

OS PROBLEMAS CONTEMPORÂNEOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL (*)

ANDRÉ TUNC

1. É sem dúvida desnecessário explicar porque a *Revista Internacional de Direito Comparado* consagra um número especial aos problemas atuais da responsabilidade civil extracontratual.

Ao fazer isso, ela aproveita a ocasião que lhe ofereceu a preparação do volume XI, consagrado ao assunto, da *Enciclopédia Internacional de Direito Comparado*. Os estudos que se seguem foram recolhidos na ocasião do trabalho efetuado sobre este volume, às vezes com a ajuda dos órgãos dirigentes da *Enciclopédia*, aos quais aproveitamos a oportunidade para agradecer.

2. Razões bem mais profundas, no entanto, justificam este número especial.

A responsabilidade civil tornou-se, praticamente, o ramo mais importante do direito num grande número de países. Nos Estados Unidos, atravanca os tribunais a ponto de retardar consideravelmente o seu funcionamento (1). Na França, onde HENRI MAZEAUD, há mais de 30 anos já havia previsto "a absorção das regras jurídicas pelo princípio da responsabilidade civil", (2), a situação não é, afinal de contas, tão grave, apesar de FRANÇOIS GIVORD dizer que a atividade dos magistrados de província foi

(*) O presente trabalho foi publicado, pela primeira vez, na *Revue Internationale de Droit Comparé*, ano XXIX, n.º 4, outubro-dezembro 1967 (Paris), no volume dedicado aos *Problemas Contemporâneos da Responsabilidade Civil Extracontratual*, servindo de introdução ao referido número da citada revista. Tradução de Maria Cecília Pereira Reis.

(1) V. ALFRED F. CONARD e outros, *Automobile Accident Costs and Payments. Studies in the Economics of Injury Reparation*, 1964, págs. 252-255; ROBERT E. KEETON e JEFFREY O'CONNELL, *Basic Protection for the Traffic Accident Victim. A Blueprint for Reforming Automobile Insurance*, 1965, págs. 13-15.

(2) D.H. 1935, pág. 5 e segs.

absorvida, na percentagem de 50 a 75%, pelos acidentes de tráfego. A Côrte de Cassação efetua, todos os anos, duas mil prisões em matéria de responsabilidade civil. No próprio Japão, ela é o principal tema dos litígios (3). Em todos os países industrializados, com exceção dos países socialistas, ela ocupa um lugar de primeiro plano. Sua importância prática, não só atrapalha o bom funcionamento dos tribunais, mas também o ameaça, além de revelar uma situação patológica.

Sabemos as causas dessa proliferação cancerosa. Por um lado, o número de prejuízos causados por acidentes aumenta todos os anos, a despeito das medidas de segurança introduzidas nas usinas e, numa certa medida, nas estradas e nos automóveis. Na França, por exemplo, somente pelos acidentes de trânsito, as companhias de seguros se queixam de que precisam abrir um novo dossiê de 2 em 2 segundos (8 milhões por ano) e quatrocentos e cinquenta demandas são apresentadas diante dos tribunais cada dia de sessão (150 000 por ano). Ao mesmo tempo, a resignação das vítimas de acidentes não cessa de crescer. E, sobretudo, a imaginação e o afã dos juristas em encontrar novos meios de ação ou novas espécies de danos permitiram indenizações com as quais não se sonhava há algumas dezenas de anos. Numa sociedade de abundância, toda pessoa que sofre um dano causado por ato de outra se sente mais ou menos justificada em prolongá-lo a fim de obter uma indenização.

3. Igualmente no plano teórico, a responsabilidade civil é um assunto da atualidade.

A elaboração de um direito novo sobre os acidentes de trânsito é objeto de discussões apaixonadas nos Estados Unidos (4), Inglaterra e nos países da Commonwealth (5), em Israel (6), Escócia (7), na França (8), Itália (9) e Turquia. Mas, mesmo nesses países, é o conjunto da responsabilidade civil que é

(3) ICHIRO KATO, "The Concerns of Japanese Tort Law Today", *Law in Japan. An Annual*, vol. 1, 1967, pág. 79 e segs., à pág. 86. Sobre a repugnância que sentem os japoneses em introduzir uma ação na justiça, v. YOSIYUKI NODA, *Introduction au droit japonais*, 1966, pág. 175 e segs., ou "La conception du droit des Japonais", in *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de La Morandière*, pág. 421 e segs.

(4) KEETON e O'CONNEL, *op. cit.*, e relatório na *Revue Int. Dr. Comp.*, 1966, pág. 441 e segs.

(5) V. as indicações dadas por LORD KILBRANDON, *Other People's Law*, 1966, págs. 39 e 40.

(6) V. "Inter-Ministerial Committee Report on Questions of Traffic and Work Accidents", 1 *Israël Law Review*, 1966, pág. 636.

(7) V. LORD KILBRANDON, *Other People's Law*, 1966, e relatório Marc Ancel, *supra*, pág. 530.

(8) V. ANDRÉ TUNC, *La sécurité routière, Esquisse d'une loi sur les accidents de la circulation*, 1966, e relatório HENRI SOLUS, nesta Revista,

pôsto em causa em suas bases e em seu funcionamento. Na França, um dos mais eminentes especialistas, o deão RENÉ SAVATIER, se pergunta: “Como tornar a elaborar a concepção francesa atual da responsabilidade civil” (10). Na Alemanha, nos países escandinavos, na Inglaterra, Escócia, na província de Quebec, nos Países Baixos, na Suíça (11), projetos de reforma da responsabilidade civil estão sendo examinados ou considerados. Se, por um lado, as novas legislações dos países socialistas são apenas moderadamente inovadoras nesse domínio, por outro, as recentes codificações etiópica, senegalesa e malgache, inspirando-se na tradição francesa, renovam-se rapidamente em pontos importantes e oferecem matéria para fecundas reflexões (12).

4. No fundo, a situação atual da responsabilidade civil é bastante paradoxal.

Nos países industrializados, ela conhece uma glória sem precedentes. Mas, ao mesmo tempo, vê-se ameaçada, pelo menos em certos domínios, por instituições mais recentes: os seguros e a seguridade social (13).

