

Responsabilidade criminal e civil pelos ilícitos da era nuclear

LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA

Professor da Universidade de Brasília (1965-1985). Ministro-Substituto do Tribunal de Contas da União. Master of Comparative Law — EE, Unidos (1963-1964). Doutor em Direito pela Universidade de MG (1962). Enseignant de Droits de l'Homme — Strasbourg (1976). Visiting Professor da ONU (1976). Honorary District Attorney of Philadelphia (1976). Curso na Universidade de Roma (1981). Ex-Membro do Ministério Público de MG e do DF.

SUMÁRIO

1. Responsabilidade criminal e civil pelos ilícitos da era nuclear
 - 1.1 O ilícito penal — Os crimes nucleares
 - 1.2 O ilícito civil — Responsabilidade sem culpa
 - 1.2.1 Generalidades
 - 1.2.2 Insuficiência da idéia metafísica do livre arbítrio
 - 1.2.3 A solução da "common law":
 - a) Animais
 - b) O problema do fogo
 - c) Coisas e atividades perigosas
 - 1.2.4 O problema do automóvel
 - 1.2.5 Extensão da responsabilidade
 - 1.2.6 Novos horizontes
 - 1.2.7 Vaticínio de POUND

1. Responsabilidade criminal e civil pelos ilícitos da era nuclear

Assunto que está a merecer profundos estudos é o das implicações da energia nuclear com o direito.

No Brasil alguns poucos escritores cuidaram do tema (1), e legislação de 18 de outubro de 1977 versa o problema da responsabilidade

(1) WALTER TOLENTINO ALVARES. *Introdução ao Direito da Energia Nuclear*. SP, Ed. Sugestões Literárias, 1975. MÁRIO PESSOA. *Leis da Guerra e Armas Nucleares*. SP, Ed. Revista dos Tribunais, 1969.

pelo uso da energia nuclear, tanto sob o aspecto cível como sob o criminal, além de abundante legislação extravagante.

O eminente Prof. WALTER T. ALVARES define o direito de energia como o ramo da ciência jurídica que estuda as relações jurídicas atinentes à disciplina da utilização de resultantes tecnológicos da energia, com repercussão econômica.

Ao mesmo tempo considera ramo derivado deste o direito atômico ou direito de energia nuclear. Esse complexo é que disciplina as relações jurídicas pertinentes à energia nuclear e envolventes da tecnologia respectiva, sua utilização e efeitos.

Como salientamos acima, o legislador brasileiro editou a Lei nº 6.453, de 17-10-77, que dispõe sobre a responsabilidade civil e criminal por atos relacionados com a atividade nuclear.

O referido diploma se encontra dividido em 3 capítulos.

No primeiro, fazem-se algumas definições ou conceituações de fatos de linguagem comum de atividade nuclear como operador, combustível nuclear, produtos ou rejeitos radioativos, material nuclear, reator nuclear, instalação, dano nuclear, acidente, radiação ionizante, etc.

No segundo capítulo, 14 artigos tratam da responsabilidade civil, onde se enfatiza a responsabilidade objetiva do operador pelo dano causado por acidente nuclear.

É nesta parte da lei que se estabelece a competência do juízo federal, o prazo processual de um decênio para o pleito da indenização, a obrigatoriedade do seguro ou da garantia, a responsabilidade subsidiária da União.

Finalmente, no capítulo III se encontra o tratamento da responsabilidade pelos crimes nucleares.

1.1 O ilícito penal — Os crimes nucleares

Começa o 1º artigo, dos 9 que tratam da espécie, por enfatizar que esta lei não revoga os crimes nucleares ou atômicos tipificados na lei de segurança e nas demais.

Em seguida define 8 tipos novos de crimes contra a energia.

Vejamo-los, cada um de per si.

O primeiro deles consiste em produzir, processar, fornecer ou usar material nuclear, sem a necessária autorização ou para fim diverso do permitido em lei.

O objetivo desta incriminação é tornar a atividade nuclear inteiramente controlada pelo Poder Público.

Esta definição põe bem à mostra a política governamental de energia nuclear e de controle sobre a atividade nuclear, em razão da grande importância de tal fonte de energia.

Aliás, no parecer do Congresso Nacional, de autoria do Deputado JORGE VARGAS, já se louvava a iniciativa do governo em elaborar tal diploma, o que demonstrava a consciência das altas responsabilidades da implantação de um programa nuclear, cuja segurança deve ser a principal preocupação dos executores.

A falta de autorização é equiparada ao desvio de finalidade e aparece na lei como elementos especiais do tipo.

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo deste crime. No caso de o crime ser praticado por sociedade ou pessoas jurídicas, a responsabilidade continua a ser pessoal dos agentes.

O objeto jurídico do crime é, como já se disse, a consecução de uma política oficial de energia nuclear.

A ação material consiste na produção, processamento, fornecimento ou uso de material nuclear.

O material nuclear é o combustível nuclear e os produtos ou rejeitos radioativos.

Para a realização do crime exige-se que o agente tenha agido com **dolo**.

Não se pune tal atividade quando praticada sem dolo, i. e., apenas por culpa.

A pena cominada é a mais grave de todas, reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos — o que mostra a preocupação do legislador em conservar o seu projeto energético.

A autorização para instalações nucleares, posse, uso, armazenamento e transporte de material nuclear bem como a comercialização do mesmo e outros compete ao CNEN — Comissão Nacional de Energia Nuclear, por força da Lei nº 4.118, de 27 de agosto de 1962, e posteriores.

