou pos-

sibilidades sobre a ocorrência de eventos futuros, surgindo também associado a uma certa contingência decorrente das diversas dinâmicas do mundo social.

Para Niklas Luhmann¹⁵ um ator sabe das consequências do seu agir e procede na consciência tanto do possível sucesso da sua ação como de possíveis danos. Isto é, a vida em sociedade, em face da existência das incertezas futuras, faz de cada um a exigência de adotar certos comportamentos e tomar certas decisões, sendo que algumas decisões humanas podem envolver consequências, isto é, desastres, catástrofes, danos.

O risco significa a ideia da controlabilidade dos efeitos colaterais e dos perigos produzidos pelas decisões, onde o conhecimento serve para transformar os riscos imprevisíveis em riscos calculáveis.

3 Risco social

O risco sempre existiu e sempre existirá. No entanto, a tecnologia serve como instrumento social para a sua aferição, mensuração e, se possível, diminuição.

A negação de um risco, qualquer que seja sua índole, constitui também, por sua vez, um risco. O conceito de risco seria um conceito que tem que se determinar em oposição à noção de segurança. Isso conduz

¹⁵LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingência en la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós, 1997. p.47.

rapidamente à ideia de que se quer e se deseja a segurança, mas que sob as condições atuais de mundo não pode fazer-se outra coisa a não ser aventurar-se e correr riscos.

A definição de risco apresenta oscilações mediante os diversos contextos sociais onde é produzida. Como dito anteriormente: a busca pela constante reparação faz com que os critérios da responsabilidade transcendam a mera individualidade, atingindo o campo da transindividualidade.

A assim chamada socialização dos riscos colocaria, por antecipação, o direito à indenização pelos desassossegos temidos¹⁶, pois o que é possível acontecer pode ou não se transformar em realidade.

Diante da aceitabilidade da sociedade da existência dos riscos, o Poder Público oferece modalidades reparatórias que designam a vertente da socialização do risco, como, p. ex., a previdência social e o seguro obrigatório em automóveis.

A análise do risco na sociedade contemporânea pode ter a função de racionalização do medo, em que ganham destaque as ameaças ecológicas das tecnologias que produzem danos incontrolláveis.¹⁷

Quem busca a gestão de riscos deveria, então, saber que este projeto não pode escapar das anti-nomias e instabilidades contidas no próprio Ser que é necessariamente como é, mas, também, poderia ser diferente, exatamente no momento em que nós menos esperamos.

Neste mister é que a tecnologia ingressa como fator de aferição dos riscos.

O conceito de técnica é o que determina o que observamos e o que não observamos, proporcionando ao mesmo tempo uma orientação em quanto a quais causas e quais efeitos vão correlacionar-se e quais não.

A **contingência** é então muito mais do que o acaso, a aleatoriedade ou o risco que o indivíduo corre, quando se encontra com um perigo inesperado. O progresso técnico é fator de risco, pois o uso de novos procedimentos, de novos materiais pela indústria, de novas moléculas no setor farmacêutico, por exemplo, pode ser fonte de danos não detectáveis *a priori*.¹⁸

A sociedade se responsabiliza por estes riscos.

A contingência denomina algo que não é necessário nem impossível, e desta maneira sobre a

¹⁶SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: B. Álvares, 1962. p. 339.

¹⁷DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998. p.194.

¹⁸BRÜSEKE, Franz Josef. Risco e Contingência. **Revista Socitec e-prints**. Florianópolis/SC. v. 1. n. 2. p. 35-48. jul.-dez. 2005. p. 38.

abertura fundamental da experiência humana no âmbito social. O conceito de contingência também se estende à percepção do mundo que depende de distinções (entre aquilo que está dentro do sistema e aquilo que está no seu ambiente); essas distinções podem ser feitas desta ou daquela maneira, são então “contingentes”. A necessidade da redução de complexidade deriva-se dessa abertura fundamental do agir e perceber humano. Sistemas sociais têm a função de reduzir a complexidade e controlar a contingência, possibilitando assim um agir direcionado e com sentido pelo ator social.

4 Tecnologia do risco

Ulrich Beck¹⁹ afirma que o desenvolvimento da ciência e da tecnologia permitiu o progresso econômico das sociedades ocidentais; porém, o fruto desse desenvolvimento contribuiu para a existência de novos riscos.