1966, pág. 966. V. também GABRIEL MARTY, “La responsabilité en question”, *Revue de Droit Contemporain*, 1966, n.º 1, pág. 79 e segs.; BORIS STARCK, “Les rayons et les ombres d’une esquisse de loi sur les accidents de la circulation”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1966, pág. 635 e segs.; TUNC, “Sur un projet de loi en matière d’accidents de la circulation”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1967, pág. 82 e segs.; CHARLES BLAEVOET, “Nouvelle orientation de notre système de responsabilité civile”, D. 1966, cap. 113; RENÉ SAVATIER, “Sécurité routière et responsabilité civile: A propos du “projet Tunc”, D. 1967, cap. 1; o número especial de Direito social, fevereiro 1967, pág. 65 e segs.; ERIC LIMET, “Responsabilité pour faute et prévention des accidents. Réflexions sur le projet Tunc”. *Revue de droit pénal et de criminologie* (Bruxelas), out. 1967, págs. 3 e segs.

Comparar igualmente, sobre a necessidade de se elaborar um direito nôvo para os acidentes de trânsito, o discurso de JEAN MARJOLET, presidente-diretor-geral da sociedade de seguros “L’Abeille”, na assembléia-geral desta sociedade, dia 26 de junho de 1967 (*Le Monde*, 29 de junho de 1967).

(9) V. Istituto per la Documentazione e gli Studi Legislativi, *Disciplina Legislativa del Risarcimento del Danno Alle Vittime della Strada*, 1964.

(10) D. 1966, cap. 149 e 1967, cap. 1 e 35, e publicação separada (Paris, Dalloz, 1967). Comparar a introdução de ROGER O. DALCQ na segunda edição de seu *Traité de la responsabilité civile* (1967, v. relatório *infra*, pág. 1.022); A. TUNC, “L’enfant et la balle; Réflexions sur la responsabilité civile et l’assurance”, J. C. P., 1966. I. 1938, e “Regards sur la jurisprudence en matière de responsabilité civile délictuelle”, J.C.P., 1966, I. 2.010.

(11) Cf. FRANÇOIS GILLIARD, “Vers l’unification du droit de la responsabilité”, in SOCIÉTÉ SUISSE DES JURISTES, *Rapports et communications*, 1967, pág. 193 e segs.

(12) Cf. “La responsabilité civile dans trois récentes codifications africaines”, na *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1967, n.º 4, págs. 927 e segs.

(13) Cf. JAN HELNER, *Rev. cit.*, pág. 805: “Le rôle du droit de la responsabilité sera principalement de prendre en charge les pertes qui ne sont pas couvertes par ces deux sources essentielles de réparation”.

Os danos pessoais, na verdade, são cada vez mais cobertos pela seguridade social; multiplicam-se em todos os países (14). São também o objeto cada vez mais freqüente de seguros pessoais de vida ou contra acidentes. A necessidade da responsabilidade civil, desde então, é menor do que antes. Na verdade, a responsabilidade representa, atualmente, um papel bastante secundário na indenização dos acidentes de trabalho em todos os países industrializados. Mesmo em matéria de acidentes de trânsito, estabeleceu-se, nos Estados Unidos, que a responsabilidade civil é a causa de apenas 46% das indenizações.

Por outro lado, a extensão do seguro de responsabilidade muda totalmente o jôgo da responsabilidade civil (15). Quando um motorista é “responsável” pelo dano que causou, talvez por um êrro grave seu, sua responsabilidade é puramente verbal se êle estiver segurado. Os tribunais repressivos, bem entendido, podem infligir-lhe uma pena, mas os tribunais civis não têm poder para tanto. Qualquer que seja o montante dos prejuízos sofridos pela vítima, o motorista, de modo algum, pode ser obrigado a seu pagamento. Na verdade, êle não é mais responsável: não mais responde pelas conseqüências de sua conduta (16). Quanto às vítimas, seus direitos são cada vez mais estritamente

(14) V. sôbre êste assunto: PIERRE RAYNAUD, “De la responsabilité civile à la sécurité sociale. A propos de la nouvelle législation sur les accidents du travail”, D. 1950, cap. 93; ROGER GRANGER, “L’influence de la sécurité sociale sur la responsabilité civile”, *Droit social*, 1955, pág. 500 e segs. e 573 e segs.; MOÏSE DAHAN, *Sécurité sociale et responsabilité*, prefácio de Jean Carbonnier, *Droit Civil*, t. II, 4.^a ed. (ou *Théorie des obligations*), § 170, “Politique législative”.

Em 1881, HOLMES já escrevia: “Seria possível aceitar que o Estado se tornasse assegurado mútuo contra os acidentes e que distribuisse entre seus membros o fardo das infelicidades de cada um” (*The Common Law*, pág. 96). Êle, aliás, não fazia mais do que anunciar uma idéia que BISMARCK, na mesma época, punha em prática; v. JEAN-JACQUES DUPEYROUX, *Sécurité sociale*, 2.^a ed., 1967, n.º 24 e segs. (cf. também n.º 20).

(15) Cf. FLEMING JAMES, “Accident Liability Reconsidered: The Impact of Liability Insurance”, 57 *Yale Law Journal*, 1948, pág. 549.

(16) Cf. GEORGES RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4.^a ed., 1949, n.º 120; GENEVIÈVE VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, 1965. Sôbre as relações da responsabilidade civil, da segurança social e do seguro, comparar, além dos autores citados *supra*, pág. 759, nota 16: LÉON JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de Droit civil de Ambroise Colin et Henri Capitant*, t. II, ns. 1.063-1.066; RENÉ SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1.^a série, 3.^a ed., 1964, cap. XII: “Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels”, 2.^a série, 1959, n.º 121; RENÉ SAVATIER, *Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile*, 1967; MADELEINE PAUFFIN DE SAINT-MOREL, *Quelques aspects de la réparation du dommage corporel*, 1966, prefácio de ANDRÉ BRESSON; JEAN CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, 4.^a ed., § 170, “Politique législative”; H. L. e J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, 3.^a ed., n.º 372; GABRIEL MARTY e PIERRE RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, n.º 373.

determinados pelo seguro, como observam vários colaboradores do n.º 4 da *Revue Int. de Dr. Comparé* (17). O passageiro de um automóvel, para citar apenas um exemplo, não procurará obter indenização do motorista, seu parente, que, porventura, tenha cometido uma falta: ou a companhia de seguros o indenizará, ou então êle nada pedirá.

