

## RESPONSABILIDADE CIVIL PELO RISCO PROFISSIONAL

Arthur E. S. Rios

### 1 — RESPONSABILIDADE CIVIL PELO RISCO CRIADO

Por séculos e séculos, seguindo as lições do direito romano, da necessidade da imputabilidade para indenizar, o homem teve, na teoria subjetiva, ou, da culpa, uma certeza que parecia inabalável, no sentido de que seus conceitos e fundamentos constituíam no instituto de direito civil firme e definitivo, atingindo o “desideratum” da moral e da fraternidade humana, para com as vítimas de injustos danos a si causados por terceiros.

Em 1.888, abalou-se tal convicção de certeza, quando, em Paris, ocorre um grande desastre, numa exposição, dando um saldo considerável de vítimas e as mesmas chegam aos tribunais, em busca de reparação ou indenização.

Constatava-se que o direito constituído não satisfazia os ideais de Justiça, diante da evolução do progresso material e da técnica adquirida pelo homem, pois não se podia provar a culpa de ninguém.

Repugnava a consciência jurídica francesa, o fato das vítimas não encontrarem reparação dos prejuízos, no uso da tradicional responsabilidade subjetiva, pois constatava-se que contra ninguém podia-se provar: negligência, imperícia e imprudência, mas as vítimas de um dano injusto ali estavam, como fantasmas, a exigirem dos juizes e do Estado a necessária Justiça, ainda que fosse por caminho outro, que não o tradicional ou tradicionalista da culpa!

Surgiu então a idéia de se substituir a *culpa* subjetiva por outro fator, e, encontrou-se a *causa*, dando então o surgimento da “teoria objetiva do risco criado”, pelo simples princípio da causalidade, “simplex sigillum veri”.

Todo efeito tem, necessariamente, uma causa, que lhe bastaria, para encontrar alí a própria responsabilidade, desprezando, assim, a imputabili-

dade romana, pois o mais importante, e, obrigação estatal, é não deixar que a vítima suportasse a injustiça do dano, que por si não foi causado. Contornava-se, desta forma, a irritante passividade do direito, ou, a gritante indiferença social, para com os injustiçados e prejudicados por atos de terceiros.

Era uma terminologia nova, lançada no mundo jurídico da responsabilidade civil, e, que iria revolucioná-lo e engrandecê-lo, provando que a ciência está sempre em evolução e necessita de tanto, para estar em consonância com as necessidades sociais.

O risco determina que seu responsável suporte as consequências de seus atos, mormente, quando são sintetizados em danos a terceiros, ainda que sem culpa, bastando o fato nocivo ser um efeito, cuja causa esteja no simples desenvolvimento de atividade humana, na busca de conforto ou de lucro, podendo ser necessária e justa para o agente, pois o mais importante é não deixar a vítima sem indenização, o paciente injustiçado por algo que não procurou.

As grandes idéias são, realmente, de uma simplicidade de ano luz e aquela, simplesmente, girava o microscópio analisador da culpa do dano para focar a injustiça do mesmo dano sofrido no outro polo da relação. O aspecto do "justo" ou "lícito" deixava de ser adjetivo próprio e específico da ação ou ato do causador, para ser aplicado no dano ou prejuízo, em si, da vítima, a fim de se atingir a conclusão indenizatória.

Evidentemente, para se completar o circuito do raciocínio de reparação, não bastava permanecer na constatação do dano injusto e ilícito, subjetivamente, considerado para a vítima, ter-se-ia que ir mais além, e, nisso bastava aportar-se ao que já existia na lógica dos sistemas, ou seja: no "como" e "por que" do fato danoso ocorrido, quando encontra-se então a "causa", o causador e porque não aí o próprio responsável jurídico??? Era simples aplicação do que já existia nas ciências físicas, químicas, naturais ou biológicas, onde todos os maus efeitos são coibidos, após a detetação da causa-responsável.

Na ciência jurídica, descoberta a causa-pessoa responsável, considerando que a responsabilidade civil é patrimonial, encontra-se o patrimônio, que deve suportar o prejuízo causado ao outro patrimônio desfalcado, por consequência de ato ou causa do titular do primeiro complexo de bens materiais.

