

**A RESPONSABILIDADE POR ATIVIDADES ARRISCADAS NO BRASIL, NA
INGLATERRA E NOS ESTADOS UNIDOS**

THE LIABILITY FOR RISKY ACTIVITIES IN BRAZIL, IN ENGLAND AND IN THE
UNITES STATES

Verônica Vieira Amorim

RESUMO

O artigo tem por finalidade estudar a responsabilidade objetiva decorrente de atividades arriscadas no direito comparado. Elegeu-se o sistema do *common law*, mais especificamente a Inglaterra e Estados Unidos, tendo em vista as contribuições que tais países podem dar à responsabilidade civil. Em função da natureza jurídica bastante diversa desses dois países em relação à responsabilidade decorrente de atividades arriscadas no Brasil, é possível definir com maior exatidão o instituto, ressaltado por meio de suas diferenças funcionalmente equivalentes. O estudo comparado tem o objetivo de enriquecer o Direito brasileiro, seja constatando a superioridade dos institutos aqui existentes, seja proporcionando soluções ou sugestões para as insuficiências que se revelam no campo da responsabilidade civil brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; Atividades arriscadas; Common law.

ABSTRACT

The article has for purpose to study the objectivity responsibility due to risky activities in compared legal studies. The system of the common law was chosen, more specifically England and United States, once that such countries can contribute to the civil responsibility research. In view of the quite distinct juridical nature of those two countries in relation to the civil responsibility due to risky activities in Brazil, it is possible to define with larger accuracy the institute, pointed out through their equivalent functional differences. The compared legal studies has as an objective the enrichment of the Brazilian law, verifying the superiority of the institutes here existent, or providing solutions or suggestions for the inadequacies that are revealed in the field of Brazilian civil responsibility.

KEY-WORDS: Liability; Risky activities; Commons law.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade subjetiva por muito tempo foi a única responsabilidade conhecida, exigindo a demonstração de culpa do ofensor para que fosse aplicada. Ocorre que a demonstração do requisito subjetivo muitas vezes consagra um verdadeiro desamparo à vítima. A responsabilização exclusivamente fundada na culpa é insuficiente para solucionar vários problemas, seja em função do declínio do individualismo e da ascensão da socialização dos custos sociais, seja em função do caráter limitado da teoria clássica ou em função da necessidade de um critério mais equitativo de distribuição de justiça (SILVA, 1974, p. 202-203).

Nasce, portanto, a responsabilidade objetiva, em que a culpa passa a ser o elemento accidental da responsabilidade civil e não mais o elemento primordial. O desenvolvimento de tal modalidade de responsabilização, contudo, não se deu de forma pacífica:

Resultado disso foi não apenas a consagrada idéia de '*pas de responsabilité sans faute*', mas, muito além, a atribuição de culpa de uma certa preponderância na etimologia do ato ilícito. A associação da conotação psicológica da culpa com uma rigorosa exigência de sua demonstração conduziu, gradativamente, à modelagem doutrinária e jurisprudencial de um obstáculo verdadeiramente sólido para a reparação dos danos... Entretanto, com o desenvolvimento do capitalismo industrial e a proliferação de acidentes ligados as novas tecnologias, tal dificuldade intensificou-se ao extremo, atraindo a intolerância social e a rejeição do próprio poder judiciário. A exigência de que a vítima demonstrasse a culpa em acidentes dessa natureza... tornava-se verdadeiramente odiosa diante de seu desconhecimento sobre o maquinismo empregado, da sua condição de vulnerabilidade no momento do acidente e de outros tantos fatores que acabaram por assegurar a prova da culpa a alcunha de *probatio diabólica* (SCHREIBER, 2007, p. 16-17).

Essa dificuldade pode ser percebida amplamente em outros ordenamentos jurídicos, sobretudo relativamente à responsabilização objetiva por atividade arriscada. Embora a maioria dos países aceite a responsabilização sem culpa para as atividades arriscadas, é um assunto que ainda causa muita divergência. Buscam-se, sempre, critérios putativos e seguros para a aplicação da responsabilidade objetiva.

No que se refere ao direito brasileiro, se antes afirmávamos que a responsabilidade subjetiva era a regra e a responsabilidade objetiva era a exceção, após a promulgação do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) o panorama muda. Nesse sentido, pode-se dizer que a responsabilidade civil objetiva está em ascensão, demandando cada vez mais espaço. A

jurisprudência, as cortes e a própria legislação abordam o tema com vistas a solucionar o desamparo da vítima e a mitigar a dificuldade de se fazer a prova da culpa.

No que tange às atividades arriscadas, é importante salientar as palavras de Reid (1999), o qual afirma que os sistemas legais lidam de forma diferente quando se trata de atividades perigosas, podendo-se seguir três vertentes. Primeiramente, os países podem adotar uma enumeração exaustiva, em que são discriminadas todas as atividades consideradas arriscadas, como, por exemplo, a Alemanha e a França. Em segundo lugar, a lista pode ser exemplificativa, sendo possível a inclusão de outros casos não disciplinados, como ocorre no Código Russo e Espanhol. Na última vertente, podem ser abordadas apenas palavras gerais, determinando o preenchimento de alguns requisitos para que seja aplicada a responsabilidade objetiva, como foi feito na Inglaterra por meio da regra *Rylands* e posteriormente nos Estados Unidos.

Nesse ponto, a Inglaterra e Estados Unidos foram escolhidos para se fazer um contraponto entre as formas de responsabilização das atividades arriscadas desses dois países e a responsabilidade por tais atividades aqui no Brasil, tendo em vista o proveito que um estudo comparado sobre o assunto poder trazer.

Diante disso, a primeira parte do artigo irá analisar a responsabilidade objetiva por atividade de risco na Inglaterra. A segunda parte irá analisar a mesma modalidade de responsabilidade nos Estados Unidos. A terceira parte irá estudar a responsabilidade objetiva por atividades arriscadas no Brasil. A quarta parte irá comparar o quadro da responsabilidade nos ordenamentos estudados. A quinta parte conclui o artigo.

2 RESPONSABILIDADE POR ATIVIDADE ARRISCADA NA INGLATERRA

A análise da atividade arriscada na Inglaterra teve origem na regra criada no caso *Rylands v. Fletcher*¹ proferida em um processo concluído em 1868. A regra pode ser apontada como a primeira representante da teoria da responsabilidade objetiva pela prática de atividade naturalmente arriscada e é de extrema importância.

Por óbvio que a regra foi sendo moldada pelas inúmeras decisões posteriores que modificaram, complementaram ou limitaram sua aplicação e entendimento. Como exemplo,

¹ *Fletcher v. Rylands* (1866), L. R. 1 Ex. 265 at p. 279; affirmed in the *House of Lords* (1868) L. 1. 3 H. L. 330.

há o caso *Rickards v. Lothian*², em que se atesta que não é qualquer uso da terra que atrai a aplicação da regra *Rylands*, mas somente aquele uso especial que aumenta o perigo para outros. Já no caso *Cambridge Water Co. v. Eastern Counties Leather PLC*³ foi indicado que a previsibilidade do risco é elemento essencial para que fosse aplicada a regra *Rylands*. Há também os casos *Nichols v. Marsland*⁴ e *Rickards v. Lothian*, que redefiniram a aplicação da regra nos casos em que o dano decorre de um ato de terceiro ou de força maior.

No entanto, ela não foi abandonada, tampouco esquecida pelo ordenamento jurídico inglês, servindo de base para posteriores discussões acerca dessas atividades arriscadas, como se constata pelos relatórios de risco, tais como: *The Law Commission n°32- Civil Liability for Dangerous Things and Activities*; *Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury*; e *Government Policy on the Management of Risk*, também estudados no presente artigo.

2.1 Caso *Rylands v. Fletcher*

A regra do caso *Rylands v. Fletcher*⁵ foi formada pela decisão da *Exchequer Chamber* e posteriormente acrescida à decisão da *House of Lords*. De acordo com MacDonald (1923), a regra *Rylands* surgiu originalmente das leis do *common law* que impunham a responsabilidade absoluta pela invasão (*trespassing*) de animais que acarretassem dano. Ocorre que no mencionado caso não foram animais que irromperam de uma fazenda vizinha para outra, causando dano, mas sim uma enorme quantidade de água que escapou de um reservatório.