No entanto, a criação das regras destinadas ao tratamento das inseguranças e dos riscos, sejam normais ou impostos, deve se pautar sob o conceito da **ética**. Daí se afirmar que os avanços tecnológicos auferidos durante e após as duas grandes guerras mundiais têm a sua aplicabilidade socialmente rejeitada.

O risco pode reduzir-se graças à introdução da técnica.

As tecnologias de segurança podem também apresentar riscos precisamente porque não pode excluir-se que sejam aplicadas em situações para as que não foram pensadas e que depois operem com toda tranquilidade.

Assim, a existência destes novos riscos faz surgir a insegurança generalizada. Explica-se: por meio de dispositivos cada vez mais sofisticados aparecem cálculos cada vez mais precisos sobre nossas “reais” chances de risco.

São os avanços tecnológicos que, ao ampliarem o domínio do conhecimento e da visibilidade, ampliam igualmente o domínio da incerteza. Ao ampliar o domínio da incerteza, deslocam a existência do risco para a dúvida, dificultando a percepção dos riscos.

A técnica não conhece limites, ela mesma é um limite, sendo possível que, em última instância, não fracasse antes a natureza, senão ante si mesma.

Exemplo de insegurança generalizada: terrorismo. “O futuro deixa de ser previsível e passa a uma mera possibilidade”.²⁰

Os sistemas sociais enfrentados pela técnica incorrem num *structural drift* que se serve das experiências e das capacidades, das modificações das normas, dos costumes e argumentos de que há tempo se têm visto confirmados,

¹⁹BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia a una nueva modernidad*. México/D.F: Paidós. p. 117.

²⁰MOLES, Abraham Antonine. *A criação científica*. São Paulo: Perspectiva, 1971. p. 22.

que devem fazer-se compreensíveis e que resultam dificilmente refutáveis, até que algo inesperado ocorra. E depois disso nada é igual, depois disso se fala em falhas humanas, se encontram culpáveis e se modificam as normas, mas não se modifica o acoplamento estrutural que faz provável uma repetição do ocorrido em outros subcontextos, com outras adaptações, outras experiências e outros riscos.

4.1 Sociedade do risco

O risco, na perspectiva de Beck, define as sociedades modernas e foi por este motivo que o autor as designou como sociedades de risco.

Beck define a **modernização reflexiva** como significando a possibilidade de uma (auto) destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial. O “sujeito” dessa destruição criativa não é a revolução, não é a crise, mas a vitória da modernização ocidental.²¹

Por sociedade de risco Beck entende um conceito que designa uma **fase no desenvolvimento da sociedade moderna**, que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das insti-

tuições para o controle e a proteção da sociedade industrial.²²

A sociedade de risco não é uma opção que se pode escolher ou rejeitar no decorrer das disputas políticas. Ela surge na continuidade dos processos de modernização autônoma, que são cegos e surdos aos seus próprios efeitos e ameaças. De maneira cumulativa e latente, estes últimos produzem ameaças que questionam e finalmente destroem as bases da sociedade industrial: “O conceito de sociedade de risco designa um estágio de modernidade em que começaram a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial.”²³

Este conceito de risco surge associado ao conceito de modernização reflexiva. A sociedade de risco é uma fase de transição da sociedade industrial para uma sociedade moderna.

A tensão entre as categorias de risco e confiança é fundamental para compreender a dinâmica da Modernidade.

A construção da “consciência” de que resultados desagradáveis ou imprevistos podem ser efeitos de nossas próprias ações. A confiança pressupõe consciência das circunstâncias

²¹BECK, U., Giddens, A. e LASH, S. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: UNESP, 1995. p. 15

²²Ibid. p. 16

²³Ibid. p. 17.

de risco, o que não ocorre com a crença.²⁴ “A confiança pode ser definida como crença na credibilidade de uma pessoa ou sistema, tendo em vista um dado conjunto de resultados ou eventos, em que essa crença expressa uma fé na probidade ou amor de um outro, ou na correção de princípios abstratos”.²⁵

A sociedade industrial fica cada vez mais saturada, cheia de imponderações e efeitos não intencionados.

Existem riscos individuais e riscos globais. O mundo encontra-se hoje em uma disposição de perigo que expressa-se de forma exemplar na ameaça nuclear. A disposição de perigo atinge potencialmente todo mundo. O risco é global.

A distribuição dos riscos é desigual.

O risco que a civilização corre não possui evidência, surge aí a necessidade da reflexão científica sobre a modernização.