Naturalmente que surge de tal idéia ou teoria, a polemização da injustiça, para o responsável da ação, quando, agindo licitamente, ainda assim, é obrigado a indenizar, suportando um ônus, aparentemente, injusto. Tal não tem procedência se atentarmos para a regra antiga do "ubi emolumentum, ibi onus", isto é: onde o lucro como direito, aí as obrigações nascidas juntas, pois direitos e obrigações são termos correlatos. Temos

então uma simples dedução obrigacional do próprio direito do lucro ou conforto, ou da simples intenção proposta e cumprida de tê-los. Finalmente, injustiça maior seria o da vítima restar-se como tal, sem reparação, não podendo negar-se-lhe o direito reparatório, mas negando-se a própria executabilidade desse mesmo direito, o que “mutatis mutandis” é a própria negação do seu direito, gerando a intranquilidade e insegurança generalizada, e, por que não uma revolta incontida por suportar um dano injusto, dentro de uma sociedade, que se diz organizada e, socialmente, evoluída. Um autêntico vetor de involução, perturbação e indignação societária, sem dúvida alguma. Uma comunidade civilizada jamais poderia permitir tanto, ou sejam prejudicados a perambular, sem solução social.

E não se deslembre, também, que em casos tais em que o Juiz é dado em larga margem de ação, não se vai admitir que, no propósito de se promover uma amenização da desgraça ocorrida, chegue-se ao ponto de criar outra, para o causador, isto é, a regra deve estar muito mais com a *equidade* do que com a *lógica*, sem deixar de ser firme com relação a condenação reparatória, numa autêntica questão social.

E também não podemos dizer que seja, totalmente, estranha, no próprio direito brasileiro, a responsabilidade sem culpa, pois a lei de introdução do Código Civil, em seus art<sup>os</sup>. 4<sup>o</sup> e 5<sup>o</sup>, abre ensanches à aplicação, quando, naquele, na omissão, o julgador pode decidir pela analogia, costumes e princípios gerais, e, no último, determina-se que se atente aos fins sociais e as exigências do bem comum. — Da mesma forma, o art<sup>o</sup> 159 jamais pode ser entendido como excluindo reparações outras, que não decorrentes da culpa, visto inserir-se num específico título de “atos ilícitos”, ou sejam: delituais, o que não é o caso da *responsabilidade civil pelo risco ciado*, onde a responsabilidade é simples decorrência de uma obrigação nascida com o próprio direito de atividades da pessoa, no “*ius et obligatio correlata sunt*”, reconhecido por todos, e, em nossos tempos, o direito social superou, totalmente, o individualismo imperante até o século passado.

Embora possa-se deduzir a *responsabilidade sem culpa*, no nosso próprio direito, sem nada que o proíba, alvissareiro, no particular, é o Projeto de Lei 634/75, em tramitação no Congresso Nacional, visando dar-nos um novo diploma substantivo, fruto do trabalho de comissão do mais alto gabarito presidida pelo Prof. Miguel Reale. No parágrafo único do art<sup>o</sup> 963 daquele projeto vê-se “a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

O dispositivo citado está sem alguns adjuntos circunstanciais e até mesmo aperfeiçoado, conforme encontra-se no trabalho do ilustre relator, o deputado Raymundo Diniz, no seu parecer final.

O entendimento jurisprudencial brasileiro não tem feito ouvidos moucos a essas conquistas, embora a timidez e até mesmo a falta de propagação, exista, ainda, desacreditando nossa realidade jurídica, que permanece um tanto em descompasso com as necessidades sociais, que clamam pela teoria do risco adotada e aplicada.

Na França, a institucionalização da responsabilidade sem culpa, por lei de 09-04-1.894, foi assim saudada pelo deputado relator: "Esta lei é inspirada no mais elevado conceito de concórdia e de paz. É um trabalho de pacificação; é sobretudo um trabalho de justiça".

Institucionalizou-se lá, como aqui o foi, posteriormente, a indenização por acidentes do trabalho, via da responsabilidade sem culpa, ou, pela causa, quando o patrão, criador do risco, que se tornou um fato concreto de prejuízo, para o empregado, via do dano injusto sofrido; simplesmente, por essas premissas, tem a obrigatoriedade de reparar, que, hoje, acobertada o é: artº 165 nº XVI da nossa Constituição, no seguro contra acidente do trabalho, devido até mesmo quando o obreiro não contribui para a Previdência Social, conforme decisão recentíssima prolatada pelo S.T.F. no R.E. 86.335 de São Paulo.

E nosso direito foi mais longe, através da Súmula 229 do S.T.F., quando determina que a indenização acidentária específica seja cumulada com a indenização do direito comum, na constatação da existência de culpa do empregador, pelo acidente ocorrido.