Trata-se do caso entre dois vizinhos – John Rylands e Jehu Horrocks (réus da ação) e Thomas Fletcher (autor da ação). John Rylands construiu um reservatório de água a fim de abastecer o moinho que existia em suas terras. Durante as escavações, os engenheiros e arquitetos responsáveis pela construção do reservatório encontraram poços subterrâneos desativados que estavam aterrados com entulho e terra, embora não tenham comunicado nenhum desses fatos aos réus.

² *Rickards v. Lothian* [1913] AC 263

³ *Cambridge Water Co. v. Eastern Counties Leather PLC*, 1 All E.R. 53 (H.L. 1994).

⁴ 2 L.R. 1 (Ex. D. 1876).

⁵ *Fletcher v. Rylands* (1866), L. R. 1 Ex. 265 at p. 279; affirmed in the House of Lords (1868) L. 1. 3 H. L. 330.

Ocorre que os poços possuíam comunicação com as galerias de uma mina desativada, e por tal razão, poucos dias após a conclusão das obras e o reservatório ter sido parcialmente cheio, a mina pertencente a Fletcher (autor) sofreu uma inundação e foi quase toda destruída. Após diversas discussões sobre a possibilidade ou não de responsabilização dos réus, tendo em vista seu desconhecimento das galerias (inexistência de culpa), foi em sede de apelação que a regra se firmou definitivamente com todos os seus requisitos para aplicação.

De acordo com Pollock (1886), o Julgador da *Exchequer Chamber*, Balckburn J. se manifestou da seguinte forma:

Uma questão de direito aqui surge, qual é a obrigação que a lei impõe a uma pessoa que, como os réus, legalmente trazem para suas terras algo que, embora inofensivo enquanto lá permaneça, irá naturalmente acarretar em um prejuízo se escapar da sua terra. É amplamente aceito que ele deve cuidar para que fique dentro da propriedade qualquer que seja a coisa trazida para as terras, com o objetivo de que não escape e prejudique os seus vizinhos; mas a questão surge se o dever que a lei impõe ao dono da coisa, sob tais circunstâncias, é um dever absoluto de guarda, ou se é, como a maioria da Corte de Exchequer pensa, meramente um dever de tomar uma razoável e prudente precaução, de manter a coisa dentro da propriedade, e só. Se a primeira é a lei, a pessoa que trouxe para suas terras e mantém lá algo perigoso, vindo a falhar na sua guarda, será responsável por todas as conseqüências naturais se a coisa escapar. Se a segunda for o limite de seu dever, ele não será responsabilizado salvo prova da negligência, e, conseqüentemente, não será responsabilizado da fuga decorrente de defeito latente que a prudência e perícia não poderiam detectar (POLLOCK, 1886, p. 54 – tradução livre).⁶

Um novo recurso levou a questão para a *House of Lords*, que confirmou a decisão anterior, determinando que os réus fossem responsabilizados independentemente de culpa. Lord Cairns, na ocasião, acrescentou à regra um dos seus elementos mais polêmicos: o uso “não natural da terra”, termo que ainda causa confusão para ser aplicado.

Nesse sentido Pollock (1886) afirma que Lord Cairns apontou que os réus, para atenderem seus próprios propósitos, fizeram o uso não natural da terra, na medida em que coletaram água em tal quantidade e de tal maneira que não é resultado de nenhum trabalho ou operação feita sobre ou sob a terra. O julgador ainda afirma que se o proprietário se

⁶ “The question of law therefore arises, what is the obligation which the law casts on a person who, like the defendants, lawfully brings on his land something which, though harmless while it remains there, Will naturally do mischief if it escape out of his land. It is agreed on all hands that he must take care to keep in that which he has bought on the land and keeps there, in order that it may not escape and damage his neighbors; but the question arises whether the duty which the law casts upon him, under such circumstances, is an absolute duty to keep it in at his peril, or is, as the majority of the Court of Exchequer have thought, merely a duty to take all reasonable and prudent precautions, in order to keep et in, but no more. If the first be the law, the person who has brought on his land and keeps there something dangerous, and failed to keep it in, is responsible for all the natural consequences of its escape. If the second be the limit of his duty, he would not be answerable except on proof of negligence, and consequently would not be answerable for escape arising from any latent defect which ordinary prudence and skill could not detect”.

restringisse ao uso natural da terra, a vítima não poderia nada requerer, mas se esse uso não fosse natural, o causador do dano seria responsabilizado por todos os prejuízos, pois introduziu na propriedade algo que não estava lá anteriormente. Diante disso, o dano poderia ocorrer exatamente porque houve uma introdução de algo que não havia na terra anteriormente ou pela forma com que se deu o acréscimo da coisa.

De acordo como o caso analisado, conclui-se que a regra Rylands só pode ser aplicada se preenchidos alguns requisitos que podem ser encontrados na decisão de Blackburn:

Nós pensamos que a verdadeira regra de direito é que a pessoa que, para seus próprios propósitos, traz para as suas terras, recebe e guarda algo que possa causar danos se escapar, deve mantê-la sob sua responsabilidade e, se assim não fizer, será responsabilizado *prima facie* por todos os danos causados que sejam conseqüências naturais da sua fuga (POLLOCK, 1886, p.54).⁷

Embora a regra seja de grande importância para a responsabilidade por atividade perigosa, ela é limitada e não abrange todas as situações em que se busca uma responsabilização. Nesse sentido, podemos citar as considerações feitas por Shields (1999) que aponta algumas limitações da regra, tais como a necessidade de previsibilidade, o que deve se entender por escapada e o uso não natural.

No que se refere à previsibilidade, o autor aponta que Blackburn, ao formular a regra, determinou que a coisa deveria naturalmente fazer mal se escapasse. A imprescindibilidade desse elemento foi confirmada por *Lord Goff* no caso *Cambridge Water Co. v. Eastern Counties Leather PLC* ⁸. O efeito de tal requisito é que a escapada de uma coisa perigosa não se sustenta se o réu não tinha como saber do perigo, ou pelo menos previsto a potencialidade lesiva. Tal fato implica na necessidade do réu prever que a coisa sob sua guarda é capaz de provocar estrago se escapar, o que nem sempre acontece.

O requisito que se exige relativamente à “escapada” também restringe muito a aplicação da regra. A escapada deve se dar de um imóvel para outro imóvel, não abrangendo a possibilidade de responsabilização por acidentes sofridos pelo autor na própria terra do réu, tampouco por acidentes ocorridos em locais que não sejam relacionados a dois imóveis, como por exemplo um navio. Sendo assim, se a vítima sofre o dano dentro da terra do agressor ou

⁷ “We think that the true rule of law is, that the person Who for his own purposes brings on his lands and collects and keeps there, anything likely to do mischief if it escapes, must keep it in at his peril, and, if he does not do so, is *prima facie* answerable for all the damage which is the natural consequence of its escape.”

⁸ *Cambridge Water Co. v. Eastern Counties Leather PLC*, 1 All E.R. 53 (H.L. 1994).

pela escapada da coisa de um navio do agressor, não poderá ser aplicada a regra *Rylands*, pois é exigida a existência de dois imóveis.

Por fim, a grande limitação é o “uso não natural da terra”, na medida em que tal conceito não foi esclarecido. Shields (1999) ressalta que a utilização da palavra “natural” sempre nos remete a um conceito relacionado com aquilo que existe na natureza, isto é, não artificial. A segunda interpretação possível para a mencionada palavra é no sentido de ordinário e usual, ainda que seja artificial.

De acordo com o autor, a dificuldade de interpretação do “uso não natural” se deve às inúmeras decisões interpretando tal termo. No caso *Rickards v Lothian*⁹ o autor entende que houve a melhor definição do “uso não natural”, entendido como um uso especial que traz um aumento da periculosidade para outros. Assim, não se trata de uso ordinário da terra nem de uso que proporcione benefício geral para a comunidade.

O caso analisado no presente tópico instaurou a responsabilidade na Inglaterra por dano causado por atividade arriscada. Em que pese a regra possuir inúmeras limitações como os exemplos apontados, ela é de grande importância, sobretudo diante das inúmeras decisões que reinterpretaram a regra.

2.2 Estudo de casos que reinterpretaram e complementaram a regra *Rylands*

Na decisão proferida no caso *Rylands* fala-se de uma responsabilidade absoluta pela guarda de coisa perigosa. Woodside III, Silbersack, Fliehman e Feichtner (2003) escreveram um artigo criticando a responsabilidade absoluta atribuída à regra, em que pese vários estudos ainda proclamarem que se trata de uma responsabilidade absoluta. Os autores afirmam que muitas vezes quando a regra é aplicada pelos tribunais a responsabilidade é caracterizada como absoluta, sendo que outros estudiosos entendem que a responsabilidade absoluta é um termo sinônimo ao da responsabilidade objetiva.