Nos países industrializados, por conseqüência, o direito da responsabilidade está, sem dúvida, em seu zênite. Nos píncaros da glória, perde parte de sua justificativa e, na medida em que consegue justificativa, torna-se uma simples aparência.

5. Todavia, por um curioso reflexo, diante do aumento dos seguros e da seguridade social que engolem êste direito, os juristas, na maior parte dos países (com exceção dos países escandinavos, dos Estados Unidos e, em grande escala, dos países socialistas), tentaram conservá-lo "puro" e fazê-lo funcionar como antes, quando não havia nem seguros, nem seguridade social. Em seu trabalho, êles continuam a raciocinar como se a reparação dos danos originasse um problema de justiça entre dois homens (donde a proteção mínima dada ao passageiro transportado a título de gentileza); em caso de seguro, o problema é completamente diferente: consiste em saber se a vítima deve ser indenizada por um fundo gerado por uma Companhia de seguros e alimentado por prêmios pagos pela coletividade de autores em potencial de danos.

O resultado de uma tal atitude é, bem entendido, um pensamento sem ligação com a realidade. As idéias em que se basearam as sociedades ocidentais durante séculos não são mais exatas nesse domínio. No que diz respeito aos seguros, deixamos de ser responsáveis pelo dano causado por nossas faltas. No que diz respeito à segurança social, temos o direito de ser indenizados por um prejuízo que sofremos em conseqüência de alguma falta nossa. De certo ponto de vista, o homem é mais responsável do que antes; seu poder de fazer o mal ou o bem está multiplicado pela industrialização e pelo desenvolvimento geral da tecnologia. Por outro lado, sua responsabilidade desaparece em conseqüência do aumento da seguridade social e dos seguros.

Incontestavelmente, o direito da responsabilidade precisa ser profundamente repensado. Do mesmo modo, há domínios ou casos em que êle deve, não somente sobreviver, mas ser revivificado, e outros onde êle pode e deve desaparecer diante da seguridade

(17) Cf. também BORHAM ATALLAH, *Le droit propre de la victime et son action directe contre l'assureur de la responsabilité automobile obligatoire*, prefácio de ANDRÉ BESSON, 1967; DONATI, "Problèmes et perspectives du droit des assurances", *Revue générale des assurances terrestres*, 1967, pág. 266 e segs., até a pág. 276.

social e dos seguros (18). Veremos mais adiante sôbre que idéias será possível se fazer uma repetição.

6. Nos países em vias de desenvolvimento, os problemas que o direito da responsabilidade apresenta são igualmente importantes, mesmo que sejam de natureza diferente.

Na África, por exemplo, o direito estava adaptado a atividades e estruturas que mudaram profundamente (19). Os danos corporais eram tradicionalmente cobertos pela simples solidariedade familiar. Esta solidariedade está, atualmente, ameaçada pelos deslocamentos das pessoas, pelos efeitos de uma filosofia mais individualista e, mesmo, por leis que, por encorajarem o trabalho, restringem a extensão e a fôrça dos laços familiares. É duvidoso que a seguridade social deva, em um futuro próximo, substituí-la. A êsse respeito, o direito da responsabilidade pode tomar uma importância bem maior.

A natureza da responsabilidade pode igualmente mudar. Ela era freqüentemente familiar, ou então comunal. Êsse tipo de responsabilidade coletiva sobreviveu durante algum tempo; a responsabilidade coletiva assegurou o contrôle da família ou da aldeia sôbre os atos de seus membros, enquanto não eficaz a ação policial. Parece, contudo, que ela não sobreviverá apenas em certos domínios e por um tempo limitado. A idéia da responsabilidade individual acabará certamente com ela.

De qualquer modo, novos danos surgirão e se multiplicarão com a industrialização e o desenvolvimento da circulação urbana e do transporte, danos para os quais a indenização, com base nas estruturas tradicionais, não oferecerá uma solução satisfatória.

Nos países em desenvolvimento, por conseguinte, a importância da responsabilidade civil provávelmente crescerá nos anos futuros.

Ao mesmo tempo, no entanto, as instituições que estão em declínio nos países industrializados (em particular as leis de acidentes de trabalho e de seguros) começaram a entrar em ação. Deve-se mesmo desejar que essas instituições venham rapidamente superar a antiga solidariedade familiar ou comunal. Veremos pelo artigo de RAMON DOMINGUEZ (20) que, no Chile, a maioria das vítimas de acidentes aceitam seus prejuízos como uma fatalidade, seja porque pertencem à minoria que tem meios para

(18) Cf. as idéias de JOSEPH ESSER, citadas por H. WEITNAUER, *infra*, pág. 811 e nota 10. V., em oposição às interessantes observações de J. HELLNER, *infra*, pág. 782 e nota 8 e pág. 793 e nota 1.^a

(19) Cf. ASSOCIATION INTERNATIONALE DES SCIENCES JURIDIQUES, *Les aspects juridiques du développement économique*, sous la direction de ANDRÉ TUNC, prefácio de KONRAD ZWIEGERT, 1966.

(20) Pág. 917 e segs., da revista cit.

suportá-los, seja, mais comumente, porque acham que o direito e as instituições sociais não lhe dão nenhuma esperança. É de se temer que tal situação se verifique também na América Latina, África, no Oriente Médio e no Sudeste Asiático. Leis sôbre acidentes de trânsito e um seguro obrigatório dos automobilistas se impõem nesses continentes com a mesma urgência que na Europa ou na América do Norte, embora por outras razões.

7. É nesse contexto prático e teórico que o volume XI da *Enciclopédia Internacional de Direito Comparado* torna-se importante. Trazendo para cada problema um conjunto de experiências e reflexões, deve, se atende às ambições de seus colaboradores, permitir que, no mundo inteiro, a responsabilidade civil seja *repensada*; deve ajudar-nos a nos livrar de velhas regras e atitudes para nos adaptarmos às necessidades e às possibilidades do mundo contemporâneo.

Bem mais modesto, êste número especial, pelos excelentes estudos que reúne, pode trazer a primeira contribuição a essa tarefa.