Mas a teoria do risco, iniciada para o campo dos obreiros, estendeu-se, e, já, em 1906, na França é apresentado projeto de lei no sentido de estendê-la aos efeitos das máquinas-veículos transportadores de passageiros ou mercadorias. Tal aplicação veio mitigada, visto que inseriu a excludente de responsabilidade, nos casos de culpa exclusiva da vítima, ou, de força maior, com suas características de imprevisibilidade, inevitabilidade e impossibilidade de se impedir o fato danoso ocorrido, contra terceiros, como, hoje, é acreditada no direito brasileiro.

Daí, para a aplicação ou ampliação da teoria do risco a todos os campos profissionais, trata-se, simplesmente, de questão de tempo, para absorção da idéia nova, levando-se em conta o apego tradicionalista pela responsabilidade pela culpa, cujos conceitos, vê-se, que vão caindo, um a um, em favor do surgimento de uma responsabilidade civil mais fraterna e justa, num mundo onde os inventos, a tecnologia e a pressa vão como êmbolos ou alavancas, exigindo a própria modificação do direito constituído, que deve acompanhar as necessidades sociais, que surgem, divorciando-se cada vez mais do individualismo e abraçando, cada vez mais, os ideais sociais, para uma vida mais segura e melhor.

## 2 — RESPONSABILIDADE CIVIL DA ÁREA MÉDICA

É preceito constitucional que “todos são iguais perante a lei” (§ 1º do artº 153). Se nisto acreditamos, até por uma questão de bom senso, e, “erga omnes”, verdade, parece-nos, que a digna necessária e honrada classe média, como outras, tem em si “habitat” de causas de benefícios e malefícios, sendo os últimos residentes, nos injustos danos cometidos contra pacientes, em busca de saúde e bálsamo para suas dores.

Tais prejuízos, quando ocorridos, muitas vezes permanecem sem reparação ou indenização aos prejudicados, quer por tolerância do poder público judiciário, quer por uma quase auréola de intocabilidade, acreditada pela ignorância de grande parte de nossa população, quer mesmo pela dificuldade de se aplicar a responsabilidade subjetiva, ou pela culpa, onde a última é, facilmente, vencida tanto pela timidez, quanto pela complexidade técnica profissional do quadro apresentado, e, até mesmo por perícias levadas a efeito, por alguns, via de condenável senso de coleguismo.

Tal situação tem sido, altamente, danosa para a classe médica, pois induz uma queda do respeito social, levando-a, como defesa, a fechar-se em círculos de crença dogmática, ou, em relações sociais, mais ou menos restritas, com noção errônea de hermenêutica do artº 90 de seu Código de Ética. O entendimento de que o artº referido dê uma “exclusividade de competência aos C.R.M. para apuração das responsabilidades profissionais médicas” é um lêdo e perigoso engano, diante da máxima constitucional (§ 4º do artº 153) de que: qualquer lesão de direito individual pode ser apreciada pelo Poder Judiciário!

O artº 420 do C.P.C. e seus incisos, referindo-se às perícias judiciais, quando depender de “conhecimento especial técnico” determina que sejam levada a efeito por quem tenha “conhecimento técnico científico”, o que é preceito de lógica e bom senso, mas também o é o de que devem “cumprir conscienciosamente o encargo que lhes for cometido” (artº 422).

Ainda que haja a possibilidade de “coleguismo” induzida pela análise isolada do artº 8º do mesmo “Código de Ética” é de se ver, pelo artº 436 do C.P.C., que “o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”, inclusive que basta a “causa” desprezando a “Culpa inencontrada “in casu”, conforme a teoria do risco criado pelo simples exercício da atividade profissional médica, causadora do prejuízo injusto à vítima-paciente, retirando valor à busca da “culpa”, difícil ou impossível de ser provada ou até mesmo inexistente, em favor da simples causa do mal, proporcionadora do prejuízo injusto e ilícito, quanto a quem sofreu as suas consequências e que não pode ficar indene, tendo-se em vista os preceitos dos artºs 4º e 5º da “Lei de Introdução”.

Casos existem de erros médicos, como em qualquer outra profissão, e, na literatura encontramos variedade enorme daqueles.

Da revista "Times" (24-03-75) extraímos os que se seguem, como amostragem: Um garoto de 11 anos (Kelly Niles, San Rafael, Califórnia), ferido, foi levado a um hospital, onde, constatando-se que não havia fratura, foi mandado para casa. Retornou, sendo submetido a uma cirurgia para remoção de sangue coagulado. Se tal operação cirúrgica tivesse sido levada a efeito, durante a primeira visita, o menino não teria ficado paralizado do pescoço para baixo, e, para sempre...