Outra conduta tipificada pelo legislador como ilícito penal é a de permitir o responsável pela instalação nuclear, sua operação, sem a necessária autorização legal.

Mais uma vez se enfatiza a preocupação de que o projeto nuclear não se faça à revelia do governo.

O sujeito ativo do crime só pode ser o responsável pela instalação nuclear.

Instalação nuclear é um conceito legal: consiste a) num reator nuclear, salvo o utilizado como fonte de energia em meio de transporte, tanto para a propulsão como para outros fins; b) numa fábrica que utilize combustível nuclear para a produção de materiais nucleares ou na qual se proceda a tratamento de materiais nucleares, incluídas as instalações de reprocessamento de combustível nuclear irradiado; c) o local de armazenamento de materiais nucleares, exceto aqueles usados ocasionalmente durante o transporte.

Basta que ele deixe propositalmente de proibir a operação da instalação nuclear para incidir nas cominações legais.

Tal permissão não pode ser imputada ao responsável a título de culpa: a simples negligência ou imprudência do agente não torna sua conduta punível.

A antijuridicidade da conduta consiste em ofender ao projeto e à política nuclear do governo.

A ação material comporta tanto o procedimento comissivo como o omissivo.

Ele será comissivo por ação quando o permitir consistir em uma autorização formal para o uso da instalação nuclear.

Será comissivo por omissão quando o agente deixar de cumprir o seu dever de impedir o resultado: o uso da instalação. Ele tem o dever jurídico de assim proceder.

Conforme a informação de WALTER T. ALVARES, o processo de concessão de licença difere na legislação americana e na brasileira: enquanto na legislação brasileira o processo é inteiramente administrativo, fechado, de sorte que todo poder decisório decorre do órgão federal competente, como consequência, aliás lógica, de que sendo no Brasil um monopólio da União, somente a ela cabe decisão pelos seus órgãos a quem outorgar a autorização para a construção de reatores. No presente, nos Estados Unidos a relação se desenvolve nos quadros do que se poderia designar por "indústria sob regulamentação". É verdade que houve, lá, uma verdadeira linha de projeção institucional, tendo começado como monopólio estatal.

Quer-nos parecer que o uso do átomo em desacordo com as salvaguardas enseja o enquadramento do infrator na lei repressiva nuclear.

Ora, as salvaguardas vedam o uso do material nuclear para armas atômicas ou para qualquer outro fim militar.

No sistema brasileiro constitui monopólio da União, segundo a Lei nº 4.118, de 27-8-62 (Código Minerário):

- 1) pesquisa e lavra das jazidas de minérios nucleares;

2) comércio dos minérios nucleares e seus concentrados; dos elementos nucleares e seus compostos; dos materiais físséis e férteis; dos radioisótopos artificiais e substâncias radioativas das três séries naturais; de subprodutos nucleares;

3) a produção de materiais nucleares e sua industrialização.

Este monopólio será exercido em nome da União pelo CNEN — como órgão de orientação, planejamento, fiscalização e pesquisa científica e pela NUCLEBRÁS ou seus subsidiários como órgão de exame conforme Lei nº 6.189, de 16-12-74.

A terceira figura de ilícitos penais, em matéria nuclear, é a que se refere à posse, aquisição, transferência, transporte, guarda ou porte de material nuclear, sem a devida autorização.

Mais uma vez o legislador se refere à autorização como condição necessária para que a conduta não se revista do caráter de ilicitude.

Já sabemos que material nuclear é o combustível nuclear ou o produto ou rejeito radioativo.

A posse de tal material é proibida, não só porque o seu uso tem de ser autorizado, mas também pelo fato de ser um material perigoso.

Assim, o legislador previne uma conduta mais perigosa para a comunidade indo à raiz do fato: proibindo o seu porte ou guarda.

Não se exige intenção especial de uso do material; a sua simples posse não autorizada e consciente constitui o crime do art. 22 da lei nuclear.

Mais uma vez se salienta que a conduta meramente cúposa — por imprudência, negligência ou imperícia — não constitui o ilícito.

A antijuridicidade do comportamento está em não agir o cidadão em conformidade com o ordenamento jurídico regional, i. e., não ter a necessária autorização.

O crime pode ter como sujeito ativo qualquer pessoa do povo, seja nacional ou estrangeira.

Mais uma vez, aplica-se a regra geral a respeito da responsabilidade em se tratando de sociedade ou pessoas jurídicas: não são os diretores que respondem *ipso facto*, mas quantos houverem praticado o fato.

A pena é a mais branda da lei: vai de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Já a quarta figura trata da hipótese de espionagem passiva: consiste em entregar ilicitamente informações sigilosas, concernentes à energia nuclear.

A sabedoria popular ensina que o segredo é a alma do negócio. Em termos de segurança, a lição do provérbio é válida.

O sigilo industrial interessa a quem detém o **know how**, sendo considerada criminosa a conduta de quem o transmite, ilegalmente.

O sujeito ativo do crime de espionagem passiva pode ser qualquer pessoa, nacional ou estrangeira.

Qual seria o sujeito passivo deste crime? O Estado ou o operador, como a pessoa titular da autorização.

O elemento material consiste em qualquer forma de transmissão do segredo, seja por meios convencionais ou por processos avançados de tecnologia de comunicações.

O importante é que a matéria sigilosa não chegue a conhecimento de destinatários não autorizados.

