

A Responsabilidade Civil em Acidentes de Automóveis

ARNOLD WALD

SE a preocupação do autor se revela pela palavra que mais aparece na sua obra, vamos encontrar a idéia fixa de uma época no tema dominante em sua literatura.

No campo jurídico, a responsabilidade civil tornou-se o moto do nosso século. E' para ela que convergem os tratados, as teses, as monografias. Como outrora o problema dos universais, a responsabilidade civil é hoje a questão que se impõe a todos. Não pode haver, quanto a ela, neutralidade ou indiferença. Os jovens, com o primeiro fervor de amantes do Direito e com a sensibilidade extremada de adolescentes, precipitaram-se sobre a responsabilidade civil, dela fazendo o assunto preferido para os concursos e as teses de doutorado (1). Os professôres das faculdades, chegando ao apogeu de suas carreiras, coroam as suas obras ainda com um tratado de direito civil, mas também com um livro acêrca da responsabilidade civil. Assim fizeram Savatier e os Mazeaud, enquanto Josserand e Ripert dedicavam longos capítulos, em diversos livros, ao assunto. Não há um só grande civilista que não tenha escrito um estudo sobre a responsabilidade civil, de Planiol a Dabin, de Saleilles a Gény. E não se trata de obras de mera especulação teórica. Respondem, na realidade, a injunções práticas.

A evolução da técnica, a concentração dos capitais modificaram as condições de produção e o *standard* de vida. A crise religiosa que dominou o fim do século passado libertou o homem do fatalismo. O sufrágio universal, dando o poder à maioria, fêz com que a legislação deixasse de lado o Código Napoleão, que ainda era um código de proprietários e de credores, para olhar do lado da vítima, do devedor, do inquilino, do operário, do economicamente fraco já que os fracos constituem a maioria (2). Estes fatores técnicos, sociais, psicológicos e políticos fizeram da responsabilidade civil "o centro do direito contemporâneo".

No domínio da responsabilidade civil, merece especial atenção o capítulo referente aos

acidentes de automóveis. Aliás, já se definiu a nossa época como sendo a dos acidentes de automóveis. O automóvel talvez venha um dia a caracterizar o nosso século como o bronze ou a pedra definiram outras idades (3).

Em todo caso, o fato é que quase a metade das causas julgadas nos tribunais se referem ao ressarcimento do dano causado por acidentes de automóveis. Para darmos um exemplo, podemos dizer que, já em 1933, quando em França circulavam dois milhões de automóveis, 30% dos julgados dos tribunais franceses provinham de acidentes de automóveis (4). O que deve acontecer então nos Estados Unidos, onde há mais de trinta milhões de automóveis?

No Brasil, devemos infelizmente reconhecer que proporcionalmente somos um dos países em que há o maior número de acidentes de automóveis. Em recente voto, o deputado Aluísio Alves afirmava que "as atividades industriais apresentam no Brasil uma freqüência de acidentes que é de 5 a 10 vezes maior do que a verificada nos Estados Unidos da América do Norte." (5). O mesmo se dá com os acidentes de automóveis, de modo que o problema é, em nosso país, atual e premente, exigindo rápidas e drásticas medidas.

Deixando de lado a responsabilidade contratual do transportador para com o transportado, regulamentada seja pelo artigo 102 do Código Comercial, seja pela Lei 2.681, de 7 de dezembro de 1912, vejamos as disposições referentes à responsabilidade delitual em caso de acidente de automóvel. Estão contidas nos artigos 159, 1521 e 1523 do Código Civil. Estabelecem estes artigos as duas normas gerais que regem a concepção tradicional da responsabilidade civil. São elas:

a) Não há responsabilidade sem culpa (artigos 159 e 1523);

b) Quem alega deve provar (*Actori incumbit probatio*).

(3) HENRI BERGSON — *L'évolution créatrice* — Presses Universit. 1948, p. 139.

(4) Ap. AGUIAR DIAS — *Da responsabilidade civil*, 2.º vol.

(5) A. ALVES — *Acidentes de trabalho* — p. 28.

(1) RIPERT — *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 221.

(2) RIPERT — *Le régime démocratique et le droit civil moderne*.

Tais idéias convinham ao Brasil do fim do século passado, ao Brasil que acabava de proclamar a abolição da escravatura. Mas estarão elas ainda certas e úteis no Brasil industrializado, no Brasil capitalista?

O nosso Código Civil, se pertence por sua promulgação à segunda década do século XX, foi elaborado ainda no fim do século passado. Durante êstes cinqüenta anos, as legislações se transformaram, evoluíram, progrediram. O conceito da responsabilidade civil modificou-se totalmente. Leis especiais referentes aos acidentes de automóveis surgiram em quase todos os países. Poderemos nós conservar êstes textos antigos que as outras legislações já consideram caducas?