Um senhor de 59 anos (Chula Vista - Califórnia) teve diagnosticada uma artrite, ignorando sugestão do radiologista, que suspeitava de um tumor. Oito meses após, pela mesma radiografia, foi diagnosticado "câncer ósseo", perfeitamente curável, mas antes...

No condado de New York, um didadão de New Jersey ao submeter-se à uma operação de visão ou vista, reagiu ao anestésico, sofrendo prejuízo do cérebro ficando cego, sem fala, e, paralizado do pescoço para baixo...

No Brasil têm sido enormes as dificuldades, para se obter condenações, como as dos casos supra, tendo-se em vista a busca da "culpa", esquecendo-se do injusto e ilícito prejuízo sofrido pelos pacientes, mormente, nos seguintes casos: *abandono ao doente* (falta de continuidade do tratamento); *omissão de tratamento* (retardo de encaminhamento ao especialista); *negligência vicariante* (médico que tem de se afastar e deve ser substituído); *prática ilegal por pessoal técnico não especializado a tanto*, p. ex: paracentese; **letra do médico** (com a consequência da troca de medicamentos); *negligência hospitalar*; *esquecimento de corpos estranhos nas cirurgias*. Somam-se a essas questões as supurações, embolias, descerebrações, hemorragias, lesão de elementos nobres e, as vezes, irreversíveis e mortais, sem necessidade.

Infelizmente, muitas dessas questões têm sido levadas para a álea, azar, ou até mesmo como decorrência normal das cirurgias... e, na nossa literatura, temos casos dolorosos, como:

Da revista "Veja" (20.12.78) conta-nos o caso de uma senhora (Osório-RS) que possuindo um só rim, e, sentindo dores, foi levada a uma cirurgia, que lhe extraiu o único que tinha, sem que tivesse sido verificado se a mesma paciente tinha o outro...

Em São Paulo, tivemos, recentemente, o caso de um senhor que internado para uma operação de hérnia, acabou sendo submetido a uma cirurgia de estômago, por erro e troca havida nas fichas... enquanto o outro, que deveria ter sido submetido a uma cirurgia de estômago, pode ter sido vítima também de troca (Folha de São Paulo, 28.01.78).

Ainda, no mesmo diapasão, temos o caso de um garoto (São Paulo-SP) que internado, para tratamento de uma bronco-pneumonia, ficou

curado, mas teve de amputar as duas pernas, em decorrência das faixas, que as enfermeiras lhe ataram, para aplicação de sôro...

Em Goiás, recentemente (O Popular de 14.05.80), ocorreu o drama e morte de uma senhora, que, submetendo-se a uma cirurgia cesariana, veio a falecer, porque não lhe aplicaram anestesia...

Fatos tais, levados ao Poder Judiciário, terão grandes dificuldades, se a arguição for da "culpa", pois nos casos brasileiros, pela ordem, poderemos ter: alegação de pioneirismo, com perspectiva de necrose rápida, para a salvação do outro rim... Na troca de cirurgias pelas fichas erradas, o mesmo ocorrerá, pois a busca do culpado, na azáfama dos hospitais é difícil. No caso do garoto de 2 anos, pode-se concluir que o meio mais idôneo existente no momento, eram mesmo as faixas imobilizadoras e que permitiam a aplicação de medicamentos...

Vê-se, assim que a tradicional e utilizada "responsabilidade civil subjetiva" não tem correspondido aos anseios sociais de justiça para as vítimas, seja restando-se na análise subjetiva da intenção do causador, num aspecto quase transcendental; seja tendo o entendimento de força maior ou caso fortuito (artº 1058), de maneira canhestra? Seja pelo apego ao passado individualismo jurídico ou ao fetichismo legal, dentro dos "actos of God" já abandonados pela melhor justiça, doutrina e jurisprudência do mundo jurídico.

A culpa é sempre uma causa, mas a causa nem sempre é uma culpa, isto é, a causa é a idéia gênero de que a culpa é a idéia espécie, assim da culpa à causa não temos uma mudança radical de caminhar científico, mas sim uma sequência de aperfeiçoamento social e científico.

Por outro lado, a vítima de dano injusto causado por terceiro deve merecer da sociedade um reconhecimento autêntico de ser humano, concernente aos seus direitos de vida e segurança, sendo o direito de vida o dom mais importante do homem, e, o de segurança uma obrigação estatal iniludível, em todos os povos civilizados, dentre os quais não vemos porque não estejamos inseridos.