O bem jurídico ofendido é também a lealdade que deve existir.

O elemento subjetivo consiste no **animus ferendae delationis**, isto é, na vontade de entregar a informação secreta a terceiros.

Não se pune a conduta meramente culposa.

Vai aqui nossa crítica ao legislador que não cuidou da modalidade culposa dos crimes atômicos.

Um outro tipo define a extração, o beneficiamento e o comércio ilegal do minério nuclear.

O objeto material é o minério nuclear, isto é, o mineral físsil, ou seja, aquele que, pela instabilidade do núcleo de átomos, representa características e facilidades de ter os átomos fisionáveis, através de tecnologia atual, como é o caso do **urânio**.

Minério nuclear é um conceito normativo ou se trataria de uma norma penal em branco?

A Lei nº 4.118, de 27 de agosto de 1962, define o minério nuclear como toda concentração natural de mineral nuclear, na qual o elemento ou elementos nucleares ocorrem em proporção e condições que permitam sua exploração econômica.

Ora, o elemento nuclear é todo elemento químico que possa ser utilizado na libertação de energia em reatores nucleares ou que possa dar origem a elementos químicos que possam ser utilizados para esse fim.

Periodicamente, o CNEN especificará os elementos que devem ser considerados nucleares, além do urânio natural e do tório e do plutônio.

Trata-se, pois, de uma norma penal em branco.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, nacional ou estrangeira.

A ação material consiste na extração, beneficiamento ou comércio.

Extrair é retirar de sua fonte o minério através de qualquer processo.

Beneficiar é adicionar qualquer melhoramento à matéria bruta ou torná-la apta para o uso.

Comerciar é introduzir na circulação a mercadoria, seja pelo armazenamento, oferta, colocação, distribuição, compra ou venda do produto.

Exige-se que tal atividade seja praticada à margem da lei, para que se caracterize a antijuridicidade da conduta.

O elemento psicológico é o dolo, não se punindo a forma culposa.

A pena é a mais branda, colocando-se entre 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão.

Não se trata de um bem *extra commercium*, mas de uma mercadoria sob a tutela do Estado.

A sexta figura refere-se ao comércio internacional de materiais e minérios e concentrados que contenham matéria nuclear.

O suposto normativo prevê como ilícita a conduta de exportar ou importar, sem a necessária licença, material nuclear, minérios nucleares e seus concentrados, minérios de interesse para a energia nuclear e minérios e concentrados que contenham elementos nucleares.

Exportar consiste em fazer sair do território nacional a mercadoria, ao passo que importar é a atividade antípoda, consistente em introduzir no país a coisa.

Trata-se de atos de comércio internacional, embora possa ser praticado sem qualquer *intuitus lucri faciendi*.

A atividade só se torna ofensiva ao ordenamento jurídico em função da falta de autorização por tal prática.

O objeto da atividade é qualquer material nuclear, minérios nucleares e seus concentrados, minérios de interesse para a energia nuclear e minérios e concentrados que contenham elementos nucleares.

Material nuclear é o combustível nuclear, bem como o produto ou rejeito radioativo.

A própria lei define o combustível nuclear como o material capaz de produzir energia, mediante processo auto-sustentado de fissão nuclear.

Do mesmo modo, o produto e o rejeito radioativos se caracterizam como os materiais obtidos durante o processo de produção ou da utilização dos referidos combustíveis nucleares ou cuja radioatividade se tenha originado de exposição às irradiações inerentes a tal processo.

Excetuam-se os radioisótopos que tenham alcançado o estágio final de elaboração e já se possam utilizar para fins científicos, médicos, agrícolas, comerciais ou industriais.

Sobre o conceito de minérios nucleares já falamos ao tratar do art. 24 da lei.

O legislador fala também em minério "de interesse para a energia nuclear".

Ora trata-se de um tipo muito aberto que retira à definição legal aquela garantia que representa o princípio da legalidade.

Não usou de boa técnica o legislador ao dimensionar de forma tão vaga o objeto da tutela penal.

Tal modo de legislar ofende ao princípio do *nullum crimen sine lege*, pois dá uma abertura demasiada ao critério subjetivo do julgador.

Quantos minérios podem interessar ao problema nuclear de maneira indireta ou mesmo direta e não se alinharem entre os estritamente nucleares?

A só presença deste questionamento seria suficiente para demonstrar a impropriedade de tal definição, mas de qualquer modo nos encontramos diante de uma norma legal em branco, face ao que determina a Lei nº 6.189, de 16-12-74, no art. 2º, VII, como competência do CNEN: a especificação de elementos e materiais de interesse para a energia nuclear.

O crime se consuma no momento em que a mercadoria saia da nossa fronteira ou nela ingresse, conforme a hipótese.

Figura da maior relevância é a prevista no art. 26 da lei criadora da repressão à atividade nuclear.

Trata-se do crime de deixar de observar as normas de segurança ou de proteção relativas à instalação nuclear ou ao uso, transporte, posse e guarda do material nuclear, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio.

É norma de fundamental importância para a atividade nuclear, qual seja a de defender a população dos efeitos nocivos da radiação e de um acidente nuclear.

Recentemente o mundo tem sido abalado com notícias de catástrofes nucleares, como foi o caso recente da usina de Three Mile Is-

land nos Estados Unidos da América e dos gases industriais na Índia, além dos exemplos de Cubatão.