Arguiu-se que os princípios morais são imutáveis. Mas serão de fato? Haverá uma moral absoluta e universal? Tal teoria já passou da moda. As épocas individualistas e os períodos de predomínio social não têm a mesma moral. A regra normativa evolui também. O ideal de uma sociedade já não é o protótipo que inspira outro meio social. O filósofo grego, o santo medieval, o *honnête homme* já não representam o ideal do homem moderno.

Como pois conciliar o texto do nosso código com a realidade social hodierna? Tal é a pergunta à qual a jurisprudência e a doutrina tiveram de responder.

A jurisprudência oscila, vacilante, hesitante. Sente a necessidade de novas leis mas receia a ruptura com a tradição do código. Há um campo novo e imenso que não se pode assimilar na sua totalidade e onde tôdas as experiências são permitidas. E as charruas vão sulcando a terra pelos caminhos mais divergentes. Como adaptar a letra da lei às novas necessidades sociais? Como harmonizar o fator moral com o interesse social? Como assegurar a igualdade econômica, proteger os fracos, garantindo todavia a liberdade individual? Devemos sacrificar o elemento moral ao interesse social ou subordinar êste àquele? Tal é o problema central do nosso século. A jurisprudência oferece-nos tôdas as soluções, tôdas as respostas, desde a aceitação da teoria do risco até a exigência de prova da concorrência de culpa do preposto e do preponente. Vejamos algumas soluções dadas ao problema pela jurisprudência.

Um acórdão do Tribunal de Apelação do Paraná aceitou a teoria do risco (6). Já um acórdão do Tribunal de São Paulo, datado de maio de 1930, após reconhecer a culpa do preposto, recusou-se a condenar o preponente ao ressarcimento do dano, já que a culpa dêste não fôra provada (7).

No mesmo ano, outro acórdão do Tribunal de Apelação de São Paulo, provada a culpa do preposto, presumia a do preponente (8).

Em sentença de 25 de agosto de 1932, já declara o juiz Augusto Sabóia da Silva Lima, divergindo da interpretação do artigo 1523 do Código Civil, que "E' princípio assente, hoje, que, se a prova da culpa extracontratual incumbe a quem pede indenização, porém basta-lhe provar a culpa do substituto, para haver-se como provada a do substituído".

Já se argumentou que bastava ter o chofer certificado de habilitação para que se pudesse responsabilizar a companhia que o tinha empregado por culpa *in eligendo*. Tal é a opinião do Ministro Laudo de Camargo que, quando juiz em São Paulo, defendeu tal tese, declarando não haver concorrência de culpa do preponente desde que o motorista fôsse "munido da necessária carta de habilitação, fornecida pela repartição competente, e que não fazia restrições no conduzir êste ou aquêlê carro". Em sentido contrário, houve decisão em que o juiz declarava não bastar a carta de habilitação para exonerar o preponente da culpa *in eligendo*, já que se exigia do motorista não só qualidades técnicas mas também prudência e atenção, virtudes estas das quais devia julgar o preponente ao escolher o seu preposto. Continuava o juiz responsabilizando o preponente por culpa *in vigilando*. Trata-se, na realidade, de uma ficção. Mas, pensa o juiz, se é absurdo e impossível que o preponente vigie o seu preposto, motorista, é mais absurdo ainda que o dano causado não seja ressarcido (9).

Contrariando a presunção *juris tantum* de culpa do preponente, desde que seja provada a culpa do preposto, podemos citar a apelação julgada em 24 de abril de 1936 pelo Tribunal de Apelação de São Paulo (10). Outros julgamentos consideram haver culpa *in eligendo* do preponente pelo próprio fato de ter escolhido como preposto o motorista causador do acidente, dizendo que, se causou um desastre não é bom chofer, e, neste caso, foi mal escolhido. Assim julgou o Tribunal de Apelação do Distrito Federal, em novembro de 1937, contra o voto vencido de Flaminio de Rezende, que exigia a prova de concorrência de culpa do preponente. A presunção admitida no caso é aceita por Planiol, como fundamentada na idéia da culpa, já que resulta *re ipsa* do fato. Decorre logicamente do fato de tal modo que só se pode rejeitar a presunção provando a inexistência do fato (11).

Na realidade, "juizes e tribunais, com maior ou menor liberalismo, divergem no aplicar a nossa lei em matéria de indenizações por acidentes de automóveis" (12).

(8) Vide OLIVEIRA e SILVA, obra citada.

(9) *Jornal do Comércio*, 6 de dezembro de 1936.

(10) *Revista Forense*, 67, p. 513.

(11) *Traité élémentaire de Droit Civil de M. Planiol*, 1949, vol. 2, p. 312.

(12) OLIVEIRA e SILVA, obra citada.

(6) Ap. AGUIAR DIAS — *Da responsabilidade civil*, 2.º vol. p. 26.

(7) Ap. OLIVEIRA e SILVA — *Das indenizações por acidentes...* p. 21.