Tal pensamento está errado, pois as responsabilidades não são sinônimas e a responsabilidade da regra é objetiva e não absoluta. A responsabilidade objetiva admite defesa, isto é, possui algumas restrições, exceções ou qualificações, enquanto que a responsabilidade absoluta não.

⁹ *Rickards v. Lothian* [1913] AC 263.

No caso *Rylands v. Fletcher*, em que pese os réus terem sido responsabilizados sob o argumento de tratar-se de responsabilidade absoluta, o julgador Blackburn da *Exchequer Chamber* delimitou alguns casos em que a regra poderia ser excepcionada. Tais exceções são observadas quando o ‘escape’ da coisa ocorre por conta de um ato de Deus ou como consequência de razões imprevisíveis.

As hipóteses citadas foram expressamente previstas na própria decisão que instituiu a regra, mas isso não impediu que a regra se desenvolvesse mais. As exceções para a aplicação da regra foram aumentadas nos inúmeros casos subseqüentes em que se discutiu a responsabilização decorrente de atividade de risco. Como já dito, a regra não foi sempre aplicada da forma como foi concebida, houve modificações e, sobretudo, reinterpretação das hipóteses de aplicação.

Nesse sentido, Macdonald (1923) cita algumas situações em que a regra não se aplicaria:

a) Quando a escapada é decorrente de força maior ‘*vis major*’ ou ato de Deus; ou, b) quando a escapada é decorrente de um ato de terceiro; ou, c) para a fuga de coisas que eram naturalmente presentes no local e que não foram artificialmente tratadas pelo ocupante; d) para a escapada de coisas trazidas ou mantidas sob suas instalações, não somente para os propósitos do réu, mas também para o benefício da pessoa prejudicada; ou, e) quando o ocupante é autorizado por *statute* a trazer ou guardar a coisa perigosa nas suas instalações (MACDONALD, 1923, p. 554)¹⁰

No que se refere à *vis major* e ato de Deus, essas exceções ficam muito claras no caso *Nichols v. Marsland*¹¹. Nesse caso, o réu construiu uma piscina ornamental que transbordou, inundando as terras vizinhas, tendo em vista a ocorrência de uma forte tempestade.

Desta vez a *Exchequer Chamber* sustentou o veredicto em favor do réu, sob o argumento de que existiam algumas circunstâncias que limitavam a responsabilidade dele. Primeiramente, a corte entendeu que o transbordamento não poderia ter sido antecipado e que não havia negligência na construção da piscina.

O juiz Mellish diferenciou esse precedente do precedente do caso *Rylands*. Enquanto que no caso *Rylands* a inundação foi causada pela mera manutenção de um reservatório de água, no outro caso a inundação só ocorreu pela superveniência de uma força maior: a tempestade. Nesse ponto o “ato de Deus”, segundo Macdonald (1923), significou uma

a) Where the escape is due to “vis major” or the act of God; or, b) Where the escape is due to the act of a stranger; or, c) To the escape of things which were naturally present on the premises and which were not artificially dealt with by the occupier; or, d) To the escape of things brought or kept upon the premises not solely for the defendant’s purposes but also for the benefit of the person injured; or, e) Where the occupier is authorized by statute to bring or keep the dangerous things on his premises.

¹¹ 2 L.R. 1 (Ex. D. 1876).

ocorrência extraordinária que não poderia ser razoavelmente antecipada ou impedida por meio de cuidado.

No que se refere ao ato de terceiro, os autores Woodside^{III}, Silbersack, Fliehman e Feichtner (2003) apontam os princípios expressos no caso *Box v. Jubb*¹², em que os réus não foram responsabilizados pelo transbordamento de água de seu reservatório causado por terceira pessoa.

A corte sustentou que o acúmulo de água não se dava por ação dos réus, razão pela qual a regra *Rylands* não se aplicaria. Ademais, a corte também entendeu que os réus não tinham quaisquer meios de prevenir a ocorrência da inundação, pois esta ocorreu não em virtude da atuação dos réus.

No que tange à terceira hipótese, a regra não se aplicaria no caso da coisa perigosa já existir no local ou não for decorrente de uma ação de acúmulo atribuída ao ofensor. Deve haver alguma forma de ação, acúmulo ou atividade por parte do réu para que ele seja responsabilizado.

A fim de exemplificar essa terceira hipótese, Macdonald (1923) traz dois casos em que os réus foram responsabilizados. O primeiro deles é o caso *Whalley v. Lancaster Railway*¹³. Nesse caso houve a construção de um aterro ferroviário que resultou em acumulação perigosa da água. A empresa ferroviária, com o intuito de criar um escape de água, cortou o aterro, fazendo com que a água corresse com grande violência e causasse muito mais dano do que se o aterro jamais tivesse existido. O segundo caso é *Hurdman v. North East Ry. Co*¹⁴ em que o réu colocou terra em sua propriedade e elevou seu nível topográfico, fazendo com que a casa do vizinho fosse inundada pela água da chuva que caía em sua propriedade e escorria para a do vizinho.

Outra possibilidade de exclusão da responsabilidade do ofensor se dá quando a manutenção da coisa beneficia tanto o réu quanto o autor. A regra somente se aplicaria quando existissem atos com o único propósito de beneficiar o ofensor.

Como exemplo, há o caso *Hess v. Greenway*¹⁵, em que determinou-se que o locatário não era responsável em relação ao sublocatário, salvo por negligência, por danos causados pelo congelamento e ruptura de um tubo ligado ao sistema de aquecimento de um edifício. Nesse viés, é importante ressaltar os apontamentos do juiz Meredith, citado por Macdonald:

¹² 4 L.R. 76 (Ex. D. 1879)

¹³ (1884) 13 Q. B. D. 131; ver também *McDougall v. Snider*, 15 D. L. R. 111.

¹⁴ (1878) 3 C. P. D. 168; cf. *Nashwaak Pulp Co. v. Wade*, 43 D. L.R. 143.

¹⁵ *Hess v. Greenway*, 48 D. L. R. 630 (Ont. C. A.)

É satisfatório saber que ... a doutrina *Rylands v. Fletcher*... não deve ser aplicada a um caso como este, onde a coisa que causou o prejuízo não é operada somente para o benefício de seu proprietário, mas também para o benefício da pessoa que sofreu o dano tanto quanto para o proprietário(MACDONALD, 1923, p.561).¹⁶

Diante desse requisito, percebe-se que houve uma preocupação com a finalidade da atividade, isto é, se a atividade também beneficiaria o prejudicado.

Por último, discute-se que a regra não é aplicada quando a atividade é praticada sob *statutory authority*. Quando a legislação sanciona e autoriza a utilização de determinada coisa, a parte não poderia ser responsabilizada. Nesse sentido Macdonald (1923) dá o exemplo de uma companhia de locomotivas, que mediante autorização, não será responsabilizada pelos danos da atividade se tomou todas as precauções e aplicou todos os meios de impedir o dano. Por outro lado, se tal companhia não possuir autorização, ela poderá ser responsabilizada sob a regra *Rylands*.

2.3 Relatórios sobre as situações de risco na Inglaterra

De acordo com Aguiar (2011), o Parlamento e o Governo inglês fizeram estudos acerca da responsabilidade civil, com o intuito de orientar a edição de futuros atos normativos. Três desses relatórios ficaram mais conhecidos por possuírem estreita relação com as atividades naturalmente arriscadas.

A primeira comissão é *The Law Commission n°32- Civil Liability for Dangerous Things and Activities (1965)*. De acordo com Aguiar (2011), essa comissão desenvolveu o estudo sobre as atividades perigosas baseando-se na regra *Rylands* apenas.