Ainda que se admita que a "teoria do risco" possa trazer alguma dificuldade ao exercício profissional médico, cremos que a mesma, ainda assim, atenderá aos interesses sociais e ao bem comum, beneficiando a própria classe médica com uma instituição do "seguro social médico", já existente, em países mais evoluídos, no particular.

Ademais, não se pode ver na relação médico-paciente uma mera locação de serviços ou uma questão contratual que o é, mas cujo objeto não se resume nos serviços profissionais específicos, mas estende-se como: conselheiro, protetor e guarda. Sim, porque o paciente, com dor, deficiências psíquicas ou físicas, em estado anormal de saúde, confia-lhe, na verdade, o que tem de mais caro, ou seja a vida, em sua plenitude, e, integridade corpórea e psíquica.

No contrato entre o médico e o paciente, existem cláusulas universais e ínsitas, que extrapolam a simples técnica profissional, ou, a perícia e aptidão técnica, para ser até mesmo casuística, na observação do bom julgador, que se posiciona como representante da sociedade ferida, numa autêntica publicização, em vista do progresso humano, que assim o exige.

O que não é, humanamente, tolerável é o fato da vítima de mal não justo, causado por terceiro permaneça e reste-se com o seu prejuízo, passando a descrever na justiça e no direito, numa revolta, que se propaga e difunde em círculos concêntricos de ondas de insegurança social, tolhendo até mesmo a produtividade social, envolvendo, a todos e a tudo, pelo medo.

A aplicação da "teoria do risco" ou da "responsabilidade sem culpa", para a área médica, terá o condão, dentre outros, de melhorar as qualidades das condições previdenciárias quantitativas, que lhes estão sendo impostas, e, uma possível cobertura legal, através do "seguro de responsabilidade civil profissional", onde as reparações seriam diluídas, entre todos os segurados, não pesando, individualmente, como pode ocorrer no presente estágio.

### 3 — RESPONSABILIDADE CIVIL DA ÁREA DE ENGENHARIA

Ainda no mesmo diapasão que nos propomos, um enfoque construtivo é de ser dado à área da engenharia, onde situam-se aqueles que, mais de perto, inserem-se na luta da tecnologia, para melhorar o padrão de vida do homem.

Setor avançadíssimo de nossa cultura, que é composta dos valores espirituais e materiais, seguindo o dito do Gênesis 1.28.:

"... enchei a terra e sujeitai-a..."

Nossos valorosos engenheiros são os representantes da humanidade, no cumprimento do desejo do Criador, em prol da criatura-homem feito à Sua Imagem e Semelhança, portanto digno do conforto da técnica, que, hoje a par da evolução assustadora, causa problemas novos e até então não conhecidos na área jurídica, com as invenções, inventos e experimentos.

"A tecnologia não faz vítimas. O que faz vítimas é a ignorância do homem, que ainda não sabe o que é necessário à sua sobrevivência.

Diz-nos o versátil mestre Bucky Fuller, que, com perfeição, talvez só possa ser julgado no século XXI.

Realmente, os erros não podem ser debitados às construções do homem, mas, sim, ao próprio homem, que as erige, dirige e mantém e pelas mesmas é o responsável.

A lei 5.194 de 24.12.66 dá como atribuição específica dos engenheiros os planejamentos, projetos e direção das construções. Sendo a direção

das obras fato exclusivo das pessoas físicas dos engenheiros, evidentemente, que são eles os responsáveis pelas mesmas.

E como situam-se os mesmos, diante da responsabilidade civil? A tecnologia que criam e dirigem, manobram e executam, pode também fazer vítimas, mas é a ação do homem, é o homem engenheiro que é o causador do risco criado, pois “a tecnologia, por si e em si, não faz vítimas...”

Dentre todas as especialidades do ramo, vemos a engenharia aeronáutica, destinada aos transportes aéreos; a engenharia civil destinada às construções, fortificações e obras outras; a eletrônica ou eletrotécnica, regendo a condução da eletricidade; a metalúrgica e a de minas, como as que mais podem causar vítimas.

Não podemos nos negar a mergulhar, no estudo dos riscos criados, nessas fantásticas atividades, que, as vezes, pelo progresso estonteante, deixam-nos até perplexos, mas os prejudicados podem existir e existem e, se os danos são injustos, temos de resolver a questão apresentada, embora até mesmo sem os parâmetros doutrinários ou jurisprudências.