É difícil conciliar os artigos 1521 e 1523. Parece mesmo haver uma contradição entre ambos. Certos julgados aplicam o artigo 1523 exigindo que seja provada a culpa do preponente. Outros aplicam o artigo 1521, estabelecendo uma presunção de culpa contra o preponente (13). Até no Supremo Tribunal, as opiniões se dividem. Os ministros Laudo de Camargo, Costa Manso e Otávio Kelly exigem a prova da culpa do preponente. Os ministros Aníbal Freire, Orozimbo Nonato, Filadelfo de Azevedo e Hahne-mann Guimarães são favoráveis à presunção de culpa do proponente, desde que esteja provada a culpa do preposto. Os três últimos escreviam, na Exposição de Motivos do anteprojeto do Código das Obrigações, em janeiro de 1941: "Na reparação civil predomina, ainda, o conceito de culpa, que, por sua elasticidade, permite extensão suficiente no enfrentar as exigências atuais do comércio jurídico..."

Ressalvados ficaram, todavia, os preceitos especiais reguladores da reparação civil em matéria de acidentes de trabalho, transporte e concorrência desleal onde a responsabilidade puramente objetiva já tomou definitivamente o campo ou vê crescer cada dia sua influência dominadora."

O artigo 162 do referido anteprojeto corrige o artigo 1523 estabelecendo contra o preponente uma presunção *juris tantum* de culpa (14). Tal era também aliás a orientação do Projeto Clóvis Beviláqua, tendo sido introduzido o artigo 1523 por emenda votada pelo Senado (15).

Não podemos negar a confusão reinante na jurisprudência. Como conciliar os artigos 1521 e 1523, exclama o juiz José Antônio Nogueira. E Sá Pereira diz que, se aplicarmos os dois artigos, nunca poderá haver ressarcimento do dano causado, já que o preponente não comete falta, ou, em todo caso, é difícilimo provar-lhe a culpa, e o preposto não tem dinheiro (16).

A doutrina também não consegue chegar a um acôrdo. Se Clóvis reconhece que o Código exige concorrência da culpa do preponente para responsabilizar este (17), já não o entende assim Carvalho Santos. "O lesado, escreve este brilhante comentador do Código Civil, tem de pro-

(13) Quanto às sentenças que aplicam respectivamente os arts. 1521 e 1523, ver a sentença de Sabóia Lima, ap. *Vieira Ferreira* — Da responsabilidade civil em acidentes de automóvel p. 131 e seguintes e *Oliveira e Silva*, obra citada.

(14) Depois de firmar no art. 160 a responsabilidade dos comitentes ou patrões pelos atos dos seus prepostos, o anteprojeto estabelece uma presunção *juris tantum* contra o preponente no art. 162 que prescreve: "Não é devida a reparação pela forma que estabelecem os artigos anteriores, se o responsável prova que não concorreu para o dano."

(15) CLÓVIS BEVILÁQUA — *Código Civil Comentado*, 1947, vol. 5, p. 301.

(16) SÁ PEREIRA, *Julgados e Decisões* p. 187.

(17) CLÓVIS BEVILÁQUA, obra e pág. citada.

var que a pessoa encarregada de executar o trabalho causou o dano quando o executava, e mais: o laço de vigilância; porém o réu pode provar que o dano se daria, se houvesse procedido com todo o cuidado e vigilância, ou que procedeu com toda a diligência". Neste caso, provada a culpa do preposto, há presunção *juris tantum* de culpa do preponente. Pensa pois Carvalho Santos que o Código Civil admitiu a presunção, como o fizeram o Projeto de Clóvis e o anteprojeto do Código das Obrigações. Tal opinião é insustentável diante do estudo dos trabalhos preparatórios do Código.

O desembargador Vieira Ferreira afirma, no entanto, que "o artigo 1523 não exige só que as pessoas enumeradas no 1521 concorram para o dano por culpa da sua parte, exige mais que se prove essa culpa no concurso, não a presume portanto" (18). Escreve ainda o desembargador Vieira Ferreira:

"Um exemplo temos na aplicação dos artigos 1521 e 1523, do Código Civil, o primeiro dos quais enumera as pessoas que respondem por danos cometidos por outras determinadas e o segundo, muito explicitamente, exige para essa responsabilidade que se prove ter havido culpa ou negligência por parte daquelas.

Quiseram alguns juristas lobrigar uma contradição entre êsses dois artigos para, na aplicação do primeiro, não atenderem ao segundo, supondo uma presunção de culpa nas pessoas naquelas indicadas.

Êsse modo de ver é inaceitável" (19).

Contrariando o ponto de vista do ilustre desembargador, o Ministro Orozimbo Nonato escreve justamente que o artigo 1523 "se põe às testilhas com o artigo 1521, originando uma antinomia conspícua, inatribuível à presumida sabedoria do legislador".

Do mesmo teor, podemos citar a frase de Sabóia Lima quando êste magistrado afirma estar o artigo 1523 em oposição "com tudo que precede e tudo que continua".

Na verdade, o artigo 1523, fruto desastrado da intervenção do organismo político na feitura de uma obra principalmente técnica, "foi um dos pontos destoantes do Código Civil, fazendo-o nascer já velho para a época, embora a culpa nesse como em tantos outros pontos não possa caber a seu festejado autor" (20).