Pelos artigos de JAN HELLNER (21) e H. WEITNAUR (22), que, entretanto, se consideram conservadores, ver-se-á quais as orientações que podem-se oferecer ao direito da responsabilidade do fato do seguro e da seguridade social. Notar-se-á, ao mesmo tempo, como parecem antiquadas tôdas as regras que, num país ou noutro, não asseguram a indenização automática das vítimas às quais não se pode atribuir nenhuma falta caracterizada.

O estudo de MARCO COMPORTI (23) é interessante num gênero inteiramente diferente. Fala-nos de uma doutrina particularmente fecunda, rica e sutil, mas de que, se bem que o próprio autor seja antes de tudo um *modernista*, os juristas escandinavos ou norte-americanos se espantariam, sem dúvida, por não encontrar nela um interêsse maior pelas realidades sociais.

O artigo de ADAM SZPUNAR (24) é um estudo dinâmico do direito da responsabilidade num país socialista. Certamente, se o Código Civil polonês de 1964 é, enquanto se espera o Código Iugoslavo de Obrigações, o mais recente dos grandes códigos dos países socialistas, não é, talvez, o mais *avançado*. O realismo e o sentido de medida dos juristas poloneses — e talvez, também

(21) Pág. 779 e segs., idem — Os leitores desta *Revista* já puderam apreciar o interêsse da doutrina escandinava através do artigo de HENRY USSING, "Evolution et transformation du droit de la responsabilité civile", nesta *Revista*, 1955, pág. 485 e segs.

(22) Pág. 807 e segs., idem — Cf. ROLF SERICK, "La responsabilité civile en droit allemand", nesta *Revista*, 1955, pág. 560 e segs.; JOHN ESSER, "Responsabilité et garantie de la nouvelle doctrine allemande des actes licites", nesta *Revista*, 1961, pág. 481 e segs.

(23) *Id.*, pág. 827 e segs.

(24) *Id.*, pág. 861 e segs.

as freqüentes infelicidades de sua pátria — colocaram-nos em guarda contra as aventuras, mesmo as jurídicas.

Mas, lendo-se o estudo de ISIEN TCHE-HAO sôbre o direito da responsabilidade na República Popular da China, será que se tem a impressão de que o espírito revolucionário mais ardente suscitou, nesse domínio, pensamentos realmente novos? Tais pensamentos são, de certo ponto de vista, conservadores, principalmente se os compararmos com os dos juristas escandinavos ou americanos, por que se prendem ao menor desenvolvimento do maquinismo e do sistema de seguros na China — o que é uma confirmação da doutrina marxista.

O artigo de CHAFIK CHEHATA tem o duplo mérito de nos informar sôbre um sistema jurídico *tradicional* de importância particular e sôbre as modificações que lhe trouxeram as nações ciosas de progresso.

Já mencionamos, enfim, a útil apresentação dos direitos da América Latina por RAMON DOMINGUEZ, e sabemos que uma breve nota sôbre três recentes codificações africanas completa êste quadro (*).

8. Tal quadro, como se vê, está longe de cobrir todos os direitos do mundo. Seria preciso escolher.

Malgrado a qualidade dos juristas inglêses e os diversos estudos inovadores recentemente publicados por êles, não se sente falta da presença do direito inglê. Será que nos é permitido confessar que, se o direito francês nos parece, freqüentemente, arcaico — não é, sem dúvida, animador que romanistas encontrem com alegria as soluções do Direito Romano em nosso Código e os raciocínios dos juristas romanos em nossa doutrina contemporânea —, o direito inglê nos parece ainda mais arcaico? Sabe-se, aliás, que êle está em vésperas de reforma. Além do mais, a lacuna dêste número no que diz respeito ao direito inglê pode facilmente ser completada por dois excelentes estudos recentes, um de GLANVILLE WILLIAMS sôbre as reformas necessárias ao direito da responsabilidade, e outro sôbre a evolução e a função do direito da responsabilidade na Inglaterra, de

(*) No Brasil, no que concerne à responsabilidade civil, não nos afastamos das soluções dos povos cultos. A responsabilidade civil, entre nós, é subjetiva em regra, admitindo-se, em certos casos, a presunção de culpa e a responsabilidade objetiva, começando a se expandir o seguro de responsabilidade. Lamentamos que o n.º 4 (A. XXIX), da *Revue Internationale de Droit Comparé* (1967), dedicado ao tratamento jurídico da responsabilidade em todos os países, não tenha aberto um espaço para o Brasil. Há, nesse número, um artigo sôbre a situação da responsabilidade civil na América Latina, escrito pelo jurista chileno R. DOMINGUEZ. Porém, a América Latina, sendo formada de espaços sociais diferentes, com tempos sociais diversos, não tem uma teoria unitária da responsabilidade civil (*Nota da Redação*).

HARRY STREET (25), aos quais se reunirá, em breve, uma obra dêste autor sôbre a reforma do direito de acidentes de trânsito e um notável artigo de ANTONI JOLOWICZ (26).

A falta de estudos sôbre a doutrina jurídica nos Estados Unidos é, provàvelmente, a mais lamentável. Mas a própria riqueza dessa doutrina, a qualidade e o número de suas pesquisas em certas direções tornaram difícil uma visão sintética. Não é difícil, aliás, ter pelo menos uma idéia dessa doutrina. É suficiente ler o capítulo V da obra de ROBERT KEETON e JEFFREY O'CONNEL, *Basic Protection for the Traffic Victim*, ou os capítulos XI a XIII do notável tratado de FOWLER V. HARPER e FLEMING JAMES, JR., ou ainda as introduções ou os primeiros capítulos de duas obras recentes de JOHN G. FLEMING, *The Law of Torts* e *An Introduction to the law of Torts*, e mesmo obras mais clássicas, como o famoso *Prosser on Torts*, ou, finalmente, estudos de HARRY KALVEN, de GUIDO CALABRESI (27) ou de FLEMING JAMES (28), para ver até que ponto a doutrina americana considera os problemas sob um ângulo diferente da doutrina europeia e até onde ela vai nos caminhos que lhe são próprios, em particular o da diluição e da repartição dos riscos (29).

(25) "The Twentieth Century Development and Function of the Law of Tort in England", 14 *International and Comparative Law Quarterly*, 1965, pág. 862.