Segundo o autor, existem duas conclusões dessa comissão que merecem destaque. Primeiramente no que diz respeito ao critério a partir do qual a responsabilidade objetiva deveria ser aplicada. Nesse sentido, explica:

... a aplicação da responsabilidade objetiva na *Common Law* era feita a partir de dois critérios – quando a coisa ou a atividade envolvia um perigo (risco) especial, ou seja, uma maior probabilidade da ocorrência de um acidente (*more than ordinary risk of accidents*), ou um perigo (risco) de um dano mais grave (*a risk of more than*

¹⁶ “It is satisfactory to know that ... the doctrine of *Rylands v. Fletcher*... is not to be applied to such a case as this, where the thing which caused the injury is not operated solely for the benefit of the owner of it, but for the benefit of the person who suffers the injury as well as of the owner.”

ordinary damage), caso o acidente viesse efetivamente a ocorrer. (AGUIAR, 2011, p.80)

Outra conclusão importante é que a Comissão entendeu que a definição do que seriam ou não atividades perigosas não poderiam ficar submetidas ao alvedrio dos Tribunais, sendo que o mais apropriado é que as atividades perigosas fossem objeto de lei que as discriminasse.

A segunda comissão se chama *Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury* (1978). De acordo com Aguiar (2011) o relatório apresentado ao Parlamento em março de 1978 teve como diretiva o estudos das indenizações por danos pessoais sofridos por qualquer pessoa. A comissão entendeu que a responsabilidade deveria ser com base na negligência, salvo em situações excepcionais que justificassem a aplicação da responsabilidade objetiva.

A última comissão foi a *Government Policy on the Management of Risk* (2005). Conforme Aguiar (2011) esse relatório teve origem após um discurso feito por Tony Blair, no qual o Primeiro Ministro manifestou sua preocupação com a excessiva demanda por segurança na Grã-Bretanha. O trabalho dessa comissão foi focado na análise do risco sob uma perspectiva não individual e sim social. Concluiu-se que o risco de acidentes é algo inerente à vida cuja ocorrência pode ser prognosticada.

3 RESPONSABILIDADE POR ATIVIDADE ARRISCADA NOS ESTADOS UNIDOS

A responsabilidade por atividade arriscada nos Estados Unidos, embora tenha tido inspiração na regra *Rylands*, não teve o mesmo desenvolvimento que na Inglaterra. Por isso, é importante também fazer breves considerações acerca da forma como a responsabilização por atividade arriscada é tratada nos Estados Unidos, a fim de que se possa estabelecer quais são as semelhanças e diferenças em cada um dos ordenamentos, enriquecendo o estudo da responsabilidade civil.

3.1 A recepção da regra *Rylands*

Em que pese a regra *Rylands* ter surgido na Inglaterra, ela foi de grande importância para o desenvolvimento da responsabilidade objetiva nos Estados Unidos. De acordo com Woodside^{III}, Silbersack, Fliehm e Feichtner (2003) as cortes de Massachusetts e Minnesota adotaram a regra *Rylands* imediatamente. Como exemplo, temos o caso *Ball v. Nye*¹⁷ e *Cahill v. Eastman*¹⁸.

Já as cortes de Nova York¹⁹, Nova Hampshire²⁰ e Nova Jersey²¹ negaram a aplicação da regra *Rylands* sob o argumento de que os réus não deveriam ser responsabilizados pelos danos sem que se provasse a culpa ou a negligência deles, sugerindo que ser um membro da sociedade civilizada requereria o sacrifício de alguns direitos naturais. Todas as três cortes citadas repudiaram a regra *Rylands*, gerando até mesmo a afirmativa de que a regra era incompatível com a era da industrialização.

A regra sofreu grande oposição nas cortes norte-americanas, causando muita divergência, pois enquanto alguns defendiam o conceito de responsabilidade sem prova de negligência, outros se recusavam a impingir ao réu a responsabilidade quando ele tinha agido com o cuidado apropriado.

3.2 American Law Institute e os restatements

De acordo com Gordley (1981), a idéia de criar os *Restatements* nasceu em março de 1922 quando William Draper Lewis se encontrou com Elihu Root e propôs a idéia de criar uma organização que produziria os *Restatements of the Law*, com o intuito de clarificar e simplificar os termos gerais do *common law* dos Estados Unidos.

Seavey (1962) aponta que em 1923 ocorreu a primeira reunião composta por magistrados, advogados e professores que acreditavam que se trabalhassem juntos poderiam melhorar a compreensão dos princípios do *common law*, ajudando as cortes a uniformizarem suas decisões. Diante disso, surgiram os *Restatements*, versando sobre diferentes assuntos do *common law*.

¹⁷ *Ball v. Nye*, 99 Mass. 582 (1868)

¹⁸ *Cahill v. Eastman*, 18 Minn. 324 (1872)

¹⁹ *Losse v. Buchanan*, 51 N.Y. 476 (N.Y. 1873)

²⁰ *Brown v. Collins*, 53 N.H. 442 (N.H. 1873)

²¹ *Marshall v. Welwood*, 38 N.J.L. 339 (N.J. 1876)

Nesse viés, a fim de entender a trajetória na tratativa de atividade arriscada nos Estados Unidos, é primordial apontar os três *restatements* relativos ao assunto.

3.2.1 O primeiro *Restatement* (1938)

De acordo com Aguiar (2011), a responsabilidade por atividade naturalmente arriscada foi tratada no Capítulo 21, tendo sofrido grande influência do direito inglês, sobretudo no que diz respeito à regra *Rylands*. Segundo o autor, o primeiro *Restatement* adotou alguns critérios semelhantes à regra *Rylands*, tais como a probabilidade exacerbada de ocorrência do sinistro, gravidade e previsibilidade do dano e o uso não comum da atividade.

Winfield (1939) afirma que na seção 520 do primeiro *Restatement* há a definição de atividade arriscada como não sendo uma questão de uso comum, o que nos remete à regra *Rylands*:

§ 520. Definição de atividade perigosa

Uma atividade será perigosa se ela:

- a) necessariamente envolver um sério risco de prejuízo à pessoa, terra ou bens móveis pertencentes a outrem que não pode ser eliminado pelo exercício de cuidado, e
- b) não é uma questão de uso comum. (AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law of torts*. Saint Paul: American Law Institute Publishers, 1938. v.3, p.47 apud Aguiar, 2009, p.114)

King (1996) afirma que a seção 519 adotou uma regra geral de responsabilidade objetiva por prejuízos causados por um dano previsível decorrente de uma atividade arriscada. A atividade não poderia ser de uso comum, teria que envolver risco de causar um dano, o qual não poderia ser eliminado por *utmost care*.

De acordo com o autor, a influência de *Rylands* é evidente, na medida em que há foco na natureza da atividade que decorre do “uso comum” proposto por Cairns. Ademais, apesar das semelhanças, a experiência inglesa e a americana não se confunde. É notável que para a configuração de uma atividade como perigosa, os Estados Unidos passaram a exigir um alto grau de perigo, o que não ocorreu na Inglaterra. Além disso, o *Restatement* abrange o alcance da regra, na medida em que permite sua aplicação em outros casos além da invasão do imóvel.

Outro ponto levantado por Aguiar (2011) que merece destaque é o fato do direito norte-americano deixar claro que as disposições sobre atividade arriscada também se aplicam àquelas atividades que não possuem fins lucrativos.

3.2.2 O segundo *Restatement* (1970)

De acordo com King Jr.(1996) o segundo *Restatement* modifica a nomenclatura *ultrahazardous activities* (atividades que possuem perigo excessivo) para *abnormally dangerous activities* (atividades que produzem um perigo anormal). Há o abandono da intenção de justificar os critérios que transformam uma atividade em perigosa, com a concentração de esforços no conceito de risco anormal, isto é, aquele que não deve ser aceito.

Nesse *Restatement* há a fixação de 6 fatores que caracterizam a atividade arriscada: a) existência de um alto grau de risco com a possibilidade de causar algum dano; b) probabilidade do prejuízo ser grande; c) impossibilidade de eliminar o risco por um cuidado razoável (*reasonable care*); d) a extensão e a medida em que atividade não pode ser considerada uma questão de uso comum; e) local inapropriado para o exercício da atividade; e f) a extensão e a medida em que benefício trazido para a comunidade pela atividade pode ser superado por suas características perigosas (KING JR. 1996, p. 349).²²

Cobb (2010) analisa a decisão proferida no caso *Dyer v. Maine Drilling and Blasting, Inc.*²³, no qual se discutiu se a responsabilidade objetiva deveria ser aplicada para atividades que geravam um risco anormal, tendo em vista o segundo *Restatement*. O caso tratou de uma casa pertencente aos Dyer. A estrutura da casa foi abalada devido às explosões causadas pela empresa Maine Drilling. De outubro de 2004 a agosto de 2005, a empresa operou mais de 100 explosões perto da casa, sendo que pelo menos 6 explosões excederam os limites propostos pelo Escritório dos Estados Unidos para Minas (*United States Bureau of Mines – USBM*), limite este que visa minimizar o dano às propriedades decorrentes de vibrações sísmicas.