Em conclusão, podemos dizer que:

a) Diante do nosso direito positivo, não é possível, não obstante a generosa interpretação de Carvalho Santos, presumir-se a culpabilidade seja do preposto, seja do preponente. Por outro lado, não há responsabilidade sem culpa e a culpa há

(18) VIEIRA FERREIRA, obra citada.

(19) VIEIRA FERREIRA, obra citada, p. IX.

(20) MINISTRO FILADELFO DE AZEVEDO.

de ser provada pela vítima a menos que a sua prova emane das próprias condições objetivas do fato.

b) A necessidade social exige, no mínimo, uma presunção *juris tantum* de culpa do preponente desde que seja provada a culpa do preposto.

c) Há uma tendência muito bem justificada para se aplicar no Brasil a teoria da guarda da coisa, estabelecendo-se uma presunção de culpa contra o causador do acidente.

Pela divergência notada, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, sentimos a necessidade de uma reforma da legislação referente aos acidentes de automóvel. A diversidade das opiniões, a quantidade de artigos dedicados ao assunto demonstram-nos a doença, a debilidade da legislação em vigor. Dizia Durkheim que as sociedades sadias não se preocupam com problemas políticos (21). A "contrario sensu", a ampla literatura, as longas sentenças que discutem a responsabilidade civil do automobilista apontam a necessidade de uma reforma.

Mas, não é esse o único fator clamando por uma nova legislação. Na realidade, o artigo 1523 é contrário a toda a sistemática do Código. Representa este artigo uma medida de direito especial, que não tem razão alguma de existir. Está ele em contradição com numerosos dispositivos legislativos.

a) Oliveira e Silva declara que o direito oferece, com a existência do artigo 1523, um espetáculo de desigualdade já que impõe "para o lesado por automóvel ou energia elétrica, a prova da culpa do preposto e do preponente, e o por bonde ou trem a reparação fácil com a presumida culpa da companhia".

b) Clóvis Beviláqua afirma haver contradição entre o artigo 1523 do Código Civil e o artigo 243 do Código Comercial (22). Não podemos abonar todavia tal ponto de vista, já que Clóvis, ao citar o artigo 243 no seu *Código Civil Comentado*, deturpa-o involuntariamente. O texto exato deste artigo é: "Todo o mestre, administrador ou diretor de qualquer estabelecimento mercantil é responsável pelos danos que ocasionar ao proprietário por omissão culpável, imperícia, ou malversação e pelas faltas e omissões dos empregados que servirem debaixo de suas ordens, provando-se que foi omisso em as prevenir". Vemos que o artigo não "responsabiliza o mestre, administrador ou diretor, por omissão culpável, imperícia ou malversação dos que servirem sob suas ordens" (23) e não há pois a contradição apontada pelo grande mestre.

c) Devemos reconhecer todavia a flagrante e inegável contradição existente entre o artigo 1523 e o artigo 25, § 7.º, do Código dos Menores,

que dispõe: "São responsáveis pela reparação civil de dano causado pelo menor os pais ou a pessoa a quem incumbir legalmente a sua vigilância, salvo se provarem que não houve de sua parte culpa ou negligência". Não se vê porque deva haver presunção *juris tantum* de culpa contra os pais, no caso de atos ilícitos cometidos pelos filhos, e não deva existir tal presunção contra os preponentes em relação aos atos dos seus prepostos.

d) Também há uma contradição entre o artigo 1527, que estabelece uma presunção de culpa contra o detentor do animal causador do dano, e o fato de não se admitir tal presunção de culpa contra o automobilista. Assim, quem for vítima de um acidente provocado por uma carruagem não deve provar a culpa do autor do dano, já a vítima de um desastre causado por automóvel deve fazê-lo. Onde está a aplicação do velho princípio *Ubi eadem ratio, eadem dispositio*?

e) Outra contradição não menos flagrante é aquela que existe entre os artigos 15 e 1523 do Código Civil. Pelo primeiro, o Estado responde pelas faltas dos seus prepostos, idéia esta que ficou muito mais clara com o artigo 194 da Constituição de 1946. Esta responsabilidade é independente da concorrência de culpa. Por que não aplicar o mesmo texto às empresas particulares, aos preponentes em geral?

A necessidade de reformar a nossa legislação na parte referente aos acidentes de automóvel é sentida por todos. Juizes e juristas pugnam conjuntamente para obter novas fórmulas que mais convenham à atual realidade social. A equidade exige novas medidas.

SPENCER VAMPRÉ focaliza muito bem o problema, entrevedo uma solução na adoção da teoria do risco:

"No fundo, subsiste a questão de formular-se para o automóvel uma teoria do risco, semelhante à que preside aos acidentes de trabalho, a saber — todo proprietário ou empresa industrial, que explore automóveis, incorre, ipso facto, no risco, do funcionamento destes veículos, e, pois responde sempre, em princípio, por todos os danos que venham a causar, salvo apenas o caso fortuito e o dolo da vítima..."