Atendemo-nos para o ramo civil, das construções ou fortificações, nesta amostragem a que nos propomos:

Inicialmente, o óbvio, ou seja, que a engenharia é um dos ramos mais produtivos da atividade humana, é uma das atividades que oferece mais riscos à coletividade.

A técnica destina-se a melhorar a vida e as condições do homem, mas toda essa evolução, que conhecemos, está em razão direta com os próprios riscos causados. De nada adianta o afã de progresso da cirurgia médica, por exemplo, sem a ajuda da engenharia mecânica, que constrói os sofisticados aparelhos, que são utilizados nas salas de cirurgia, em prol da salvação de vidas humanas.

Esses mesmos aparelhos podem apresentar defeitos de engenharia, que ferem tecidos nobres e vitais, estranhos ao campo visado, e, ao invés de causarem o bem, provocarem o mal. Na vida, infelizmente, parece-nos que todos os benefícios trazem, em si, malefícios, como os direitos trazem obrigações, cabendo ao homem minimizar o mal e otimizar o bem. Surgindo aqueles, cabe à área jurídica repará-los, restabelecendo-se a paz e tranquilidade social.

Nas construções civis, é atribuição específica e legal dos engenheiros os planos, projetos e desenhos, cabendo-lhes também a direção das obras. Nos trabalhos, possuem a direção do operariado e dos assessores inseridos na obra, controlando-os, resolvendo os impasses e dúvidas, e, provavelmente promovendo o aconselhamento cauteloso, a fim de se atingir o desejo do dono da construção, que é: sem defeitos, erros e falhas!

Na empreitada de trabalho e materiais há o artº 1.245 do Código Civil, uma norma dispositiva, que se aplica no silêncio das convenções, como *garantia* de cinco (5) anos de segurança, solidez e serventia. Tal pra-

zo não é decadencial, e, sim de "garantia", onde é aplicada a "presunção de culpa". O prazo decadencial é o do artº 177, isto é 20 anos, seja para empreitada, seja para simples direção da obra, quanto aos defeitos que a mesma apresentar.

Em todo e qualquer contrato da engenharia com o dono da obra, além do prazo de garantia supra, e, a decadência de 20 anos para a propositura de ações de indenizações, sempre temos cláusulas ínsitas de segurança, solidez e serventia, sendo a obrigação principal do engenheiro: a do aconselhamento, para que a obra seja boa, firme e valiosa, atendendo o desejo do dono da obra que a deseja isenta de defeitos!

A questão que pode se apresentar um tanto também casuística. No campo dos efeitos e defeitos, responsabilizará sempre o engenheiro, quando identificado como mero causador da má construção.

Nosso direito atentou mais para a relação vizinho dono da obra (artº 555) e deixou de atentar para a relação construtor, engenheiro-dono da obra, restando-se na regra do artº 159. Mas isso é insuficiente para os nossos dias de técnica avançadíssima, arquitetura aerodinâmica e engenharia aeroespacial.

Não é muito raro termos notícias de terríveis desastres com vítimas, p. ex.: com o desabamento de construções, enquanto a culpada é pesquisada e não encontrada, encerrando-se por acusações ao material defeituoso, como se o último pudesse ter responsabilidade, como coisa que o é... Isso não satisfaz os anseios sociais de Justiça, e, são casos assim encerrados, que depõem mal contra a laboriosa classe dos juristas, diante da coletividade.

Questões tais podem até mesmo refletir junto ao "homem do povo" como "justiça comprada", o que sabemos que não é verdade, pois a verdade está na atual insuficiência técnica de nosso direito positivo, que reluta em adotar a responsabilidade pelo risco criado ou assumido pelo profissional.

A questão "in casu", do defeito de materiais, não pode ser encerrada, assim, tão simploriamente, pois alguém tem a obrigação de examiná-los, na qualidade, assumindo o ônus de tanto ou dos riscos para tanto, quando sabemos que são conhecidíssimos os testes para "resistência de materiais", o que é até cadeira tradicional, em nossas escolas de engenharia.

Nas construções os pilares, vigas e lajens formam a estrutura essencial, onde são detectados os defeitos mais desastrosos. Não há razão para que tal se dê ou dêem, visto que os engenheiros bem conhecem a técnica dos "corpos de prova" fixados até por normas da "Associação Brasileira de Normas Técnicas" (A.B.N.T.), onde a dosagem, individual ou conjunta, da areia, pedra e cimento, formando o "concreto" são facilmente analisáveis, conhecidas e fáceis, via das tabelas existentes. As ferragens, por

outro lado, seguem cálculos de espaçamentos na “planilha de cálculo” do engenheiro calculista.