Existe uma distinção entre a cientificização reflexiva e a cientificização simples. A cientificização reflexiva é a cientificização voltada a si mesmo.

A invisibilidade imediata dos riscos da modernização coloca os cientistas e políticos como intérpretes do perigo numa posição chave. Através deles um risco pode sofrer minimização ou dramatização, o risco é aberto para processos sociais de sua definição.

Os riscos relativizam as posições de classe. Ricos e pobres, empresários e assalariados sofrem ou podem sofrer as consequências da poluição.

Os riscos produzem também novas desigualdades internacionais. Elas são novas porque não correspondem necessariamente com as dicotomias antigas entre metrópole e periferia.

“Existem riscos individuais e riscos globais. O mundo encontra-se hoje em uma disposição de perigo que expressa-se de forma exemplar na ameaça nuclear. A disposição de perigo atinge potencialmente todo mundo. O risco é global.”

5 Conclusão

A sociedade de classe acabou, mas ainda existem resquícios de sua existência. No entanto, a sociedade científica não pode ficar inerte e deixar que situações fiquem sem soluções.

A ciência jurídica, originalmente instituída, serviu como instrumento de controle social, sendo que na sociedade de classe os usos dos meios coercitivos supriam a insegurança até então

²⁴GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. p. 38

²⁵Ibid. p. 41.

existente.²⁶ A sociedade avançada tecnologicamente reduziu o espaço destinado ao controle jurídico das relações sociais, pois ao invés de estudar métodos de reparação do dano quando já ocorrido, passa-se a utilizar o conhecimento das ciências sociais como fonte de subsídios para estudar a diminuição, ou até eliminação, da ocorrência do risco no futuro.

Trata-se, como fala Bobbio²⁷, da denominada **situação de variável social**, onde a sociedade em transformação brota de repente com fatores de transformação que rapidamente tornam inadequados para os modelos tradicionais, entre os quais está o conjunto de regras jurídicas.

O homem tem a compreensível inclinação de atribuir as “contingências positivas” ao seu próprio mérito e buscar a culpa para as “contingências negativas” fora da própria responsabilidade.

A sociedade reflexiva cujos riscos extrapolam as necessidades individuais ganhando fronteiras globais coloca as gerações futuras em perigo, pois a sociedade de risco surgiu prevendo o imprevisível.

Diante disto, a ciência do direito não pode oferecer uma resposta dúbia.

Desta forma, nota-se que na sociedade moderna o risco atinge qualquer classe, daí se falar que a socialização do risco não é possível na sociedade de classe.

O direito, destarte, é destinado não mais ao **controle social**, mas **diretriz social**, em face à prevenção e premunicação de eventos futuros.

Pierre Rosanvallon²⁸ propõe uma solução baseada no tripé: socialização, descentralização e autonomização. A **socialização** seria desburocratização e a racionalização administrativa dos equipamentos e das funções coletivas. A **descentralização** seria remodelar e preparar alguns serviços públicos com o fito de torná-los mais próximos dos usuários, das coletividades locais. **Autonomização**, por fim, consistiria na transferência para coletividades privadas tarefas de serviços públicos.

Por sua vez, Ulrich Beck²⁹ aponta zonas grises da uma configuração política do futuro, em três variantes:

a) **Retorno à sociedade industrial**: isto somente se daria numa reafirmação de movimentos e argumentos antimodernos, que sempre têm acompanhado o desenvolvimento industrial como se

²⁶BOBBIO, Norberto. **Da função à estrutura**: novos estudos da teoria do direito. Barueri/SP: Manole, 2007.p. 35

²⁷Ibid. p.38

²⁸ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Goiás: Ed. UNB, 1997.

²⁹BECK, Ulrich. **A sociedade do risco**: ruma a uma nova modernidade. México/DF. Ed. Paidós.

fossem uma sombra, sem impedir em nenhum caso seu progresso. O “pecado original” da estratégia de reindustrialização que se prolonga do séc. XIX para o séc. XXI está em manter oculta a oposição entre sociedade industrial e modernidade. A diferenciação estrutural de situações nos limites institucionais entre economia e política fica à margem da percepção, do mesmo modo que não se distingue entre os distintos interesses próprios de cada ramo ou grupo. Portanto, não cabe falar de uma coincidência de interesses econômicos em relação à definição dos riscos. As interpretações dos riscos inserem cunhas na situação econômica. Sempre há perdedores pelo risco e vencedores pelo risco. Isto é, as definições sobre o risco não privam do exercício do poder político, mas o possibilitam. Os efeitos colaterais se atribuem à política e não à economia. Esta não assume o que a política originou, assume o que não está a seu alcance.