Tal é também a opinião do Juiz Aguiar Dias, autor da nossa melhor monografia em questões de responsabilidade civil. Pensa este magistrado que "a doutrina do risco, decorrente da atividade proveitosa e independente, a que se refere Savatier, corresponde melhor às exigências de uma solução necessariamente ampla" (24).

Já houve quem quisesse inverter o *ejus commodum, ejus periculum, ubi emolumentum, ibi onus*, interpretando-o em defesa do artigo 1523, declarando que o homem de hoje, que goza das vantagens da civilização moderna, também deve

(21) Ap. MAURICE DUVERGER, *Les régimes politiques*, p. 121.

(22) e (23) CLÓVIS, obra e pág. citadas.

(24) AGUIAR DIAS, obra citada.

arcar com os riscos, com os perigos inerentes a esta civilização. Tal idéia não pode ser defendida. Qual é o lucro auferido pelo pedestre pela passagem, pela circulação dos automóveis? Aliás já dizia muito justamente Bertrand de Grerille que a lei não pode balançar entre aquêle que erra e aquêle que sofre. "Dans la thèse générale rien de ce qui appartient à quelqu'un ne peut nuire impunément à un autre" (25).

Numerosos projetos de reforma da nossa legislação no tocante a acidentes de automóvel foram apresentados.

O Desembargador Colares Moreira defendeu a idéia da eliminação do artigo 1523 do Código Civil.

Em 1934, o deputado Daniel de Carvalho elaborou um projeto estabelecendo uma presunção de culpa *juris tantum* contra o preponente, desde que fôsse provada a culpa do preposto. Tal idéia também vingou, como já o vimos, no anteprojeto do Código das Obrigações.

E' interessante e triste notar que, quinze anos depois do projeto Daniel de Carvalho, os mesmos problemas continuam a nos torturar, continuam irresolvidos.

Ripert, no seu livro *O Regime Democrático e o Direito Civil*, atribui a inércia do poder legislativo quanto às reformas da legislação automobilística a fatores políticos. Diz o antigo deão da Faculdade de Direito de Paris que, com a "popularização do automobilismo", os automobilistas se tornaram poderoso corpo eleitoral ao qual o legislativo não pode deixar de querer agradar. Acreditamos que não seja êste o caso, no Brasil. E o nosso Parlamento já provou estar acima de tais considerações eleitorais. Trata-se de um esquecimento, mas de um esquecimento doloroso o qual seria necessário remediar, de um esquecimento que está pondo em litígio os nossos tribunais e não permite o ressarcimento do dano causado, princípio fundamental do Direito.

Antes de discutirmos quais as reformas que devemos introduzir no Brasil, seria interessante passarmos uma vista de olhos sobre as tendências da legislação estrangeira. Senão como exemplo, ao menos nos poderão servir como orientação.

No século atual, as legislações estrangeiras dedicaram numerosas leis ao assunto.

A lei inglesa de 1903 estabeleceu uma presunção de culpa do automobilista quando êste agiu com temeridade ou negligência.

A lei austríaca de 1908 também firmou no direito dêste país uma presunção *juris tantum* de culpa do automobilista, obrigando-o, se êle estiver assegurado, a indenizar, êle próprio, parte do dano causado. Tal foi ainda o sentido da lei alemã de 1909.

A lei italiana de 1912 presume a responsabilidade do proprietário e do chofer do automóvel.

A legislação suíça consagrou, pela lei de 15 de março de 1932, um sistema de responsabilidade objetiva, instituindo o seguro obrigatório.

Na França, coube à jurisprudência adaptar o direito às novas necessidades sociais, revelando-se a jurisprudência como verdadeira fonte de direito. Tal é a opinião de Jossierand (26). Baseando-se no artigo 1384, alínea 1, decidiu, já em 1896, a Côrte de Cassação que o homem respondia pelo fato das coisas que tinha sob a sua guarda. Neste caso, se a coisa causar um dano, há uma presunção de culpa que se estabelece contra quem tem a guarda da coisa, seja êle proprietário, detentor ou usufrutuário. O responsável é o guardião da coisa, que chamaram numa expressão mais justa, do encarregado dos riscos (27). A presunção foi no começo *juris tantum*, para tornar-se, depois, *juris et de jure*.

Com novas decisões da suprema côrte francesa, em 1919 e 1930, decidiu-se que o motorista só podia ilidir a presunção provando que o acidente era devido a força maior.

Diversos projetos de leis foram apresentados na França, não merecendo todavia aprovação visto que o problema já vinha sendo resolvido com as medidas pretorianas, com a evolução da jurisprudência.

Êstes projetos estabeleciam o seguro obrigatório, a organização de um fundo de garantia e a obrigação, para o automobilista, de pagar, êle próprio, parte da indenização, que não poderia recair sobre o segurador.