(26) J. A. JOLOWICZ, "Liability for Accidents: A suggestion for Reform", *Cambridge Law Journal*, abril 1968.

(27) Por exemplo: "Some thoughts on Distribution and the Law of Torts", 70 *Yale Law Journal*, 1961, pág. 499; "The Decision for Accidents: An Approach to Nonfault Allocation of Costs", 78 *Harvard Law Review*, 1965, pág. 713.

(28) Por exemplo, o artigo citado *supra*, pág. 760, nota 17; "An Evaluation of the Fault Concept", 32 *Tennessee Law Review*, 1965, pág. 394.

(29) Devido ao fato de se ter consciência, nos Estados Unidos, da transformação da responsabilidade civil do fato do seguro, pergunta-se sôbre as razões mais profundas de sua existência no mundo moderno. Na Europa, na França principalmente, a evidência do princípio segundo o qual quem cometeu uma falta deve reparar suas conseqüências tem impedido qualquer outra pesquisa. Mas, quando um gesto de um guarda de trânsito provoca uma colisão, por que nos perguntamos se o gesto foi desajeitado ou mal-compreendido? (cf. A. TUNC, *Droit social*, 1967, pág. 78, nota 25). De qualquer modo, o agente e os motoristas fizeram o possível (sôbre a noção de acidente, v. *infra*, n.º 10). A responsabilidade, se eles vão arcar com ela (nem o agente de fato das regras de direito administrativo, nem os motoristas de fato do seguro responderão pelo prejuízo que causaram), portanto, nada mudará em seu comportamento futuro. O único problema real é o da indenização. Mas, porque permanecemos enquadrados no conceito de responsabilidade, o problema causará discussões sem fim e, por vêzes, não nos levará a nenhuma solução (é o caso citado, *op. cit.*). Unimo-nos, aqui, ao conceito de aptidão (ou de inaptidão, segundo o caso) da responsabilidade civil que influencia os comportamentos (cf. HENRY USSING, resumido por HELLNER, *infra*, pág. 792; cf. também o conceito de imputabilidade como o concebeu GUYLA EÖRSI: *supra*, pág. 307).

Para o direito penal, comparar *infra*, pág. 767, nota 50.

A quem interessar completar as lacunas dêste número, um certo número de estudos podem ainda ser mencionados, seja do Japão (30), da província de Quebec (31), da Tcheco-Eslováquia (32) ou das opiniões pessoais de um jurista socialista (33).

9. Por não poder resumir êstes estudos, é possível imaginar se não perderemos a idéa essencial que inspira muitos dêles, perguntando porque a responsabilidade civil ocupa um lugar de primeiro plano em todos os países industrializados.

Se DOMAT pudesse voltar, sentir-se-ia aterrado ao saber do número de litígios que ela origina diàriamente! Pensaria logo, sem dúvida, que os homens haviam-se tornado terrivelmente maus. Seria fácil, entretanto, fazê-lo mudar de idéa: bastaria lhe pedir para andar um pouco pelas ruas de Paris. Êle aí veria circularem máquinas sôbre rodas que, com tôda razão, o assustariam e sôbre as quais lhe explicaríamos que elas são produzidas em série por máquinas fixas não menos perigosas. Seria, então, surpreendido por um fenômeno que transforma, por sua própria natureza, os problemas da responsabilidade civil e ao qual, entretanto, o direito ainda não se adaptou suficientemente: a máquina.

A substituição, em larga escala, do poder do homem por máquinas a serviço das quais são colocadas as fôrças da natureza teve, certamente, conseqüências jurídicas, mas teriam sido necessárias muitas outras (34).

No direito da responsabilidade, o fenômeno requereria a elaboração de um direito adaptado ao caráter perigoso da maioria das máquinas (35). Ao mesmo tempo em que ela multiplicasse o poder do homem, multiplicaria os perigos inerentes à sua atividade. Isso se ligaria à sua fôrça, ao seu pêso, ao seu movimento ou, se se tratasse de uma máquina fixa, ao movimento habitual de algumas de suas partes. Isso se deve ao fato de que a máquina, essencialmente perigosa, não pode ser totalmente isolada dos homens a que serve ou que a utilizam. Nas usinas, certa-

(30) V. KATO, *op. cit.*, *Law in Japan*, vol. I, 1967, pág. 79 e segs.

(31) V. PIERRE AZARD, "L'orientation des règles de la responsabilité civile en droit québécois", *Revue du Barreau de la Province de Québec*, vol. 26, 1966, pág. 474 e segs.

(32) V. ANTONIN KANDA, "La nouvelle réglementation de la responsabilité en droit civil tchécoslovaque", nesta *Revista*, 1965, pág. 895 e segs.

(33) GYULA EÖRSI, "L'adaptation de la responsabilité civile aux exigences de la vie moderne", *Revue de droit contemporain*, 1963, n.º 2, pág. 9 e segs.

(34) Cf. CLAUDE-ALBERT COLLIARD, "La machine et le droit privé français contemporain", in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Etudes offerts à Georges Ripert*, 1950, t. I, pág. 115 e segs.

(35) Cf. CARBONNIER, *op. cit.*, § 170, "Politique législative"; RENÉ DROUILLAT, "Le Projet Tunc e a reforma do direito dos accidentes de trânsito", *Droit social*, 1967, pág. 90 e segs. até a pág. 92.

mente, a segurança é hoje muito mais garantida que outrora (o que não impede que, só na França, 2 milhões de acidentes do trabalho ocorram por ano). Mas, se os trens são agora separados dos pedestres e dos automóveis, os automóveis não expulsaram completamente da estrada ou da rua os pedestres, ciclistas e motociclistas. Os automóveis, em caso de colisão, nem mesmo protegem totalmente as pessoas que transportam. Essa coexistência de homens e máquinas perigosas multiplica as mortes e os ferimentos, enquanto que as máquinas, por si próprias, multiplicam o número dos danos à propriedade, além de torná-los mais sérios. Foi a máquina que atribuiu à responsabilidade civil sua importância atual, e isto embora os acidentes do trabalho tenham sido excluídos desse domínio: a idéia da coisa que escapa ao contrôlo do homem, aventada por HENRI e LÉON MAZEAUD (36), é profundamente justa. Aditem admiravelmente ser a principal fonte dos danos contemporâneos. Mas, na verdade, não nos parece justificar uma responsabilidade fundada sobre a falta. Ela conduz, ao contrário, a um sistema de garantia (37).