Os maiores protestos de adeptos do meio ambiente se têm levantado contra a atividade nuclear nos principais países do mundo.

No Brasil não são poucos os que vêm com certa nostalgia o ingresso do País no mundo nuclear.

Trata-se realmente de uma atividade com alto índice de risco... e os sinistros, quando verificados, são irremediáveis e catastróficos.

Andou, pois, bem o legislador ao cercar do maior cuidado a atividade nuclear, criando este crime de perigo.

Os bens jurídicos protegidos são a vida, a integridade física ou o patrimônio.

Os desastres nucleares atingem tanto as pessoas como o patrimônio.

Os males causados vão até à morte, podendo provocar graves prejuízos à integridade física e à saúde.

Por esse motivo, merece encômios o legislador brasileiro, ao estabelecer a **responsabilidade objetiva** no caso do mau uso da energia atômica — nas relações derivadas do ilícito civil conservando a responsabilidade penal dentro dos moldes tradicionais da **culpabilidade**, como convém a um sistema jurídico bem estatuído.

A propósito da **responsabilidade civil** objetiva ou sem culpa, voltaremos a tecer novas considerações abaixo.

O elemento subjetivo é o dolo de perigo. Basta a consciência de não estar observando as regras de segurança ditadas pela tecnologia, para incidir nesta figura.

É um crime de mera conduta, que não depende do resultado lesivo para sua plena configuração.

É um crime omissivo próprio, e consiste na omissão do dever de observar as normas de segurança ou de proteção relativas a toda a atividade nuclear.

O operador não responde pelos reparos do dano causado por conflito armado, hostilidade, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza.

O lixo atômico deve também merecer proteção especial por parte do operador da instalação nuclear.

Ainda agora se tem notícia de que a NUCLEBRAS está construindo uma usina de lixo atômico em Município capixaba, na foz do rio Piraqueaçú, onde as belas praias de coqueiros deixarão de ser fre-

qüentadas pelos apreciadores da natureza, para não receberem a contaminação dos rejeitos nucleares.

A última figura se refere ao boicote de atividade nuclear.

Consiste em sabotagem da atividade nuclear, impedindo ou dificultando o funcionamento da instalação nuclear ou o transporte de material nuclear.

Trata-se de um crime que ofende não só a política nuclear, como também o livre exercício de atividade industrial ou regional.

O sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa, nacional ou estrangeira.

A ação material consiste em impedir ou dificultar o funcionamento.

A forma de impedir pode assumir diversas conotações desde a ação física de ações até à simples ameaça às pessoas que trabalham na atividade.

Também, o ato de dificultar pode assumir as mais diversas formas de ação que obstem ou dificultem o funcionamento de instalação nuclear.

Por instalação nuclear se compreenderão as três hipóteses da lei:

- a) o reator nuclear, salvo o utilizado como fonte de energia em meio de transporte;
- b) a fábrica que utiliza combustível nuclear para produção de materiais nucleares ou na qual se proceda a tratamento de materiais nucleares, incluídas as instalações de reprocessamento de combustível nuclear irradiado;
- c) o local de armazenamento de materiais nucleares, exceto aquele ocasionalmente usado durante o seu transporte.

É objeto desse crime também a sabotagem do transporte do combustível nuclear e dos produtos ou rejeitos radioativos.

A ação material pode assumir uma gama imensa de variações bastando que se consiga atingir o resultado sabotagem.

O elemento subjetivo é mais uma vez o dolo, não se punindo a modalidade culposa.

A objetividade jurídica genérica é a proteção ao uso da energia nuclear, a específica é a tutela do livre exercício de atividades.

A sanção é a mais grave das apresentadas pela lei: vai de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

1.2 O ilícito civil — Responsabilidade sem culpa.

1.2.1 Generalidades

O problema da responsabilidade civil por danos causados a terceiros é, sem dúvida, um dos temas mais atuais do direito civil, sobretudo em seu aspecto de responsabilidade objetiva, como um passo à frente no caminho da socialização do risco.

O assunto tem merecido a atenção de eminentes civilistas pátrios, dos quais citarei apenas o Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ilustre civilista mineiro e um dos encarregados da Reforma do Código Civil e da elaboração do Código de Obrigações. Assevera ele às fls. 376 de sua recente obra que:

“a regra geral que deve presidir à responsabilidade civil é a sua fundamentação na idéia de culpa, mas sendo esta insuficiente para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar os casos em que deverá ocorrer a obrigação de indenizar, independente de culpa” (2).

Outra importante obra, sobre o assunto, é a avançada tese do Professor WILSON MELO DA SILVA, com a qual logrou a Cátedra do Direito Civil da Universidade de Minas Gerais, intitulada “Responsabilidade Civil e Socialização do Risco”.

Também, trabalho de vulto, é o produzido pelo Ministro AGUIAR DIAS, **Da Responsabilidade Civil**, obra clássica no gênero.

1.2.2 Insuficiência da idéia metafísica do livre arbítrio

Ao espírito de certos juristas da **common law** o dogma do **no liability without legal fault** se afigurava como um corolário necessário do ser dotado de livre arbítrio e capacidade de autodeterminação. Parecia uma insensatez jurídica atribuir uma responsabilidade a quem fosse moralmente isento de culpa. Tal foi o argumento de eminentes juristas em seus votos, às vezes vencidos, a propósito de caso referente à responsabilidade do empregador, por acidentes sofridos por seus empregados, durante o trabalho.