Na Bélgica, o Procurador Leclercq também estabeleceu uma presunção de culpa contra o causador do dano. Considerou Leclercq que o próprio acidente era uma prova da culpa do automobilista, pois constituía prática de ato ilícito. Exigiu do automobilista que, para exonerar-se da culpa, provasse tratar-se de resultado devido a caso fortuito ou força maior (28).

Neste país, o projeto Sinzot de 1932 propunha o reconhecimento da responsabilidade objetiva do automobilista, o seguro obrigatório e a interdição, para o automobilista, de assegurar-se integralmente. Dava ainda à vítima do acidente ação direta contra o segurador do automobilista.

Estabeleceu-se, na Bélgica, o seguro obrigatório dos automobilistas ainda em 1932, tendo o projeto-lei de 1936 dado à vítima ação direta contra o segurador do motorista ou do seu preponente (29).

(26) JOSSEIRAND — *Cours de droit civil*.

(27) SAVATIER — *Traité de la responsabilité civile*.

(28) Ver JOSSEIRAND — *De la responsabilité du fait des choses*. DABIN — *La théorie du procureur général Leclercq*. RIPERT — obras citadas. POLET — *Les accidents d'automobiles*.

(29) POLET — obra citada.

(25) Ap. OLIVEIRA e SILVA, obra citada, p. 82.

A lei grega de 1911 estabeleceu a responsabilidade objetiva nos casos de acidentes de automóvel (30).

Da lição dos diversos países europeus, podemos tirar as seguintes conclusões:

a) O critério da culpa não é suficiente. É preciso assentar a responsabilidade do automobilista em presunções que se aproximam da teoria do risco. Não vale a pena esconder as idéias novas conservando as formas antigas (31). O seguro obrigatório vem ratificar a teoria do risco, baseando-se na solidariedade social.

b) Também a teoria do risco não é suficiente. É preciso conciliar a necessidade da vida hodierna, o interesse social com a liberdade individual, com o fator moral. Assim, ficou uma parte da indenização a cargo do autor do dano quando houver culpa da sua parte.

Mas não devemos imitar. Não se trata de copiar mas de adaptar. Passaram-se os tempos das soluções gerais que Descartes, Rousseau e a Revolução Francesa quiseram impor ao mundo. Todos os países não podem ter a mesma constituição. A lei não tem formação exclusivamente lógica e abstrata. Tem fundamentos históricos. Deve corresponder a um certo meio social. A imagem do bastão que, pôsto na água, parece quebrado já se tornou lugar comum em sociologia e em direito. Burke e Savigny provaram que havia soluções gerais mas que estas haviam de se acomodar, adaptando-se às condições geográficas, sociais, históricas e políticas. O direito viria a ser, na expressão de Savigny, o produto da elaboração do *Volksgeist*, do espírito do povo, chegando a dizer posteriormente Taine, ampliando a tese de Montesquieu, que a virtude e o vício eram produtos como o açúcar e o vitriolo.

De fato, é preciso adaptar as soluções adotadas no estrangeiro ao nosso clima social e histórico.

Achamos todavia que as soluções européias podem enquadrar-se, não deixam de convir ao Brasil já que há entre o nosso país e a França, por exemplo, analogias, senão identidades, quanto às condições morais, quanto ao espírito profundamente latino e cristão. Analogias também há entre o Brasil hodierno e a França do começo do século quanto às condições financeiras, pois em ambos os casos domina o capitalismo nascente.

Já que encontramos, no Brasil, os mesmos fatores financeiros e psicológicos que propeliaram a evolução do direito francês, podemos aproveitarmos da experiência feita no velho continente.

Proponhamos pois as seguintes reformas para a nossa legislação no tocante aos acidentes de automóvel:

a) Estabeleça-se uma presunção de culpa contra o autor do acidente.

b) Provada a culpa do preposto, considere-se automaticamente culpado o preponente.

c) Estabeleça-se o seguro obrigatório e limitado.

d) Dá-se ao segurador um recurso obrigatório contra o causador do dano até 5% da soma paga pelo primeiro para o ressarcimento do dano. Esta quantia não poderá ser objeto de novo seguro e o recurso só poderá ser dispensado pelo juiz quando não houver culpa do causador do dano.

e) Conceda-se ação direta à vítima contra o segurador.

f) Crie-se um fundo de garantia para as vítimas de acidentes cujos autores são desconhecidos, insolváveis, estrangeiros de passagem no país ou nacionais que, burlando a lei, não se asseguraram.

Tais são as medidas que nos sugerem a jurisprudência, a doutrina e as legislações estrangeiras.

A presunção de culpa contra o autor do acidente deriva da obrigação que tem o guardião de cuidar da coisa que está sob a sua guarda. Não há, no caso, aplicação da teoria do risco e sim apenas extensão da culpa. Não se pode exigir da vítima a prova da culpa do autor do dano. O próprio acidente constitui uma presunção. E se devemos escolher entre o causador do dano e a vítima, é para esta que olha o direito moderno, atendendo aos mais altos interesses sociais. Mas, na realidade, não há esta escolha. Pelo sistema de seguro, é sobre toda a coletividade que vai recair a indenização.