O fato de o direito tradicional não convir a uma civilização mecânica foi observado desde o século XIX com tal frequência que se começou a editar um regime especial, no qual a responsabilidade civil era praticamente estranha para os que constituíam, na época, as vítimas normais da máquina: os operários. Por tal motivo, em alguns países como a Alemanha, leis especiais foram elaboradas para um certo número de coisas ou de atividades perigosas, enquanto que em outros, em particular na França, procurou-se adaptar, da melhor maneira possível, a legislação vigente às novas condições. Na França, foi preciso esperar até 1930 para que o novo direito fôsse consagrado pela Côte de Cassação, que não tinha a liberdade de decisão de um legislador, pois não podia proceder às distinções necessárias. É assim que o automóvel e o carrinho-de-mão ficaram submetidos às mesmas regras jurídicas, o que, *a priori*, pode parecer pouco satisfatório (38).

(36) H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, *Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. II, 5.^a ed., n.º 1.312 e 1.327; H. L. e J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, 3.^a ed., 1966, n.º 539.

(37) Cpr. BORIS STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, prefácio de MAURICE PICARD, 1947. Cpr. igualmente WEITNAUER, *infra*, página 811. V. já CHARLES SAINTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie (Accidents de transport et accidents du travail)*, 1884.

(38) O automóvel, e não o carrinho de mão, foi objeto de uma série de excelentes estudos realizados sob a direção de YVON LOUSSOUARN e publicados sob o título *L'automobile en droit privé* (1965). Tais estudos terminam por um artigo de FRANÇOIS BOULANGER, concluindo em favor de uma codificação do direito da responsabilidade automobilística.

10. É essencial notar ainda que a intrusão da máquina no direito da responsabilidade significa apenas a intrusão do acidente.

Acidente, como demonstra a etimologia do termo, é um acontecimento infeliz que ocorre fortuitamente. Antes da ascensão da máquina à sua atual importância na vida quotidiana, os acidentes eram raros. Porém, com o desenvolvimento da indústria e dos veículos, tornaram-se parte da vida diária. Nos Estados Unidos, o *National Safety Council* (órgão que só surgiu com a industrialização da nação) publica todos os anos um folheto intitulado *Accident Facts*. A existência de tal publicação é, por si própria, reveladora. Não menos impressionantes são os números aí encontrados. Todo ano 100 mil pessoas morrem de acidentes nos Estados Unidos, 10 milhões sofrem lesões que os prendem ao leito por mais de um dia e 40 milhões sofrem outros tipos de danos por acidente, o que, no total, significa uma pessoa em quatro. As perdas resultantes desses danos corporais (excluídos os prejuízos materiais), apenas para as vítimas (excluindo-se o prejuízo indireto sofrido pela comunidade), são avaliadas em mais de 7 milhões de dólares.

Acidente foi definido como um acontecimento infeliz que ocorre fortuitamente. Entretanto, acidente não é um conceito jurídico. Os juristas conhecem apenas a força maior, isto é, o acontecimento que, por sua força, vai além do poder do homem. O que a linguagem corrente chama de acidente do trabalho ou acidente de trânsito não era, e ainda não é, no que diz respeito aos acidentes de trânsito, um acidente para os juristas. Era, ou é ainda, o resultado de uma falta (39). O operário, na fábrica, era

(39) Igualmente o direito penal, apesar da renovação doutrinária por que vem passando atualmente (v. not. *La responsabilité pénale. Travaux du colloque de philosophie pénale*, 1961; MARC ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2.^a ed., 1966), hesita em reconhecer o acidente.

Recentemente, uma menina de dezenove meses, escapando à vigilância de seus pais, se aproximou da jaula de um leão e foi morta pelo animal. O Tribunal Correcional de Rennes, a 7 de julho de 1967, condenou o domador e o diretor do zoológico a 300 e 400 francos de multa, respectivamente. São penas insignificantes tendo em vista o dano. Mas será que são justificadas? Culparam-se os condenados de um defeito de falta de alertar os visitantes através de cartazes (para uma menina de dezenove meses...), da falta de grades, na gaiola, mais entrelaçadas etc. Se há alguma coisa que pode levar os diretores do zoológico (e os pais...) a redobrar as precauções não é a multa, mas sim o próprio acidente.

Do mesmo modo, no dia 19 de maio de 1960, um Caravelle que se preparava para aterrissar colidiu com um pequeno Stamp, cujo piloto morreu instantaneamente, bem como um passageiro do Caravelle. O piloto e o copiloto deste último foram levados diante do Tribunal Correcional de Corbeil a 22 de setembro de 1967 (*Le Monde*, 23 e 24-25 de setembro de 1967). O Tribunal viu-se às voltas com um número impressionante de relatórios e contra-relatórios. Parece certo que os pilotos, que vigiavam um Convair assinalado à esquerda pela torre de controle, só perceberam o Stamp já

considerado capaz de alimentar sua máquina quatorze horas por dia sem um instante de desatenção ou descuido. Considera-se hoje que o motorista de um veículo é capaz de dirigir de Paris a Nice sem cometer um erro, nem ter um momento de desatenção. Se um acidente ocorre por causa de uma falha de fração de segundo, não é um acidente, mas o resultado dessa falha. O homem não responde pelos acontecimentos que, por sua força, estão além de seus poderes, mas responde pelos acidentes que são, simplesmente, estatisticamente inevitáveis em razão da incapacidade do homem de permanecer atento durante horas, de prever, numa rodovia, o que fará o motorista que vem atrás ou o que está três carros adiante e, até mesmo, de evitar qualquer coisa que possa ocorrer. Chama-se a isso de falhas de comportamento, reveladoras da imperfeição do homem, de sua fraqueza, dos limites impostos pela natureza às suas forças nervosas e psíquicas. O conceito de *caso fortuito* foi absorvido pelo de força maior, que também foi progressivamente entendida como uma força imprevisível e irresistível (40).