²² a) high degree of risk of some harm; b) likelihood that the harm will be great; c) inability to eliminate the risk by the exercise of reasonable care; d) extent to which the activity is not a matter of common usage; e) inappropriateness of the activity to the place where it is carried on; and f) extent to which its value to the community is outweighed by its dangerous attributes.

²³*Dyer v. Maine Drilling & Blasting, Inc.*, 2009 ME 126, 984 A.2d 210.

De acordo com o autor, o juiz Silver determinou que fosse aplicada a responsabilidade objetiva, sob o fundamento de que as explosões consistiam em uma atividade arriscada nos termos do teste dos seis fatores contido no segundo *Restatement*. A corte afirmou que explosões eram naturalmente perigosas, atestando que a maioria das cortes reconheciam que tal perigo não poderia ser eliminado pelo cuidado (*exercise of care*).

Nesse ponto, merece destaque a dissidência proposta pelo juiz Alexander, na medida em que sustentou que no caso Dyers não haveria necessidade de imposição da responsabilidade objetiva, na medida em que haviam evidências suficientes para a responsabilização da empresa sob o prisma da negligência.

Cobb (2010) entende que a decisão do referido caso abre as portas para a aplicação da responsabilidade objetiva para qualquer situação em que as cortes entendam que a atividade praticada se enquadra no teste proposto pelo segundo *Restatement*. Ocorre que, na opinião do autor, as atividades arriscadas deveriam ser disciplinadas por lei e a aplicação da responsabilidade objetiva deveria ser restringida ao máximo pelas cortes, só podendo ser aplicada em casos em que não é possível a análise sob a ótica da negligência.

Diante de tais considerações, apesar do segundo *restatement* tentar viabilizar a aplicação da responsabilidade objetiva, essa aplicação ainda se dá de forma subsidiária. O terceiro elemento do §520, qual seja, a impossibilidade de eliminar o risco por meio do exercício do cuidado razoável (*reasonable care*) impede a aplicação da responsabilidade objetiva em muitos casos, pois muito raras são as situações em que não é possível a análise da culpa/cuidado.

3.2.3 O terceiro *Restatement*

De acordo com Aguiar (2011) o terceiro *Restatement* ainda está aberto a sugestões e críticas. Foram modificados alguns requisitos que no segundo *Restatement* configuravam como essenciais para que a atividade fosse considerada de risco, dentre eles, a exigência de dano grave e o fator do local.

De acordo com King Jr. (1996), para que se pudesse aplicar a responsabilidade objetiva, era necessário o preenchimento dos 6 fatores concomitantemente, o que as vezes era difícil em relação ao critério relativo ao local. Como exemplo, pode-se citar a atividade nuclear, que independentemente do local onde ela esteja situada, é uma atividade de risco,

embora, de acordo com os seis critérios, para se aplicar a responsabilidade objetiva, seria necessário atestar o local como inapropriado. O resultado disso era que para aplicar a responsabilidade objetiva para atividade nuclear, as cortes tinham que considerar inapropriado qualquer local em que a empresa estivesse funcionando.

Esse *Restatement* manteve a exigência de que a atividade não seja aquela de uso comum e também manteve a exigência de um risco previsível de dano, conforme se constata pelo §20. (AGUIAR, 2011)

4 RESPONSABILIDADE POR ATIVIDADE ARRISCADA NO BRASIL

Moraes (2008) explica que o Código Civil de 1916, com inspiração no direito romano e influenciado pelo Código de Napoleão, fundou o seu sistema de responsabilidade civil baseado no ato ilícito, adotando a noção de culpa.

A culpa ficou por muito tempo arraigada na responsabilidade civil, sem que se pudesse pensar em uma forma de responsabilização desvinculada do requisito subjetivo. No entanto, a responsabilidade civil objetiva foi aos poucos entrando no ordenamento jurídico brasileiro e aí permanecendo.

De acordo com Lima (1998):

Uma análise profunda e sem idéias preconcebidas, dos vários dispositivos legais do direito comum, através dos Códigos Civis modernos e da jurisprudência dos tribunais, leva-nos à convicção de que o princípio da culpa cedeu terreno ao princípio da responsabilidade decorrente do risco criado e de várias outras hipóteses de responsabilidade sem culpa (LIMA, 1998, p.259).

O autor aponta algumas responsabilidades sem culpa na legislação especial, dentre tais responsabilidades, podemos citar acidentes ocorridos no âmbito do Direito do trabalho, acidentes de aeronaves, automóveis, minas e estradas de ferro. Passa-se a ter em vista a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano, e não mais a figura do ofensor que merece uma punição.

No Brasil, em 1912, foi promulgado o Decreto n. 2.681 (BRASIL, 1912) que abria exceção ao princípio da culpa, permitindo que, nos casos de responsabilidade do transportador ferroviário, a responsabilidade fosse fundada no risco criado ao viajante.

A partir de então a responsabilidade objetiva ganhou destaque no ordenamento jurídico brasileiro. A própria Constituição de 1988 consagrou a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos no art. 37, §6º (BRASIL, 1988), também atribuindo responsabilidade objetiva para aqueles que exploram energia nuclear, de acordo com o art. 21, XXIII, c (BRASIL, 1988).

O Código de Defesa do Consumidor também merece destaque, na medida em que também consagrou nos artigos 12 e 14 (BRASIL, 1990) a responsabilidade civil objetiva por fato do produto e do serviço.

Em 2002, com o novo Código Civil, o ordenamento jurídico trouxe uma cláusula geral, onde se prevê a obrigação de indenizar baseada no risco da atividade expressa no parágrafo único do art. 927, do CC: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implica, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002).

Como lembram Direito e Cavalieri (2007), o citado parágrafo único do art. 927, do CC, juntamente com o art. 931 e 187, também do Código Civil, constituem as três cláusulas gerais de responsabilidade objetiva no novo Código. O artigo 931, do CC prevê a responsabilização dos empresários individuais e as empresas pelos danos causados pelos produtos postos em circulação, enquanto que o art. 187 determina a responsabilização de quem age com abuso do direito.

De acordo com Schreiber (2007), ao adotar cláusulas gerais, o legislador brasileiro afastou definitivamente a idéia de que a culpa tem prevalência no sistema jurídico brasileiro. Ao contrário de Portugal e Itália que adotaram um sistema intermediário de presunção de culpa, o Brasil adotou a teoria da responsabilidade objetiva não só em casos expressamente previstos em lei, mas também deixou uma cláusula aberta cujo significado deve ser preenchido caso a caso.

No que tange à diferenciação entre culpa presumida e responsabilidade objetiva, é importante ressaltar as diferenças propostas por Netto (2008). O autor afirma que a culpa presumida é uma modalidade de responsabilidade subjetiva, e, por tal razão, não foge da discussão de culpa. No entanto, com o propósito de facilitar a reparação, há uma presunção de culpa que se concretiza num expediente técnico: a inversão do ônus da prova. Diante disso, percebe-se que a culpa presumida não passa de uma inversão do ônus da prova, cumprindo ao

agressor provar, no caso concreto, que não foi negligente, imperito ou imprudente, desfazendo contra si a presunção.

Já a responsabilidade objetiva é aquela em que não se discute a culpa, isto é, a vítima não tem de provar a culpa do ofensor. Tanto na culpa presumida quanto na responsabilidade objetiva, a vítima deve provar apenas o nexo causal e o dano, mas enquanto que na culpa presumida o agressor pode ser furtar da responsabilização, provando não ter agido com culpa, na responsabilidade objetiva, a culpa não é sequer discutida e ele não pode ser desobrigado do ressarcimento.

4.1 Modalidades de teorias do risco

O legislador brasileiro, ao consagrar a cláusula geral de responsabilidade objetiva, consubstanciada no parágrafo único do art. 927, do CC, não especificou o tipo de risco a que se refere o dispositivo legal.

Segundo Netto (2008), a opção do Código Civil em não discriminar quais seriam as várias matizes do risco é muito benéfica, na medida em que permite que a teoria do risco seja aplicada em qualquer modalidade. No entanto, a doutrina fez muitas diferenciações das teorias do risco, sendo que três delas foram escolhidas para serem brevemente abordadas no presente artigo: teoria do risco proveito, teoria do risco integral e teoria do risco criado.