b) Democratização do desenvolvimento técnico e econômico: trata-se de fazer acessível publicamente a base de decisão e de seguir as normas dos princípios da modernidade para tais casos - trata-se da modernização. A ideia básica é de que os governos alternativos e que coparticipam na subpolítica da economia, da investigação e da técnica, têm que submeter-se à responsabilidade parlamentar. Hoje se discutem as decisões já tomadas (e implementadas). O autor sugere a criação de autoridades para com-

bater, por exemplo, a destruição da natureza e o desemprego massivo. Os perigos, porém, são (a partir da comparação com o Estado do Bem-Estar Social) o autoritarismo científico e a burocracia excessiva.

c) Política diferencial: O ponto de partida para esse projeto de futuro é a delimitação da política, isto é, o espectro da política principal, da secundária, da subpolítica e da antipolítica que tem aparecido com as circunstâncias da democracia desenvolvida na sociedade das diferenciações. A política, em um determinado sentido, tem se generalizado e com isso ficou sem centro. Inicia-se uma época nova de modernização, que temos designado com a característica da reflexividade. No modo de ver do autor, hoje se derrubam monopólios que surgiram com a sociedade industrial e que se assentarão em suas instituições. Cai o monopólio da ciência, o monopólio da profissão masculina, o monopólio sexual do matrimônio e o monopólio da política. Continuamos desempenhando papéis a nós reservados no teatro da sociedade industrial: cientistas descobrem a verdade, políticos decidem.

A fim de se colocar uma sugestão, não estando imune às críticas, lançam-se algumas ideias:

Uma vez ocorrido o dano coletivo na sociedade de risco, a sua reconstituição no *status quo ante* é praticamente impossível. Diante da incapacidade do ordenamento

jurídico de reverter esta degradação, adota-se o valor jurídico da **prevenção** como viga mestre da Ciência Jurídica. Portanto, diante de certas irreversibilidades dos danos coletivos, o Poder Público e a Sociedade Civil, de forma preventiva ou repressiva, atuarão na liberdade do particular para condicionar a sua conduta de perigo.

Desta forma, o valor da prevenção deverá constituir-se na cautela de conduta que deve ser tomada pelo particular no sentido em evitar a ocorrência do risco em face à situação de perigo, isto é, deve-se adotar medidas que reduzam ou eliminam o surgimento de causas que possam a ocorrência de tais danos.

Sua aplicação está direcionada no momento anterior à ocorrência do risco de seu nascimento ou do dano, já que a sua reparação é impossível ou excessivamente onerosa.

Defende-se neste trabalho a pretensão de se evitar a existência do risco mínimo nos casos da incerteza científica - tecnologia - acerca do manejo do risco, bem como a apuração da probabilidade de sua ocorrência. Destarte, se houver dúvida científica da potencialidade do dano ao bem tutelado acerca de qualquer conduta que pretenda ser tomada incidirá o valor da prevenção a fim de evitar a ocorrência de situações de perigos.

Verifica-se, porém, que a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar o avanço da sociedade com vistas a evitar a ocorrência do dano,

isto é, a incerteza no campo da ciência milita em favor da prevenção, encarregando-se ao interessado de realizar determinada conduta a obrigação de provar que esta atividade realizada por sua empresa não trará consequências indesejadas ao meio ambiente, por exemplo. Assim, ainda que existam dúvidas, controvérsias acerca da existência de efeitos nocivos que a atividade do particular exerça, a cessação das atividades é a medida que deverá ser adotada. Isto porque se um dia a ciência puder apurar com a absoluta certeza que aquela atividade desempenhada causa prejuízos a um bem juridicamente tutelado, o dano realizado será irreversível.

A sociedade, de um modo geral, vem acordando para a problemática do crescimento econômico a qualquer custo, buscando formas alternativas de progresso como o desenvolvimento sustentável com a finalidade de introduzir uma nova perspectiva para o planejamento econômico, ou seja, torná-lo sensível para a adoção de técnicas adaptáveis ao nível cultural das comunidades. Em outras palavras, pretendeu compatibilizar o desenvolvimento econômico e o manejo do risco em um nível primário de desenvolvimento social.