11. Pode-se, então, pensar que a industrialização, desenvolvida durante o século XIX, teria requerido uma mudança de concepção no direito da responsabilidade.

muito tarde, por não estar assinalado e por não dever estar naquela zona e que, se eles houvessem olhado nessa direção, lhes pareceria como um besouro grande dez segundos antes da colisão, como uma mosca e uma mosca maior respectivamente seis e quatro segundos antes da colisão (passamos por cima de todos os outros elementos da discussão: o dever do piloto de inspecionar a todo momento o céu, em tôdas as direções e altitudes, seu dever de obedecer a seus reflexos ou de ter um momento de reflexão, o número de segundos necessários para fazer um Caravelle virar em um certo ângulo, a localização exata da colisão aquém ou além da balisa etc.). O Ministério Público requereu contra os culpados uma pena de princípio, reconhecendo: "O acidente não foi causado, nós sabemos, pelos aparelhos, pelas qualidades do piloto, pelas condições meteorológicas, nem pelos serviços do aeroporto". Sete anos após o acidente, o Tribunal devia, pois, basear sua decisão em questões de fração de segundo a fim de dizer se o piloto e o co-piloto haviam sido totalmente perfeitos. Será que o julgamento, qualquer que fôsse, poderia mudar alguma coisa para a segurança aérea? Finalmente, o Tribunal absolveu os acusados.

Lembramo-nos, igualmente, do desespero do diretor de uma empresa de artefatos de chumbo, responsável por um erro de encanamento que fôra fatal a uma doente internada em hospital. Terminou por se suicidar antes da audiência correcional, embora o juiz de instrução tenha empregado uma boa parte de cada audiência tentando reconfortá-lo.

Para o Direito Civil, comparar *supra*, pág. 764, nota 41.

(40) Cpr. J. CARBONNIER, *op. cit.*, § 179, *Sociologia*; Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, 1959, pág. 54, 73 e segs., 83 e segs.; 112 e segs.; A. PIROVANO, *Faute civile et faute pénale*, prefácio P. BONASSIES, 1966, n.º 197; RICOL, nota D.P. 1926. 2. 121 (pág. 123, 2.ª col., e pág. 124, 1.ª col.); PAYNE, "Compensating the Accident Victim", 13 *Current Legal Problems*, 1960, pág. 85; JAMES, *op. cit.*, *supra*, pág. 764, nota 40; LIMET, *op. cit.*, *supra*, pág. 758, nota 10.

Até tal época, a ascensão da falta como critério de responsabilidade, em sua função positiva (tôda falta acarreta responsabilidade), e mesmo em sua função negativa (não há responsabilidade sem falta), era um progresso. Faz-se mister louvar os redatores do Código Civil francês por terem levado a têrmo uma evolução secular e enfim afirmado, embora em têrmos inadequados, êste princípio simples e justo segundo o qual se responde pelo dano causado (41). Mas o século XIX, que consagrou o triunfo da idéia da falta (embora no meio das ficções...), marcando virtualmente sua *estruturação*, moldou, depois, seu declínio. Diante da industrialização que se ia desenvolver, a maioria dos casos de responsabilidade deixariam de ser ações contra individuos em razão de uma falta pessoal para se tornarem ações contra emprêsas por causa de accidentes ou, no máximo, erros geralmente anônimos cometidos por seus empregados. O direito da responsabilidade ganhou o lugar que ocupa hoje, não porque o homem seja pior do que antes, ou menos atento, mas simplesmente porque se utiliza mais das máquinas e porque os accidentes se produzem em maior número (42). É pela mesma razão que se admitiu, nos meados do século XIX, o seguro de responsabilidade, que antes parecera inconcebível à POTHIER (43). Os princípios do comêço do século XIX chocam-se com uma realidade diferente daquela para a qual foram enunciados, como observaram muito bem SALEILLES e JOSSERAND (44).

Precisaríamos de um direito ou, pelo menos, de uma doutrina jurídica de accidentes (45), de um *direito do azar*, como diz

(41) É, aliás, surpreendente constatar que certos direitos ainda não encampam êstes princípios. É o caso, principalmente, dos direitos de *common law* e mesmo, em certo sentido, dos direitos alemão e italiano: poder-se-á fazer um melhor julgamento lendo os estudos de WEITNAUER e COMPORTI, *infra*, pág. 807 e segs. e pág. 827 e segs.

(42) É interessante consultar sôbre a palavra *Responsabilidade* a jurisprudência de meados do século XIX e a do comêço do século XX. Na primeira, as causas essenciaes da responsabilidade civil são a reponsabilidade penal, os problemas de vizinhança, os abusos de procedimento, as seduções, as faltas profissionais de tabeliães e, accessoriamente, de escreventes juramentados e porteiros, as imprudências ou negligências de diretores de usina. Em 1900, começam-se a constatar accidentes de trânsito causados pelo ciclista que efetuou uma descida em "velocidade louca", por motorista que atravessou um cruzamento a doze quilômetros por hora e por quem, vendo diante de si um pedestre, começa a buzinar e a gritar-lhe que saia da frente ao invés de parar o carro a tempo. No fundo, em todos êstes casos, a falta começa, sem dúvida, a se delinear.

(43) *Contract d'assurance*, n.º 64.

(44) V. por exemplo SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, 1897, pág. 4 e 5.

(45) Cf. HARPER and JAMES, *The Law of Torts*, vol. II, § 11.1 — 11.5, 13.2, 25.1 — 25.23 (e, em uma certa medida, todo o conjunto do vol. II); JAMES, *op. cit.*, *supra*, pág. 740, nota 17, e pág. 764, nota 40; JOLOWICZ,

o professor ESSER (46), mesmo que a fronteira do *direito de acidentes*, no senso estrito do termo, não seja fácil de delimitar (47).

12. Por não terem elaborado um direito ou mesmo uma doutrina de acidentes (48), os juristas trabalham dentro da contradição (49).

Na França, define-se geralmente a falta como um comportamento incompatível com um homem prudente, diligente, avisado, zeloso de seus deveres sociais (50).

Ao mesmo tempo, entretanto, em centenas de litígios quotidianos que passam pelos tribunais em matéria de acidentes de trânsito, qualificam-se as faltas de comportamento praticadas por homens prudentes, diligentes, avisados, zelosos de seus deveres sociais, que simplesmente cometeram um descuido ou um erro ou que tiveram um momento de fadiga ou de desatenção. Como já observamos, chamamos de falta o que é, na verdade, o resultado inevitável da imperfeição humana, mesmo nos homens

op. cit., *supra*, pág. 764, nota 36; v. já SMITH, "Sequel to Workmen's Compensation Acts", 27 *Harvard Law Review*, 1914, pág. 235 e segs., 344 e segs. Cpr. R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, ns. 499 e segs.