Entretanto, como salienta STONE, não tinham razão os **dissenting judges** (3). Exemplos vários há, nos primórdios da **common law**, em que o teste para a responsabilidade não era negligência nem intenção. Era, por exemplo, o caso do **trespass**, do **libet**, dos contratos de transporte e de hotéis, em que havia a chamada “strict liability” ou responsabilidade sem culpa.

(2) CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. *Instituições de Direito Civil*. RJ, Forense, 1961-1974, p. 376.

(3) JULIUS STONE. *The Province and Function of Law*. Cambridge, Harvard University Press, 1961, pp. 559-560.

Já em 1919, o grande filósofo do direito anglo-americano, ROSCOE POUND, formulava os seus célebres 5 postulados jurídicos, dos quais o quarto e o quinto assim rezavam:

“IV — Numa sociedade civilizada, os homens devem supor que aqueles que se dedicam a qualquer mister agirão com devido cuidado, de modo a não criar riscos para a integridade de outrem.

V — Numa sociedade civilizada, os homens devem supor que aqueles que mantêm coisas suscetíveis de escapar e causar danos a terceiros, guardá-las-ão com a devida cautela, em seus próprios lugares.”

Vinte e quatro anos mais tarde, o mesmo filósofo ratificava a validade de seus postulados que foram elaborados *sub specie aeternitatis*.

Entende o citado jurista que o direito americano admite três tipos de responsabilidade extracontratual: (I) por atos intencionais; (II) por atos não intencionais, mas culpáveis; (III) por um ato não intencional e não culpável (4).

Os dois primeiros se enquadram na doutrina do *no liability without fault*, mas o terceiro escapa a esta regra.

Cumprе aqui lembrar que já a doutrina do direito romano, após elaborar a divisão dúplice de que obrigações só nascem do contrato ou do delito, ou a quadripartida, segundo a qual as fontes da obrigação são o contrato, o quase-contrato, o delito e o quase-delito, nos apresenta no *Digesto* a divisão tripartida, acrescentando a forma *aut quoddam jure, ex variis figuris causarum* (5). Não estariam por acaso incluídas nesta terceira fórmula todas aquelas fontes de obrigações ditadas pela necessidade e pelos progressos da civilização?

A necessidade de criar um clima de segurança geral ditou esse *tertium genus* de responsabilidade extracontratual, independentemente da existência da culpa.

1.2.3 A solução da “common law”

Passemos a examinar como a doutrina e a jurisprudência das cortes Anglo-americanas versaram o problema. Vejamos como, aos poucos, foi-se abandonando o teste da negligência e do dolo, para se dar preeminência ao interesse maior das exigências sociais, através da imposição da responsabilidade objetiva.

(4) RESCOE POUND. *An Introduction to the Philosophy of law*. RJ, Zahar 1965, p. 85.

(5) GAIUS. *Institutas*. La Plata, Ed. Libr. Jurídica, 1975, p. 8.

O grande tratadista americano PROSSER inicia o capítulo referente à **strict liability** expondo que, até o final do século XIX, o progresso do direito era no sentido de limitar a responsabilidade extracontratual à falta, entendida esta no sentido de uma intenção direta de produzir o dano ou de uma conduta anti-social. O direito moderno, porém, está desenvolvendo uma política no sentido de impor a responsabilidade civil, independente de falta, particularmente nos casos em que a atividade do ofensor envolva um perigo fora do comum aos outros, mesmo quando ela seja desempenhada com todas as precauções possíveis. A base dessa política é filosofia social que coloca o ônus dos prejuízos devidos à complexidade da vida moderna sobre aquelas pessoas mais capazes de suportá-los ou de distribuí-los com a comunidade em geral (6).

Nos primórdios da história da **common law**, a idéia predominante era de conservar a paz entre os indivíduos, oferecendo um remédio que substituísse a vingança privada.

A idéia predominante já desde 1681, expressa no caso *Lambert V. Bessey*, era de que a lei não devia olhar tanto a intenção do agente quanto os danos e prejuízos sofridos pela parte. Tratava-se de um sonâmbulo que, numa de suas crises, dirigiu-se a uma casa de louças e lá destruiu tudo que encontrou.

Se bem que se lhe reconhecesse a irresponsabilidade penal, em virtude de seu estado patológico, que o impediu de ver o caráter criminoso de seu ato, condenou-se o acusado ao pagamento da indenização civil. Havia consenso de que **he who breaks must pay**.

Com o correr dos tempos a ciência jurídica caminhou no sentido do reconhecimento da falta, como causa da responsabilidade extracontratual.

A falta aí era encarada não só sob o aspecto de uma conduta moralmente má, mas, também, e sobretudo, da não conformidade a um padrão de procedimento que poderia estar, inclusive, acima da capacidade individual.

Assim é que, neste último sentido, se poderia descobrir falta até num procedimento inocente, que se tornasse um mal social.

Partindo deste raciocínio, não foi difícil chegar à construção atual da responsabilidade objetiva e da conseqüente queda da regra metafísica do **no liability without fault**.

Razões de ordem social tornaram necessária a volta à antiga regra de "he who breaks must pay".

(6) WILLIAM L. PROSSER. *Handbook of the Law of Torts*. Ed. West Publishing, 1941, p. 315.

Essa tendência se fez sentir sobretudo através da legislação trabalhista, **workmen's compensation acts**, leis estas que algumas cortes chegaram a julgar inconstitucionais, sob a alegação de contrárias à emenda XIV, consagrada do **due process of law**.