O valor do Desenvolvimento Sustentável pauta-se pela busca do desenvolvimento pelos povos sem que isto cause danos irreparáveis, isto é, a evolução, o progresso da coletividade, não deve ser feita às custas de danos irremediáveis. A busca do desenvolvimento sustentável implica no uso

de ações racionais que preservem os processos e sistemas essenciais à vida e à manutenção do equilíbrio social. Neste âmbito, pode-se inserir, inclusive, a questão da função socio-ambiental da propriedade, pois que a exploração racional e a preservação dos recursos naturais compõem exatamente a ideia do desenvolvimento sustentável, ou seja, busca do desenvolvimento sem violar a sustentabilidade do meio ambiente.

Neste passo é que verificamos o valor do desenvolvimento sustentável como princípio norteador da ordem econômica social, no art. 170, inciso VI, da CF/1988:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]
VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação[...]

Delimita-se o valor do desenvolvimento sustentável como aquele que atenda às necessidades dos presentes, sem que isto cause comprometimento das futuras gerações.

6 Referências

BECK, Ulrich. **A sociedade do risco: rumo a uma nova modernidade**. México/DF: Ed. Paidós.

_____. **Sociedade do risco**. O medo na contemporaneidade. En-

trevista oferecida na Revista Ihu online . Disponível em: <<http://www.unisinos.br/ihu>>. Acesso em: 22 de maio de 2006.

BECK, U., GIDDENS, A. e LASH, S. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: UNESP. 1995.

BRÜSEKE, Franz Josef. Risco e contingência. **Revista Sociotec e-prints**. Florianópolis/SC, v. 1, n. 2, jul.-dez. 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 1999.

CHEVITARESE, L. e PEDRO, R. Risco, poder e tecnologia: as virtualidades de uma subjetividade pós-humana. In: **Anais do Seminário Internacional de Inclusão Social e as Perspectivas Pós-estruturalistas de Análise Social**. Recife, 2005. CD-ROM.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GASTAL, Cláudio Luis da Cunha. **O conceito de risco na modernidade reflexiva: uma nova forma de descaracterização do trágico?** 2008. (Tese de Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/SC, jul. 2008.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da modernidade**. Trad.

- Raul Fiker. São Paulo: Ed. da Universidade Estadual Paulista, 1991.
- HAMMERSCHMIDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. **Revista Sequência**, n. 45, p. 97-122, dez. 2002.
- HESPAÑA, Pedro. Individualização, fragmentação e risco social nas sociedades globalizadas. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra e Centro de Estudos Sociais, 63, p. 21-31. out. 2002.
- HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito providenciário**. 6 ed. São Paulo: Quarter Latin, 2006.
- KUNZLER, Caroline de Moraes. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista de Estudos de Sociologia**. Araraquara, n. 16, p. 123-136, 2004.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Ed. Univ. de Brasília, 1980.
- _____. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingência en la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós, 1997.
- _____. *Sociologia del riesgo*. Traducción Silvia Pappé, Brunhilde Erker y Luís Felipe Segura. Coordinador de Traducción: Javier Torres Nafarrete. 3. ed. en Español. México/DF: Universidad Iberoamericana/Colección Teoría Social, 2006.
- MOLES, Abraham Antoine. **A criação científica**. São Paulo: Perspectiva, 1971.
- PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. A teoria do risco de desenvolvimento. **Revista Estudos Jurídicos**. UNISINOS, n. 38, p. 11-20. set./dez. 2005.
- PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista. Os confins da responsabilidade objetivamos horizontes da sociologia do risco. **Revista do Senado Federal**. Brasília, a. 43, n. 170, abr./jun. 2006, p. 181- 183. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_170/R170-12.pdf>. Acesso em: 15.02.2010.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- _____. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PESSOA JUNIOR, Osvaldo. **Filosofia da física clássica**. Disponível em: <<http://www.fflch.usp.br/df/opessoa/FiFi-09-Cap06.pdf>>. Acesso em: 16.02.2010.
- ROSANVALLON, Pierre. **Acrido Estado-providência**. Goiás: Ed. UnB, 1997.
- SANTANA, Heron José. **Responsabilidade civil por dano moral ao consumidor**. Minas Gerais: Ed, Ciência Jurídica, 1997.
- SERRANO, José Luis. A diferença risco/perigo. **Revista Novos Estudos jurídicos**. Madrid, v. 14, n. 2, p. 233-250, 2º Quadrimestre de 2009.
- SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: B. Álvares, 1962.