A primeira delas, denominada teoria do risco proveito, traz a idéia de que é sujeito à reparação aquele que retira um proveito ou vantagem do fato causador do dano. Nesse sentido se manifesta Vieira (2004), afirmando que cumpre à vítima provar que o causador do dano obtém lucro ou vantagem econômica da atividade.

Há uma discussão grande sobre a dita “vantagem econômica”, que alguns autores colocam quando se discute o risco proveito. Essa indagação decorre de uma interpretação restritiva ou ampliativa do conceito “proveito”. Se adotado um conceito restritivo, o proveito estaria adstrito a uma noção econômica, aplicada para comerciantes ou industriais. No entanto, se partir-se de uma interpretação ampliativa, qualquer proveito estaria inserido, seja ele econômico ou não. Ocorre que o Código Civil não exige que haja tão somente vantagem pecuniária para que a teoria seja aplicada, deixando margem para interpretação do conceito.

Nas palavras de Pereira (2001, p.280): “[...] somente um insensato, como objeta Savatier, realiza atos sem ser guiado por um interesse de cunho pecuniário ou moral.” Da

mesma forma se manifesta Lima (1998, p. 198): “A teoria do risco não se justifica desde que não haja proveito para o agente causador do dano, portanto, se o proveito é a razão de ser justificativa de arcar o agente com os riscos, na sua ausência deixa de ter fundamento a teoria”. Diante disso, a teoria do risco proveito se resume na máxima: *ubi emolumentum, ibi onus* (ALONSO, 2000, p.63).

Outra teoria é a chamada teoria do risco integral, sendo taxada por alguns como brutal. De acordo com Pereira (2001) essa tese não prosperou no âmbito do direito privado, pois os objetivistas extremados “procuram sempre subordinar a idéia de ressarcimento a um critério que retire o princípio da responsabilidade civil a um universo incontrolável do ambiente aleatório” (PEREIRA, 2001, p.281)

De acordo com essa teoria não há o rompimento do nexo causal, isto é, não se admite qualquer excludente de responsabilidade civil. Dessa forma, ainda que existam excludentes de responsabilidade tais como força maior e caso fortuito, o agressor será responsabilizado. Por meio dessa teoria, a Administração ficaria responsável por indenizar qualquer dano, independentemente do dano ter sido gerado por dolo da vítima.

A última teoria a que se faz referência é a teoria do risco criado. De acordo com Vieira (2004, p. 89), para que ocorra o risco criado: “basta o exercício de determinada atividade por alguém para que este seja responsável pelos eventos danosos, visto que criou o perigo, sendo isento apenas por ocasião da prova de que tomou todas as medidas prudentes para evitá-lo.”

Essa modalidade de risco é defendida por Pereira (2001). Primeiramente, introduz a idéia de que quem causou o dano a outrem tem o dever de repará-lo, sendo uma resposta às condições desejáveis da responsabilidade civil. Em segundo lugar, ao contrário do risco proveito que é embasado na vantagem auferida, o risco criado se foca na atividade, independente do bom ou mau resultado que dela advenha. Com a adoção dessa teoria, não existiria mais para a vítima o ônus de provar que o ofensor auferiu proveito com a atividade, bastaria o exercício da atividade que causou dano.

4.2 Análise da cláusula geral de responsabilidade civil objetiva

A introdução da responsabilidade objetiva no ordenamento por meio de cláusula geral é de extrema importância. Diante disso, é pertinente fazer algumas considerações acerca do assunto.

De acordo com Menke (2004), as cláusulas gerais tiveram origem no ordenamento jurídico alemão. Do ponto de vista da técnica legislativa, as cláusulas são enunciados que possuem linguagem intencionalmente vaga. No entanto, como lembra o autor, elas não se confundem com princípios, na medida em que a cláusula geral deve ser sempre expressa e um princípio pode integrar o ordenamento mesmo sem ser positivado.

No que se refere à interpretação das cláusulas gerais, Menke (2004) faz uma distinção entre o método de subsunção e de concreção, concluindo que esse último seria o melhor deles para lidar com as cláusulas gerais. A subsunção é mais adequada para normas caracterizadas por formação rígida, exigindo uma identidade conceitual entre conceito fático e o conceito normativo, o que dificilmente ocorre quando se analisa as cláusulas gerais. Por outro lado, na concreção o juiz se vê obrigado a analisar o caso concreto em toda a sua potencialidade, cumprindo a ele individualizar o caso até certo critério.

Diante disso, a consagração de uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, sobretudo o parágrafo único do art. 927, do CC, permite que o juiz faça uma operação intelectual mais complexa, da qual ele extrai os efeitos e também as consequências práticas de uma cláusula geral.

Nesse viés, é importante delimitar os contornos dessa cláusula geral, pois praticamente todas as atividades da sociedade moderna trazem algum tipo de risco. É importante tecer alguns questionamentos acerca dos termos expressos na cláusula, tais como: a) o que se deve entender por “atividade normalmente desenvolvida”? b) qual o sentido da expressão “implicar, por sua natureza, risco”?

4.2.1 Atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano

De acordo com Cavalieri (2010) a palavra mais importante desse dispositivo é a “atividade”, sendo que o autor faz uma comparação entre o parágrafo único do artigo 927 e o art. 186, ambos do Código Civil. Quando o legislador quis referir-se a uma conduta isolada, ele colocou “ação ou omissão” (art. 186); no entanto colocou “atividade” no art. 927, o que leva à conclusão de que as duas disposições não podem ser interpretadas da mesma maneira.

A palavra “atividade” nos remete a uma conduta reiterada, praticada com habitualidade, enquanto que a “ação ou omissão” é uma conduta isolada. Segundo o autor: “Não há como afastar a ideia, já consagrada pela lei e pela doutrina, de que atividade indica serviço, ou seja, atuação reiterada, habitual, organizada profissional ou empresariamente para realizar fins econômicos” (CAVALIERI, 2010, p.174).

Coadunando-se com o entendimento de Cavalieri, Beraldo(2006) também aponta que a expressão “normalmente desenvolvida” implica numa atividade que não é momentânea. O autor dá o exemplo de uma floricultura que possui um gerador de energia para possibilitar a manutenção do estoque de flores refrigerado. Se esse gerador vier a explodir, não seria possível a aplicação do parágrafo único do art. 927, na medida em que a atividade normalmente desenvolvida por essa sociedade não requer a utilização do gerador, que é só para o caso de urgência.

Percebe-se que o legislador atribuiu responsabilidade objetiva para prejuízos decorrentes de atividades praticadas e não por condutas isoladas, o que implica na abrangência de um serviço.

4.2.2 implicar, por sua natureza, risco

A referida expressão causa muita perplexidade, na medida em que é de difícil definição, pois é vaga.

De acordo com Direito e Cavalieri (2007), para que se esclareça o tema, é necessário ter em mente a noção de risco inerente, já delimitado pelo direito do consumidor. Segundo ele, existem riscos intrinsecamente atados aos serviços ou à forma de funcionamento de tais serviços.

Para que se entenda melhor a definição proposta por Cavalieri, é necessário fazer algumas elucidações sobre esse risco inerente proveniente do Direito do Consumidor. Sobre o assunto, Benjamin (2009) aduz que a periculosidade de produtos e serviços pode-se dividir em dois grandes grupos: periculosidade inerente (ou latente) e os de periculosidade adquirida (em razão de um defeito).

O risco inerente é referente a uma expectativa legítima, isto é, os produtos colocados no mercado devem atender expectativas de segurança que deles se espera. Para isso, é preciso o preenchimento de dois fatores: um objetivo e outro subjetivo. O fator objetivo é preenchido

quando a periculosidade esteja de acordo com o tipo específico de produto ou serviço. Já o fator subjetivo requer que o consumidor esteja totalmente apto a prever o risco (BENJAMIN, 2009)

Outra definição que pode ser atribuída ao conceito é a de Beraldo, citando C. Massimo Bianca: “atividade que por sua própria natureza ou por características dos meios utilizados contém uma intensa possibilidade de provocar um dano em razão de sua acentuada potencialidade ofensiva.” (BIANCA, apud BERALDO, 2006, p.274).

Diante disso, conclui-se que a atividade que gera risco por sua natureza é aquela que tem uma potencialidade lesiva fora dos padrões normais, isto é, vai além das expectativas da sociedade.