É o “concreto” junto às ferragens que forma o “concreto armado”, básico nas construções modernas, formando as estruturas, que devem ser seguras, sólidas e firmes.

Além dos “corpos de prova” possuem os técnicos da área os “coeficientes de segurança” dados também pela A.B.N.T., que são multiplicadores de 1.5 até 3.0, que, aplicados, aumentam a segurança e solidez, contudo poderíamos afirmar que os trabalhos e acompanhamentos das obras são na maioria das vezes delegados aos operários chamados “mestres-de-obra”, que não possuindo um conhecimento científico das causas e dos por quês, aumentam consideravelmente, o risco das construções, e, principalmente a responsabilidade dos “responsáveis técnicos”, os R.Ts.

Uma construção, de porte, divide-se em várias fases de engenharia: sondagens, fundações, arquitetura, cálculos estruturais, e, execução propriamente dita, e, responsabilidade técnica. Nas sondagens e fundações, com a aplicação dos tubulões, estacas ou cintas, os problemas são tormentosos, quando ocorridos, pois produzem os chamados “recalques diferenciais”, que podem comprometer toda estrutura e serviços levados a efeito a partir daí, sendo autênticas “causas”. Se levados os problemas ao judiciário, apresentam-se como questões altamente complexas e difíceis de serem resolvidas, via da responsabilidade subjetiva ou da culpa ou pela culpa e que se encerram pela improcedência em decorrência da falta de prova...

Evidente que tais questões podem ser resolvidas pelo “risco profissional”, sem as alquimias, sutilezas e dúvidas, num terreno, profundamente, técnico especializado, refletindo-se, então, numa garantia social a mais.

De memória, podemos apontar a queda da ponte sobre o “rio da prata”, na rodovia Brasília-Belo Horizonte, onde centenas de pessoas vieram a perder a vida, tragadas, inexoravelmente, por aquele curso de água. Uma série de hipóteses de defeitos foram levadas a efeito, mas as vítimas restaram-se com seus prejuízos, tendo-se em vista as dificuldades jurídicas, via do nosso artº 159...

Há uma previsibilidade normal, do homem médio e cauteloso, técnico e especializado, que deve ser adicionada em todas construções, seja de pontes, edifícios ou do que seja, inadmitindo que o extravasar do rio seja um fato imprevisível e inevitável, quanto aos efeitos desastrosos... jamais podendo ser tipicado de força maior, em nosso entender.

Não é de se deslembrar que ao engenheiro cabe o necessário aconselhamento técnico, e, em hipótese alguma pode render-se, diante das imposições do dono da obra, mormente, quando tal pode levar ao prejuízo da solidez, segurança e serventia, no ambiente normal em que a obra vai

permanecer. Rendendo-se, no caso, está ferindo uma norma moral e social e até mesmo legal, pois o proprietário não tem o descortino técnico e a experiência, para aperceber-se do risco que corre com a aceitação de sua própria imposição, no mais das vezes, com o fim de diminuir o preço da construção ou para o aumento do conforto.

O preço da obra, no que entendemos, tem sido o vetor mais perigoso em busca das vítimas por esboroamento das construções, mas tal não isenta os engenheiros e firmas de engenharia, que, muitas vezes, podem barateá-las, com o fito de maior lucro nas empreitadas, ou até mesmo de ganho das concorrências ou tomadas de preços, quando se arriscam ao enquadramento do artº 5º da Lei de Introdução, ou das finalidades sociais e exigências do bem comum e social, pois toda construção não deixa de ser um risco público.

#### 4 — RESPONSABILIDADE CIVIL MODERNA

Com essa amostragem, firmamo-nos, nos dois analisados troncos profissionais, constatando-se que a "responsabilidade objetiva" ou "responsabilidade pelo risco criado" traz uma segurança muito maior a todos aqueles que se inserem numa sociedade altamente mecanizada, apressada, e tecnocrata; complexa, finalmente, no que concerne à reparação dos injustos prejuízos causados por terceiros, diante da simples adoção da responsabilidade subjetiva, ou teoria da culpa, que nos leva a pensar seriamente na expressão de MORIN em sua obra LA LOI ET LE CONTRAT, quando firmou a respeito.

*La culpe et un mensonge juridique destiné a camoufler la réalité.*

Na verdade o regime democrático aperfeiçoa-se, quando abraça uma responsabilidade civil modernizada e mais justa, estreitando o campo da responsabilidade subjetiva e alargando o da responsabilidade objetiva, num caminhar social, deixando para trás as fórmulas individualistas, heranças romanas e que persistiram até o século XIX, com o que de melhor havia, antes da revolução industrial.