Esta política se fez sentir, sobretudo, em relação às atividades inovadoras e que constituíssem um grande perigo, ainda que fossem conduzidas com toda precaução. A base desta responsabilidade é o comportamento intencional de expor a comunidade a tal risco.

Os casos principais a que se tem aplicado a teoria da **strict liability** podem assim ser agrupados:

- a) em relação a animais;
- b) em relação ao fogo;
- c) em relação a coisas e atividades perigosas.

a) Animais

O guardião de um animal é responsável pelos danos que venha a causar à propriedade vizinha, à pessoa ou aos bens de outrem, independentemente de culpa ou negligência na sua guarda. Tal é a doutrina que foi inaugurada desde o caso *Noyes V. Colby*, julgado em 1885.

É o caso de bois, vacas, porcos, carneiros etc.

Esta regra não tem sido aplicada geralmente em relação a cães e gatos, especialmente em relação a estes, porque o mal que eles causam é mínimo.

Interessante e prática é a legislação do Texas, nesse sentido, pois exige, para que o lesado possa pleitear em juízo, sob alegação de responsabilidade objetiva, que a sua propriedade seja cercada. Em caso contrário, só poderá demandar, baseado na negligência. Note-se o caráter prático da solução, em se tratando de uma região agrícola.

Quanto aos animais que atravessam as estradas de rodagem, causando danos aos motoristas, o julgamento no caso *Bender V. Welsh*, emitido pela Corte de Pensilvânia, em 1942, deu provimento à pretensão do autor, e estabeleceu que o fato de animais atravessarem uma pista sem estarem conduzidos por alguém demonstra falta de diligência na sua guarda.

A decisão no caso *Hughes V. Wiolians*, em 1942, de uma das cortes da Inglaterra, criticou como "antiquada e anômala" a regra de que "o dono de um animal não tinha obrigação de guardar os seus animais domésticos, impedindo-os de ir até as estradas".

Quanto aos animais perigosos, a regra é da responsabilidade objetiva. Quanto aos domésticos, aplica-se a regra chamada "scienter",

segundo a qual, para se responsabilizar o proprietário do animal, é necessário que o referido dono conheça a propensão do seu animal para aquele tipo de mal.

Assim, o fato de um cão ter **mordido** uma vez uma pessoa, é suficiente para se estabelecer a sua propensão perigosa: **a dangerous propensity**.

b) O problema do fogo

A princípio, **a common law** aparentemente impunha a responsabilidade objetiva pela propagação do fogo. Esta regra foi modificada por **statutes** na Inglaterra e nunca aceita como parte da **common law** americana.

Apenas em certas circunstâncias, tais como em operações de locomotivas, ela foi restaurada pela legislação de muitas jurisdições estaduais.

O teste tem sido a negligência em relação à propagação do fogo, se bem que se tenha exigido um padrão bem rigoroso de comportamento, por se tratar de elemento de alta periculosidade.

Os **Statutes** têm sido os moldadores da responsabilidade objetiva, em casos de situações perigosas, tais como queimadas e fogueiras e sobretudo em relação às fagulhas lançadas pelas locomotivas.

c) Coisas e atividades perigosas

“O princípio de que o causador de danos por coisas e atividades perigosas é responsável civilmente, ainda que aja sem culpa ou dentro do **standard** de procedimento, tem sido reconhecido plenamente na Inglaterra e, também de modo considerável, nos Estados Unidos” (7).

Esta doutrina é relativamente recente na **common law**.

Data de 1868 o caso *Rylands v. Fletcher* que é “leading” na espécie e foi decidido pela Câmara dos Lordes.

Tratava-se da espécie de um reservatório construído pelos réus que, ao romper as suas barreiras, destruiu uma mina de carvão dos autores. A ação foi julgada procedente da Exchequer Chamber e confirmada na **House of Lords**.

A fundamentação da sentença distinguiu o uso natural e o uso a que chamamos artificial ou de empresa. O primeiro não gera qualquer responsabilidade, a não ser que se deixe de usar os **standards** legais. O segundo se faz por conta do usuário. A responsabilidade é objetiva, como salientaram o Lord Chancellor CAIRNS e Lord CRANWORTH.

(7) WILLIAM L. PROSSER. *Handbook of the Law of Torts*. Ed. West Publishing, 1941, p. 323.

A regra invocada foi a do *sic uti suo ut non laedat alienum*, usar de tal modo e sem que se cause dano a outrem.

Para a determinação de que vem a ser um uso natural da coisa, como salienta PROSSER (8), as cortes têm apreciado não só a natureza das coisas, como também o lugar e a maneira como são usadas.

Assim, a água retida em reservatórios hidráulicos é um uso não natural da terra, enquanto que em uma cisterna é um uso natural que não acarretará a responsabilidade objetiva do proprietário. Gás ou eletricidade, através de pequenos condutores, é um uso natural; grandes reservatórios de gás ou fios de alta voltagem são outra coisa.

Tudo depende das circunstâncias. A vitalidade desta doutrina é asseverada por POUND (9), quando demonstra a inconsistência dos ataques dos opositores da doutrina, que atribuem as influências dos latifundiários e proprietários de terra sobre a Câmara dos Lordes. Mostra ele que as decisões são igualmente controvertidas em Massachusetts e Pennsylvannia, ambos Estados industriais, como no Texas e Kentucky, Estados agrícolas.