A presunção de culpa do causador do dano é defendida com ardor pelo Juiz Aguiar Dias que escreve:

“O que se torna preciso aceitar entre nós, em última análise, já que as diversas correntes coincidem na solução, é a presunção invariavelmente reconhecida no direito francês” (32).

Quanto à presunção *juris et de jure* estabelecida contra o patrão desde que seja provada a culpa do preposto, os próprios defensores da teoria da culpa a aceitaram. Tal é a opinião de Planiol.

Já em 1934, e, posteriormente, em 1936, defendia o deputado Daniel de Carvalho a presunção *juris et de jure* de culpa do patrão quando provada a falta do preposto. O projeto Daniel de Carvalho mereceu emendas e substitutivos dos deputados Jayro Franco, Moraes Andrade, Pontes Vieira e Ascânio Turbino. Também mostrou-se favorável o deputado Daniel de Carvalho à presunção de culpa do preposto, declarando que “se alguma modificação, por conseguinte, se deve introduzir no projeto deverá ser no sentido de presumir a culpa do preposto, a exemplo do que faz o Código Civil francês”.

(30) ZEPOS — *Les solutions du Code civil hellénique ap. Rev. Int. de Droit comparé* avril — juin 1950.

(31) MORIN — *La révolte du droit contre le code.*

(32) AGUIAR DIAS, obra citada, 2.º vol. p. 11.

No tocante ao seguro obrigatório, já se disse que fazia com que os bons pagassem pelos maus. Mas o seguro corresponde a uma necessidade social. O dano deve ser ressarcido. Não podemos mais aceitar resignadamente o velho *res perit domino*. A interdependência dos homens na vida atual não permite que um golpe do destino venha esmagar uma vida. O acidente muitas vezes se tornou anônimo (33). Não se pode falar mais em culpa. E, todavia, o dano deve ser ressarcido. Assim o exige a estabilidade da sociedade. Então, é o grupo social, que se aproveita do levantamento do standard de vida, que vai ressarcir o dano. Em vez da idéia de responsabilidade, temos a noção de garantia. Há uma garantia social que vem em socorro da vítima. A equidade se substitui a justiça. O interesse social vence o ponto de vista estritamente moral e jurídico.

O seguro vem a ser uma estipulação para outrem exigida daquele que colabora na criação do risco e baseada na idéia de assistência, na solidariedade social.

Dissemos que a presunção contra o autor do dano não implicava em adesão à teoria do risco. Já com o seguro, todavia, chegamos à aplicação da doutrina de Josserand, à teoria do risco. Independente da culpa, o ressarcimento do dano corresponde a uma garantia social dada ao pedestre, à vítima. Esta garantia é dada graças ao pagamento pelos proprietários de automóveis de uma taxa legal.

A idéia do seguro é defendida em nosso país por todos aqueles que estudaram o problema dos acidentes de automóvel.

Assim, o Juiz Oliveira e Silva escreve: "Generaliza-se, porém, como para os acidentes de trabalho, o contrato de seguro que constitui a tranquilidade de todo aquele que movimenta o perigo". "Tanto é perigosa para o obreiro, continua o ilustre magistrado, a máquina com que a indústria acelera a produção, como para o pedestre, a automobilística de recreio ou necessidade, que faculta um risco muito mais numeroso."

Tal é também a opinião do Desembargador Vieira Ferreira. "O seguro da responsabilidade, por acidentes de automóvel será útil às vítimas, quando fôr insolvente o responsável, e útil a êste, quando tenha de pagar indenizações pelo acidente" pensa o afamado jurista.

Quanto ao direito regressivo de segurador contra o autor do dano só deve poder ser dispensado pelo juiz de acôrdo com o grau da culpa, ou melhor, ausência de culpa do automobilista. Assim, a norma não é somente repressiva, mas, também, preventiva. Reúne-se ao interesse social o fator moral. Limita-se a teoria do risco, reintroduzindo o elemento moral, a culpa, e dando assim caráter preventivo à norma. Juntam-se, dêste modo, a equidade e a justiça, o fator moral e a utilidade social.

Com a presunção, estabelecida contra o automobilista, haverá casos em que êste será condenado sem ter cometido falta, sem ser culpado, e simplesmente porque não conseguiu provar caso fortuito, fôrça maior ou culpa exclusiva da vítima. Neste caso poderá ser dispensado pelo Juiz o exercício do direito regressivo do segurador.

A responsabilidade objetiva destaca-se da noção de ato ilícito para constituir uma garantia social. É esta garantia que vai fazer reinar a equidade. Na medida em que o automobilista é assegurado, pode haver responsabilidade objetiva, tal sendo a norma de reparação, de resolução dos conflitos de interesses.

Mas, não havendo seguro, no domínio do direito regressivo do segurador contra o automobilista, há pena privada. Reina neste terreno a teoria tradicional da culpa, exigência moral incontestável. A norma então não é essencialmente repressiva, não pretende exclusivamente dirimir os conflitos, pretende sobretudo ser preventiva, ser uma norma "ut ne peccetur".