Se felicidade para o homem é a própria serenidade da mente e a ausência de temor, cremos, que a segurança da incolumidade física e psíquica pode ser obtida com a adoção da responsabilidade civil objetiva ou pelo risco, na certeza de que qualquer dano injusto, causado por terceiros, terá a sua reparação certa.

Por outro lado, aqueles que se entregam a atividades que irradiam riscos, estarão conscientes e cientes do que assumem, podendo se precaver ou segurarem-se, certos de que o fazem como um dever social, que pode lhes

encontrar também no outro polo da relação, ou seja como vítimas, estado de frustração tão normal quanto o de êxito ou lucro.

Creemos que a “teoria do risco” atende, melhormente, aos anseios comunitários do próprio homem, até mesmo no sentido de uma melhor educação pessoal e social, produzindo o ser humano, autenticamente responsável, com noção exata do efeito reflexo de seus próprios atos e atividades. Seria a liberdade responsável, uma liberdade voluntariamente subordinada e não conflitante, dentro da igualdade, respeito e dignidade, que de todos deve ser apanágio; uma sociedade humana e mais organizada.

A responsabilidade pela culpa leva-nos a um cruciante julgamento de um autêntico e real estado subjetivo, sabendo-se que todos os julgamentos humanos são levados pela preferência ou aversão, e, ademais, difícil, penoso e custoso, quando não, até mesmo impossível.

Existe uma área, que não se deixa quedar, diante de tais dificuldades, impermitindo que as vítimas permaneçam súplices e até mesmo aturdidas, à espera, ou, frustradas com as providências do Estado, para se fazer justiça; inadmitindo que se revoltem e disseminem a revolta como vírus peçonhento e contaminante de toda sociedade, esta área é a de responsabilidade pelo risco, sem desprezar a culpa, que se contém dentro da causa.

Se responsabilidade é resposta, quando não existe a última, para as injustiças ocorridas, temos um estado social de vício e de pecado jurídico, contrariando a própria máxima bíblica:

“Amarás o próximo como a ti mesmo!”

E a resposta estará muito mais presente, quando se abraça a responsabilidade objetiva, ou, responsabilidade sem culpa, pela simples causa do desastre ocorrido.

A questão não é tanto de lógica, mas muito mais de equidade, amor e fraternidade para com as vítimas, num autêntico ato de responsabilidade social pelos danos ocorridos, e, num até mesmo aperfeiçoamento do Estado Democrático, partindo da consideração do fato, em si mesmo, e, derivando daí a responsabilidade, não como materialismo jurídico, mas como aplicação dos mais lúdicos princípios de Justiça e equidade. Assim, resguardaremos o cidadão da brutalidade da vida moderna, onde, infelizmente, a burguesia e o homem egoísta tem lugar de realce, e, isto, encontramos em nós mesmos.

Não se trata de revivescência do barbarismo primevo, pois aqui cogita-se da equidade, solidariedade e altruísmo.

Não se trata de retrocesso aos tempos do primitivismo, pois a evolução humana é mesmo helicoidal e cíclica, mas como as idéias, gênero retornando, mais refinadas, progressistas e humanas.

Não reduzirá o homem à inatividade, pois nos ramos já aplicados: o do trabalho, e, no dos transportes, as atividades são cada vez maiores e mais entusiasmantes.

Não se trata de expulsão do conceito de culpa, pois não se fala da desnecessidade da culpa e sim de sua insuficiência.

Não se trata de uma teoria materialista e amoral, pois é cediço que no "direito das obrigações" a estrutura econômica é mais do que necessária, para que a ação seja real. E o homem, antes de ser pessoa humana, é também indivíduo e matéria.

Não é de se falar em contornos imprecisos ou noções inexatas da teoria do risco, pois não existe palavra mais filosófica, vaga e fluida do que o termo "culpa", verdade sendo que, todos que a tentam definir, caem na própria indefinição psicológica do termo "conduta" ou "falta".

Se os pais e responsáveis respondem pelos filhos menores ou pelos deficientes, assim como os proprietários das coisas respondem pelo fato de o serem; pela mesmíssima razão, que é de se dar justiça aos injustamente prejudicados, em seus patrimônios, deve-se, por uma razão lógica, dar-se a extensão devida e generalizada da "responsabilidade pelo risco criado, ou pela causa" como regra geral, bastando o fato-causa e o fato efeito-prejuízo.