Certos comentaristas americanos, por muitos anos, laboraram em erro ao concluir, como *holding* de Rylands v. Fletcher, que "o réu é objetivamente responsável sempre que alguma coisa sob seu controle escape e cause danos a terceiros" (10).

A conclusão da sentença foi mal interpretada, gerando o seu desprestígio em algumas jurisdições.

Daí a condenação por parte de muitos autores da doutrina, sob a alegação de que ela era uma injustificável extensão do princípio a acidentes inevitáveis, onde o teste poderia ser a negligência, coadjuvado pelo princípio da *res ipsa loquitur*.

Outra importante razão invocada para desprestigiar a doutrina era o obstáculo que ela criava ao desenvolvimento do progresso, numa civilização em crescimento. Este argumento viria a cair mais tarde diante da comensuração dos interesses protegidos e se aceitaria a regra de que o empresário deveria assumir o risco da responsabilidade civil.

O *Restatement of Torts* adotou o princípio formulado no caso Rylands v. Fletcher, limitando a *ultrahazardous activity* definida como a atividade que *necessarily involves a risk of serious harm to the person, land or chattels of others which cannot be eliminated by the exercise of due care* e que *it's a matter of common usage* (11).

(8) *Idem*, *ibidem*.

(9) WILLIAM L. PROSSER. *Handbook of the Law of Torts*. Ed. West Publishing, 1941, p. 330.

(10) WILLIAM L. PROSSER. *Op. cit.*, p. 330.

(11) AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law*, Second., American Law Institute Publishers, St. Paul, Minnesota, 1965.

Esta regra abandona o teste inglês da situação da coisa em relação a seus arredores, ao mesmo tempo que insiste no perigo extremo e na impossibilidade de eliminá-lo com todo cuidado possível.

Tão arraigada está a doutrina que, mesmo nas jurisdições onde ela não é aceita, os tribunais a têm consagrado sob a forma de várias outras teorias, tais como **trespass** ou **nuisance**.

Trespass é o **tort** que consiste numa invasão de terras de outrem e **nuisance** pode ser tanto o complexo de pequenas ofensas que obstruem, causam inconveniência, ou prejudicam a comunidade no uso de seus direitos (public nuisance), como a interferência no uso da propriedade imóvel pelo indivíduo (private nuisance).

Esses expedientes vêm mostrar a atualidade da doutrina, o que levou POUND ⁽¹²⁾ a afirmar que **the vitality and persistence of the doctrine against the theoretical assault for more than a generation show that it is more than a historical anomaly or a dogmatic blunder.**

1.2.4 O problema do automóvel

A tônica da responsabilidade objetiva tem sido colocada na anormalidade ou artificialidade no uso da coisa.

Por essa razão, o automóvel, embora perigoso e fatal a muitos, por ser um instrumento comum e usual na rua, não tem sido considerado gerador de responsabilidade objetiva.

É PROSSER que assevera: **The automobile, dangerous and fatal to thousands as it undoubtedly is, is today an usual, customary phenomenon on the street for which there is no strict liability.** Como exemplo de decisões são citados *Wing v. London General Omnibus Co.* e *Phillips v. Britannia Hygienic Laundry Co.*, na Inglaterra, *Hygie e Steffen v. Shoumlin*, 19ss, Ohio, nos Estados Unidos.

Mas a tendência é colocar a tônica na periculosidade da coisa e na ameaça que causa à comunidade.

Por isso mesmo tem havido, nas últimas décadas, uma advocacia em favor da responsabilidade objetiva, ampliando bem o seu campo de incidência.

A criação do seguro de responsabilidade civil ou contra terceiros forneceu um poderoso argumento àqueles que advogam tal extensão, pois o custo de seguro poderia repercutir sobre a comunidade em cujo proveito foi instituído.

Assim a proposta de um seguro compulsório para o motorista e uma indenização para as vítimas é uma das importantes metas dos que propugnam pela extensão da teoria.

(12) ROSCOE POUND. *Op. cit.*, p. 95.

No direito pátrio a questão foi versada proficientemente por AGUIAR DIAS ⁽¹³⁾ em sua excelente obra, que conclui pela responsabilidade objetiva.

O automóvel criou um risco social próprio e tem sido comparado a uma arma municada e engatilhada pronta para ser detonada ou acionada.

A responsabilidade tem de ser estabelecida dentro de critérios objetivos.

A solução ideal seria “manter a limitação horária, combinada com a exigência de que conserve o motorista o domínio da velocidade da máquina” ⁽¹⁴⁾.

Fonte quotidiana de perigo, terror dos pais, o automóvel deve ser considerado um instrumento altamente perigoso, acarretando a seu condutor o dever indeclinável de tê-lo sempre sob o seu controle, sob pena de responder objetivamente pelos danos que venha a causar a pedestres, uma vez que o motorista não satisfaça as exigências ditadas pelo competente serviço de trânsito, tais como a devida habilitação, o uso de velocidade moderada e abstenção de malabarismos indevidos (sistema de segurança em boas condições de funcionamento, freios, sinais luminosos etc.).

1.2.5 Extensão da responsabilidade

A responsabilidade civil derivada do critério objetivo se restringe às conseqüências para as quais foi prevista, bem como se limita ao grupo de pessoas às quais ela visa a alcançar em sua formulação.

Costuma-se mesmo dizer, como afirma PROSSER, que o agente é um segurador contra a conseqüência de seus atos. Isto significa que a responsabilidade termina naquela linha limítrofe do risco, o que geralmente não acontece com os que intencional ou negligentemente causam o dano civil.