5 COMPARAÇÃO ENTRE A RESPONSABILIZAÇÃO POR ATIVIDADE ARRISCADA NA INGLATERRA, ESTADOS UNIDOS E BRASIL

Após a análise da responsabilização por atividade arriscada nesses três países é necessário uma comparação entre elas, a fim de que se possa enriquecer o estudo do tema. Nesse sentido, passa-se a uma comparação pontual de cada um deles.

5.1 Diferenças entre Inglaterra e Estados Unidos

Goodhart (1940) afirma que o capítulo 21 do primeiro *Restatement* se preocupa com as atividades arriscadas (*ultrahazardous activities*), sendo que no direito inglês a proteção do tema se dá por meio da aplicação da regra *Rylands*. Além disso, enquanto que na Inglaterra a responsabilização por atividade arriscada se limita a proprietários de terra, isto é, concentra-se no litígio que envolva duas propriedades, nos Estados Unidos a proteção foi estendida.

Outro ponto levantado pelo autor que é bem interessante se refere ao disposto na seção 522, do primeiro *Restatement*. Enquanto que o direito inglês não aplica a regra *Rylands* na ocorrência de um ato de terceiro, de um animal ou pela ocorrência de forças da natureza, a seção 522 do primeiro *Restatement* determina o contrário, isto é, uma pessoa que realiza uma atividade arriscada deve ser responsabilizada ainda que ocorra as hipóteses anteriores.

Em que pese as modificações erigidas no direito norte-americano, introduzidas pelo segundo e terceiro *Restatement*, é possível perceber que a proteção da atividade arriscada, seja ela uma *ultrahazardous activity* (primeiro *Restatement*) ou uma *abnormally dangerous activity* (segundo *Restatement*) ainda é regida pelos *Restatements*.

É crescente a tendência nos Estados Unidos de aplicar a responsabilidade objetiva de uma forma subsidiária, somente naqueles casos em que não poderia ser possível provar a culpa. Exemplo disso é o terceiro requisito do segundo *Restatement*, que exige a impossibilidade de eliminar o risco por meio do cuidado (*reasonable care*).

Enquanto que a responsabilização nos Estados Unidos se dá pelos *Restatements*, os quais buscam a precisão, o direito inglês tem uma dificuldade para aplicar critérios objetivos de delimitação da regra Rylands. De acordo com Aguiar (2011), cada trecho da regra proposta por Balckburn J. e Lord Cairns foi submetido a um exame morfológico minucioso, buscando-se o significado de cada uma das intenções dos julgadores.

Outro ponto diferente nos dois ordenamentos que merece destaque se refere à característica que faz a atividade arriscada. Nos Estados Unidos adotou-se o conceito de que a atividade seria arriscada se não for uma questão de uso comum. Goodhart (1940) critica essa característica por não ser muito conclusiva, pois ainda que estocar dinamite fosse uma atividade comum para a sociedade, tal atividade não deixaria de ser perigosa.

O segundo *Restatement* já é mais objetivo, na medida em que lista os fatores que caracterizam a atividade como arriscada, sendo que o quarto fator (d) *extend to which the activity is not a matter of common usage*) nos remete à característica já mencionada de não ser questão de uso comum. Diante disso, percebe-se que essa característica foi mantida no primeiro e no segundo *Restatements*.

Nos Estados Unidos, como indica Aguiar (2011), a partir do momento em que é estabelecido o precedente, isto é, a atividade é considerada perigosa, a vítima é dispensada de provar a culpa e também os fatores caracterizadores do perigo anormal. O autor aponta algumas atividades que são reconhecidamente perigosas:

O transporte e armazenamento de produtos químicos e líquidos inflamáveis em área urbana; O uso de fogos de artifício; Bate- estacas (vibração excessiva); Pulverização aérea de inseticida; O uso de gás venenoso (fumigação); O desenvolvimento de foguetes; Depósito de lixo de materiais perigosos; A perfuração de poços de petróleo. (AGUIAR, 2011, p. 121)

Já na Inglaterra, para definir se a atividade é ou não arriscada, adota-se o critério de uso não natural da terra, elemento introduzido pelo Lord Cairns, como já estudado. Esse

requisito seria inconclusivo, pois não existiriam critérios claros para se definir o que seria ou não um uso natural da terra.

5.2 Diferenças entre Inglaterra e Brasil

Os preceitos do *common law* podem ser sintetizada pela afirmação de Soares (2009, p. 53): “na *Common Law*, a idéia que permeia o sistema é de que o direito existe não para ser um edifício lógico e sistemático, mas para resolver questões concretas.” O direito tanto da Inglaterra quanto dos Estados Unidos, se construiu em casos concretos, ao contrário do Brasil, que sofreu influência romano-germânica, adotando o sistema de codificação do Direito Romano.

Como não poderia deixar de ser, o início da responsabilização objetiva pela prática de atividade arriscada na Inglaterra se desenvolveu a partir de uma regra criada num caso concreto: o caso *Rylands v. Fletcher*²⁴ e a responsabilização no Brasil se deu por meio de disposições específicas em leis especiais e uma cláusula geral.

Nesse sentido, é imperioso traçar os principais paralelos entre a responsabilização do direito inglês e a responsabilização do Brasil. A responsabilização na Inglaterra se dá de forma muito restrita, pois ainda se aplicam todos os requisitos da regra *Rylands* para que haja a responsabilidade objetiva.

Essa limitação foi fortemente percebida pelos Ingleses. Nesse sentido, é importante lembrar o caso *Cambridge Water Co. v. Eastern Counties Leather PLC*²⁵ e as considerações feitas pelo *Lord Goff*. Nesse caso, tentou-se aplicar a regra *Rylands* para responsabilizar uma indústria que manufaturava couro, sob o argumento de que o produto químico utilizado para processar as atividades causou a contaminação da água. Como lembra Looney (1996), a Corte de apelação não aplicou a regra *Rylands* ao presente caso, tendo em vista o fato de não se poder entrever a “escapada”.

Na *House of Lords*, *Lord Goff* questionou se a regra poderia ser aplicada sem que houvesse a previsibilidade do dano, chegando à conclusão de que a previsão era elemento essencial para aplicar a regra, o que também limita sua aplicação. Fazendo uma análise do modelo norte-americano, o *Lorde* também entendeu que a idéia expressa na regra poderia ser

²⁴ *Fletcher v. Rylands* (1866), L. R. 1 Ex. 265 at p. 279; affirmed in the House of Lords (1868) L. 1. 3 H. L. 330.

²⁵ *Cambridge Water Co. v. Eastern Counties Leather PLC*, 1 All E.R. 53 (H.L. 1994).

tratada como um princípio de responsabilidade objetiva, o qual poderia gerar uma regra de responsabilidade objetiva por dano causado por operações arriscadas, no entanto, a idéia não prosperou e a regra foi aplicada seguindo estritamente seus requisitos.

A responsabilização só ocorre se houver a escapada de um imóvel para outro, se a periculosidade da coisa era previsível e se o agressor fazia um uso não natural da terra.

Já no Brasil, o ordenamento disciplinou muitas hipóteses de aplicação da responsabilidade objetiva por atividade arriscada, admitindo inclusive a introdução de uma cláusula geral que amplia as hipóteses de responsabilização. Além disso, em nenhum momento o Direito brasileiro exigiu a demonstração de previsibilidade do risco, apenas responsabilizou o agente pelos riscos da atividade que pratica, independentemente de haver ou não a possibilidade de previsão.

Diante dessas considerações, conclui-se que a visão inglesa da responsabilidade por atividade arriscada é muito peculiar, pois gira sobre a regra Rylands e do preenchimento dos requisitos para que ela seja aplicada. Sendo assim, a experiência inglesa se difere muito da brasileira e da americana.

5.3 Diferenças entre Estados Unidos e Brasil

As mesmas considerações feitas a respeito das diferenças entre *common law* e *civil law* podem ser reiteradas nesse tópico, na medida em que a comparação entre os dois sistemas é a mesma.

Enquanto que a experiência inglesa construiu a regra Rylands pelas decisões, o Direito norte americano inventou os *Restatements*, que como já dito, são conclusões elaboradas por especialistas em direito e que são amplamente utilizadas nas decisões.

Os *Restatements* mostram de forma mais clara o posicionamento e a evolução da responsabilidade por atividade arriscada nos Estados Unidos. O primeiro determinou uma responsabilização mais genérica e o segundo estabeleceu os fatores que devem ser preenchidos para que uma atividade seja considerada arriscada.