Foi o que já se disse :

"Seule l'idée de risque permet d'assurer aux victimes d'accidents une réparation complète.

Seule l'idée de faute permet de prévenir les dommages.

L'assurance obligatoire appelle l'idée de risque, la découverte obligatoire, l'idée de culpabilité" (34).

E' preciso aplicar as idéias cada uma no seu campo. Não se trata de transformar um princípio moral numa lei de causalidade mecânica. Há o domínio da lei moral, há o campo da lei da causalidade.

Não podemos dizer : "Comporta-te como quiseses; se causares dano, pagarás" (35). Mas também não podemos deixar desprotegida a vítima do acidente de automóvel, que não conseguiu provar a culpa do autor do dano.

Mais importa a realidade humana, a equidade, o espírito da lei, a necessidade social do que a lógica formalista apegada a textos já caducos.

Não basta o aperfeiçoamento técnico, a louvável interpretação, o magnífico trabalho da jurisprudência. E' preciso uma legislação especial que regule os acidentes de automóvel, do mesmo modo que uma legislação especial rege os acidentes de trabalho. E aliás há uma analogia que já Picard assinalava entre os problemas relativos a acidentes de trabalho e a acidentes de automóvel. A mesma solução se impõe nos dois casos (36).

Ao lado da culpa, concorrentemente com ela, é preciso aceitarmos o risco como fundamento

(34) POLET, obra citada.

(35) RIPERT, prefácio ao tratado da responsabilidade civil de Savatier.

(36) Ver a opinião contrária de Vieira Ferreira, obra citada, p. 103.

(33) JOSSEKAND.

da responsabilidade. Justamente diz Ripert que nada há de comum entre as duas teorias, uma, a da culpa, baseada no fator moral, e a outra, a do risco, tendo como alicerce a necessidade social (37). Não podemos esquecer as necessidades sociais numa época em que o próprio direito tende a tornar-se *direito social* (Gurvitch).

Não sabemos para onde vai o direito. Se para uma maior solidariedade social (38). Se para o desenvolvimento do que Morin e alguns neotomistas chamam "a pessoa humana" (39). Se para a assimilação do indivíduo pelo grupo social. Se para o reinado dos economicamente fracos (40). Se para o desaparecimento da responsabilidade (41).

Em todo caso, a moral hodierna não pode aceitar as injustiças naturais. O direito, guiado pela noção de dignidade humana, que figura nas modernas constituições, há de proteger o homem contra a desigualdade e a injustiça, contra a opressão econômica como contra a opressão política. E o grande problema da nossa época é justamente a conciliação deste dirigismo econômico, desta intervenção estatal, deste humanismo jurídico com os direitos fundamentais do homem, com a liberdade política, com o liberalismo. O mesmo conflito que se estabelece entre a declaração dos direitos do homem e a democracia social, firmada na Constituição de Weimar e aplicada com o New Deal, vai se refletir no direito com a aplicação da justiça ou da equidade, com a liberdade ou o controle estatal dos contratos, com a teoria da

culpa ou a do risco a dominar o terreno movente da responsabilidade civil.

O mesmo conflito se trava entre as teorias da retroatividade e da irretroatividade da lei, entre os partidários de leis abstratas e gerais e os defensores da volta ao regime pretoriano, do "government des juges" para o qual nos estamos dirigindo.

Na realidade, é preciso estabelecer um justo equilíbrio entre as forças antagônicas, garantindo a liberdade do homem e o fundamento moral do direito, e atendendo também aos imperativos do interesse social.

Se o *res perit domino* pertenceu a uma época já ultrapassada, aspiramos hoje a uma justiça mais refinada, inspirada pela interdependência cada vez maior que existe entre os homens. Este ideal mais requintado quer descobrir os meios de repartir as desgraças individuais por toda a coletividade de modo que, pela lei dos grandes números, se tornem tão leves que passem despercebidas (42). Por outro lado, não nos é lícito esquecer que a moral é o fundamento essencial do direito.

E' pois necessário atender, em nossa legislação, a estes dois princípios. Ao lado do *jus civile*, não esqueçamos o *jus honorarium*. Unamos a justiça e a equidade. Só assim atenderemos ao ideal jurídico que nos domina.

Só com uma reforma da nossa legislação que tome em consideração, ao mesmo tempo, as condições sociais e os postulados morais, poderemos construir o direito moderno, que, se aspira a ser um direito justo, "quer também ser um direito preponderantemente, essencialmente moral, recebendo da ética a razão última de suas decisões" (43).

(37) Prefácio de Ripert já citado.

(38) DUGUIT.

(39) MORIN, obra citada, p. 109.

(40) RIPERT, O regime democrático.

(41) SAVATIER — *Les métamorphoses économiques et sociales...*

(42) GÉNY, *Risques et responsabilité*, ap. Rev. Trimestrielle de Droit Civil, tomo I, p. 817.

(43) CLÓVIS BEVILÁQUA — *Estudos Jurídicos*, p. 183.