Esta limitação de responsabilidade se baseia antes numa política do que no princípio da causalidade.

Assim é que, diferentemente dos casos em que o evento é produzido por negligência ou por intenção deliberada, a responsabilidade cessa em caso de força maior ou pelo chamado **acts of God**.

Quanto ao procedimento da vítima, distinguem-se os casos de **contributory negligence** e de assunção do risco.

Aquela não constitui uma causa excludente, mas esta sim, pois não seria justo que se impusesse uma responsabilidade quando alguém

(13) JOSÉ DE AGUIAR DIAS. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1983, pp. 476 e segs.

(14) JOSÉ DE AGUIAR DIAS. *Op. cit.*, pp. 476 e segs.

intencionalmente preferiu correr o risco de um dano, provocando um acontecimento prejudicial a si mesmo.

1.2.6 Novos horizontes

É PROSSER que, ao final de seu excelente tratado sobre TORTS, assevera: **the principle of strict liability is being extended, both by statute and by common law, into other fields. Its ultimate limits must be a question for the social policy of the future** (15).

Já em 1914, JEREMIAH SMITH, comentando os **Workmen's Compensation Acts**, já antevia a extensão do princípio a um número quase infinito de casos.

O argumento de que a responsabilidade cria obstáculos a uma civilização em crescimento cai por terra diante não só das leis de acidente de trabalho (**Workmen's Compensation Acts**) mas também do **Federal Safety Appliance Act**, que requer sejam os trens equipados com dispositivos de segurança para proteção de seus empregados e do público em geral.

No mesmo sentido caminha a legislação protetora da higiene e saúde pública, impondo uma responsabilidade objetiva ao vendedor ou fabricante de produtos que, quando deteriorados, causam danos, ainda que se usem as costumeiras cautelas.

Na mesma linha têm também sido incluídos os casos referentes a danos causados às partes por produto perigoso posto na praça. É um caso que tem sido considerado híbrido, pois permite a ação da vítima tanto baseada no contrato, para o qual haveria uma **implied warrant**, como baseada em TORTS.

Ganha terreno a responsabilidade baseada em TORTS, porque dispensa, inclusive, a existência de uma relação contratual.

O caso célebre na espécie é o *Mac Pherson v. Buick Motor Co.*, julgado em 1916, sendo relator o eminente Judge CARDOZO. Tratava a espécie da venda de um automóvel feita pela fábrica Buick ao revendedor que, por sua vez, o revendeu a terceira pessoa. Esta se feriu quando uma das rodas se quebrou. CARDOZO, com sua autoridade de jurista, abandona a interpretação dada pelos comentaristas no caso *Thomas v. Winchester*, segundo a qual a regra só se referia a coisa perigosa **per se** como veneno, explosivo e que tais.

If the nature of a thing is such that it is reasonably certain to place life and limb in peril when negligently made, it is then a thing of danger, afirma ele (16).

(15) WILLIAM L. PROSSER. *Op. cit.*, p. 344.

(16) DOWLING PETTER and POWELL. *Materials for Legal Method*. 2.^a ed., University Casebook Series, 1952, p. 181.

Diz mais adiante, na fundamentada sentença, o ilustre magistrado: "Se ao elemento de perigo se acrescenta o conhecimento de que a coisa vai ser usada por pessoas, outras que não o comprador e usada sem novos testes, então, independentemente do contrato, o fabricante desta coisa de perigo está sob a obrigação de fazê-la cuidadosamente".

São também numerosos os casos de responsabilidade proveniente de acidentes de aviação, de transportadores e donos de hotel.

1.2.7 Vaticínio de POUND

Diz POUND, ao final do capítulo sobre responsabilidade civil, em seu excelente livro *An Introduction to the Philosophy of Law*, que, quando formulou os três postulados de responsabilidade civil, as funções do Estado de direito se limitavam a manter a paz, a segurança e a ordem pública.

Hoje, porém, em plena segunda metade do século XX, o Estado de direito amplia cada vez mais a sua área, intervindo em setores, antes deixados à iniciativa das partes interessadas. É o *welfare state*. Ele pretende significar muito mais. Quer inclusive o seguro contra a própria falta, imprudência, má sorte ou mesmo falta de caráter do cidadão — "It seems to be presupposed that, in civilized society, everyone may expect a full economic and social life."

Segundo o seu entendimento, o prejuízo resultante de um dano deve ser indenizado por quem esteja em melhores condições de lhe fazer frente.

Daí o enunciado de um novo postulado sobre responsabilidade civil: "Numa sociedade civilizada, os homens devem pressupor que os danos resultem de sua própria falta ou imprudência e de tal modo que a responsabilidade de repará-los seja lançada por lei em alguém mais capacitado para tal."

É óbvio que o direito tem de acompanhar a irreversível história e dar maior peso ao interesse social.

É bem verdade que os tribunais não podem conseguir um completo êxito do direito social, o que é atribuição específica das agências administrativas, chefiadas pelo Executivo.

A eles, porém, cumpre tomar a vanguarda deste movimento de socialização do risco.

"E se nós dissermos que a última palavra em matéria de responsabilidade civil é a confiança nas condições de uma sociedade civilizada, antes que na intenção do indivíduo, nós teremos feito o que de melhor há em relação à teoria da responsabilidade" (17).

(17) ROSCOE POUND. *Op. cit.*, p. 106.