As considerações importantes desse tópico se reportam aos critérios adotados por cada um dos países para classificar a atividade como arriscada, as características dessa atividade e a importância dada para a responsabilidade objetiva.

O Direito norte-americano deixa ao alvedrio dos *Restatements* os requisitos necessários para a configuração de uma atividade como arriscada. Como já dito, o segundo *Restatement* coloca de forma taxativa os seis fatores necessários que caracterizam uma *abnormally dangerous activity*. A mudança de nomenclatura ocorrida entre o primeiro e o segundo *Restatement* reflete a idéia de que a responsabilidade deve se pautar no risco criado, que não é socialmente aceito, e que leve em conta uma atividade que é inerentemente perigosa.

Nesse ponto, o risco não aceito em muito se assemelha às considerações feitas a respeito da frase “implicar, por sua natureza, risco”. Conforme já dito, esse risco, no ordenamento jurídico brasileiro, é entendido como o risco inerente de determinada atividade.

O risco inerente se refere a uma expectativa legítima, sendo que a periculosidade dos produtos colocados no mercado deve estar de acordo com o tipo específico do produto, bem como o consumidor deve estar apto a prever o risco. Nesse ponto, parece semelhantes às definições dos dois países ao pautarem a periculosidade num risco cuja medida é a sociedade.

Outra consideração que se revela importante diz respeito às características dessa atividade no que tange a sociedade. O segundo *Restatement* determina no sexto fator que deve haver uma ponderação do perigo causado pela atividade e o benefício que ela própria traz à sociedade. Em outras palavras, se o benefício trazido pela atividade superar o risco criado, não seria aplicada a responsabilidade objetiva, em que pese poder tratar-se de empreendimento perigoso. No Brasil não há qualquer valoração desse empreendimento, no sentido de abrandar a responsabilidade de quem o exerce. Se a atividade é de risco, o agente será objetivamente responsabilizado pelos danos que causar.

Por último, cumpre ressaltar a visão dos dois países no que se refere à responsabilidade objetiva. Nos Estados Unidos há dificuldade em responsabilizar o agente quando ele não incorreu em culpa, o que leva a responsabilidade objetiva para segundo plano, pois é aplicada de forma subsidiária. O terceiro fator do segundo *Restatement* exemplifica essa dificuldade, na medida em que a atividade só será arriscada se o risco não puder ser eliminado com devido cuidado. Os requisitos americanos são muito bem delineados, apesar de alguns termos pecarem pela vagueza.

Ao contrário do Direito norte-americano, o Brasil exaltou uma regra geral que confere a responsabilidade objetiva a quem praticar uma atividade arriscada. Se por um lado a adoção da cláusula permite que haja uma maior abrangência do instituto, garantindo a reparação da vítima, por outro lado impinge uma dose de incerteza no ordenamento. A

doutrina tem uma dificuldade de conceituar a atividade arriscada, emprestando definições de outros ramos do Direito.

Percebe-se que os dois ordenamentos possuem deficiências que só serão supridas com a evolução própria do direito, seja por meio de adoção de cláusula geral com termos mais precisos, seja pela adoção de uma justificativa econômica do direito.

6 CONCLUSÃO

Cada país tem sua forma peculiar de tratar a responsabilidade por atividade arriscada. Alguns preferem taxar essas atividades a fim de que se saiba com plena certeza aquelas que se enquadram ou não; outros preferem deixar uma lista exemplificativa, sem que com isso se esgotem as possibilidades de inclusão; e outros países preferem o estabelecimento de requisitos e conceitos.

O Brasil adotou uma cláusula geral, além de deixar a responsabilidade objetiva discriminada em legislações especiais. Essa abordagem permite o maior enquadramento de atividades e, conseqüentemente, facilita a reparação da vítima. No entanto, a definição dos próprios termos da cláusula geral é feita de modo precário, sendo difícil achar na doutrina explicação suficiente para elucidar o tema.

Na Inglaterra a discussão do tema surgiu no caso *Rylands v. Fletcher*²⁶, sendo que os diversos requisitos exigidos para a aplicação da regra acabam por restringir enormemente as hipóteses em que há responsabilidade objetiva por dano causado por atividade arriscada. Além disso, os requisitos estão cada vez mais em desuso, pois a regra data de 1868 e se limita ao escape de coisa para imóvel de outrem.

Nos Estados Unidos, ainda que alguns Estados tenham aceitado a regra originada do caso inglês, ela foi modificada pelas cortes e inovada por meio dos *Restatements*. Os *Restatements* tratam de forma criteriosa a responsabilidade por atividade arriscada, na medida em que exigem o preenchimento de fatores para que a atividade seja considerada arriscada.

Um ponto comum encontrado nos três países diz respeito à preocupação com essas atividades perigosas que acabam acarretando em prejuízo. Diante dessa realidade, é

²⁶ *Fletcher v. Rylands* (1866), L. R. 1 Ex. 265 at p. 279; affirmed in the House of Lords (1868) L. 1. 3 H. L. 330.

importante rever a tratativa dos países em relação ao tema, na medida em que isso permite uma maior compreensão da própria abordagem escolhida no Brasil.

Há que se reafirmar ainda, a singularidade em que o tema é tratado no Brasil, devido à adoção de uma cláusula geral de responsabilidade civil que permite o enquadramento de inúmeras atividades como arriscadas. Não é possível afirmar a superioridade de um modelo sobre o outro, dadas as deficiências e vantagens de um e outro, mas é certo que o assunto está sendo cada vez mais debatido e está em constante desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade civil: a culpa, o risco e o medo**. São Paulo: Atlas. 2011.

ALONSO, Paulo Sergio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva. 2000.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

BERALDO, Leonardo de Faria. A responsabilidade civil objetiva em decorrência das atividades perigosas (parágrafo único do art. 927 do Código Civil) e alguns apontamentos do direito comparado. In. BARROSO, Lucas Abreu. (Org.). **Introdução crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

BRASIL. Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro, Rio de Janeiro, 7 dez.1912.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 set. 1990.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas. 2010.

COBB, Matthew. The wrong approach at the wrong time?: Maine adopts strict liability for abnormally dangerous activities in *Dyer v. Maine Drilling and Blasting, INC.* **Me. L. Rev.**, v.63, p. 332-347, 2010.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *In: TEIXAIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). **Comentários ao novo código civil- da responsabilidade civil das preferências e privilégios creditórios***. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

GOODHART, Arthur L. Restatement of the law of torts, volume III; a comparison between American and English law. **U. Pa.L Rev.** v. 89. p. 265-305, 1940.

GORDLEY. European Codes and American Restatements: some difficulties. **Colum.L.Rev.** v.81, p.140-157, 1981.

KING JR, Joseph H. A goals-oriented approach to strict tort liability for abnormally dangerous activities. **Baylor L. Rev.** v. 48, p. 341- 389, 1996.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

LOONEY, J.W. Rylands v Fletcher revisited: a comparison of english, australian and american approaches to common law liability for dangerous agricultural activities. **Drake J. Agric. L.** v.1, p.149-172. 1996.

MACDONALD, Vincent C. The rule in Rylands vs. Fletcher and its limitations. **Am. L. Rev.** v. 57, p.549-566, 1923.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de direito do consumidor**, v. 50, p. 09-35, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). **Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas***. Rio de Janeiro: Renovar, p.847-881.

NETTO, Felipe P. Braga. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva. 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

POLLOCK, Frederick. Duties of insuring safety: the rule in Rylands v. Fletcher. **L. Q. Rev.** v 2, p. 52-65, 1886.

REID, Elspeth. Liability for dangerous activities: a comparative analysis. **Int'l & Comp. L.Q.** v. 48, p.731-756, 1999.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas. 2007.

SEAVEY, Warren A. The restatement, second, and stare decisis. **A.B.A.J.**, v. 48, p. 317-320, 1962.

SHIELDS, Richard. Liability without fault: Rylands v. Fletcher revitalised. **C.L Rev**, v. 2, p. 124-142, 1999.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law - introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos tribunais. 2009.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **A responsabilidade civil objetiva no direito de danos**. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

WINFIELD, Percy H. Restatement of the Law of torts- volume III. **N.Y.U.L.Q.Rev.**, v.17, p. 1-22, 1939.

WOODSIDE III, Frank C.; SILBERSACK, Mark L.; FLIEHMAN, Travis L.; FEICHTNER, Douglas J. Why absolute liability under Rylands v. Fletcher is absolutely wrong! **Dayton L. Rev.**, v. 29, p.1-35, 2003-2004.