(46) Cf. H. WEITNAUER, *infra*, pág. 825 e nota 70.

(47) Em matéria de trânsito rodoviário, por exemplo, os acidentes no sentido estrito do termo combinam-se com os acidentes causados por faltas caracterizadas. Daí a utilidade de se conservar, mesmo no direito dos acidentes, um papel subsidiário para a noção de falta (v. *infra*, n.º 13).

Do mesmo modo, no domínio médico, onde os juristas pesquisam se há ou não falta, se produzem, diàriamente, múltiplos erros de diagnóstico, de receita ou de cuidados, coisa que médicos, às vezes excelentes, não deixam de cometer. O direito da responsabilidade resolve precariamente tais casos, bem como os de anomalia ou de receptividade particular da vítima. O seguro pode permitir a combinação de uma proteção melhor dos pacientes e a aplicação das reprimendas ou sanções apropriadas aos médicos que as merecem: A. TUNC, "L'assurance "tous risques médicaux", in *Responsabilité et risque médical*, sob a direção do Dr. ECK (a ser publicada, 1967).

(48) Em dois domínios, entretanto, os juristas elaboraram um direito dos acidentes: o de acidentes do trabalho e o de acidentes nucleares.

No que se refere ao último, a elaboração de um direito novo foi muito rápida, devido à imensidade dos danos possíveis e da necessidade de um entendimento internacional. Os juristas chegaram a algumas ótimas conclusões:

- concentração da responsabilidade sobre uma pessoa bem definida que poderá cobri-la através de seguro;
- limitação (elevada) da responsabilidade por acidente, a fim de que o segurador possa estabelecer um prêmio;
- garantia complementar, igualmente limitada, do Estado;
- exclusão dos recursos contra terceiros, salvo falta intencional ou recurso contratualmente aceitável.

Em matéria de acidentes de trânsito, as leis atualmente em vigor não nos parecem responder suficientemente à idéia de *acidentes*.

(49) Cfr. A. TUNC, *La sécurité routière*, 1966, n.º 37.

(50) H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, *op. cit.*, t. I, 6.ª ed., n.º 416 e segs., em particular n.º 439.

mais prudentes e diligentes. Será que um *bom pai de família* desce de um pavimento atravancado e barrado por material de obra sem se assegurar de que pode fazê-lo sem perigo? Não *deveria* fazê-lo; não o faz *normalmente*; mas *pode acontecer* que o faça. Em dois dias seguidos, a Córte de Cassação tomou conhecimento de casos em que algumas pessoas o fizeram (51); quem ousaria afirmar que, porque êles o fizeram e foram punidos com a morte —, deve-se presumir que êles estavam assegurados? Os juristas franceses, nesse domínio, agem dentro da mais flagrante contradição — e na injustiça quotidiana.

Ocorre mais ou menos o mesmo por tôda parte. Desde 1930, um jurista alemão (52) havia notado que se exigia de um motorista que fôsse um deus capaz de ver, ouvir e prever o que se passa e o que se passará à sua frente, às suas costas e dos lados (hoje, quando se pensa no comportamento em uma rodovia atravancada e que se pergunta quantos pares de olhos devem ter os automobilistas a quem se aconselha um retrovisor no meio do carro e de cada um dos lados). Mais recentemente, em um estudo célebre, ALBERT EHRENZWEIG falou de *Negligence Without Fault* (53). Na Suécia, fala-se de *falta fictícia* (54). O fenômeno é constatado praticamente por quase todos os colaboradores dêste número.

O fato é bastante exato na medida em que se aplica ao autor do dano — pelo menos quando está envolvido o seguro — pois que fica assegurada a respectiva indenização. Isso é catastrófico quando se aplica igualmente à vítima: suscita, diárriamente, recusas trágicas e injustas de indenização.

13. Do exposto é fácil conhecer-se como deveria ser considerado, dentro de tais princípios, o direito dos acidentes (55).

Deveria ser essencialmente reparador e também, na medida do possível, preventivo. Reparador, porque o acidente é estatisticamente inevitável e porque os homens deveriam ter a máxima proteção contra as infelicidades. Ora, duas instituições estão adaptadas para essa tarefa de reparação: a seguridade social e o seguro. Tôdas as duas *apagam* o mal, *diluem-no* ou *atomizam-no*, podendo-se escolher entre ambas para os efeitos do ônus da reparação: a seguridade social baseando-se na mesma comu-

(51) Civ. 2.º civ. de 4 de maio de 1966 (*Delhomme*) e da 5 de maio de 1966 (*Cornillon*), J. C. P. 1966. IV. 87; cf. A. TUNC, *op. cit.*, J. C. P. 1966, I. 2010.

(52) GÜLD, citado por ARTHUR VON MEHREN, *The Civil Law System*, pág. 442.

(53) *Negligence Without Fault — Trends Towards an Enterprise Liability for Insurable Loss*, 1951.

(54) V. J. HELLNER, *Rev. cit.*, pág. 781 e nota 3.

(55) Cpr. HARPER and JAMES, *op. cit.*, *supra*, pág. 769, nota 54 (v. em particular § 13.2); JOLOWICZ, *op. cit.*, *supra*, pág. 764, nota 36.

nidade nacional; e o seguro, na mutualidade de um grupo de pessoas que criam ou correm riscos semelhantes.

Quando o acidente resulta de um ato da própria vítima, a seguridade social pode, sòzinha, cobrir as conseqüências. A segurança social (eventualmente, também a segurança pessoal, mas, evidentemente, não o direito da responsabilidade) é o socorro da pessoa que escorrega na banheira e se fere. Mas não a indeniza totalmente, pois apenas oferece uma proteção fundamental.

Quando o acidente decorre de uma atividade perigosa ou resulta do emprêgo de coisas cujo uso é intrinsecamente perigoso, o seguro pode ser impôsto aos que exercem tal atividade ou usam tais coisas. Tem a vantagem de poder oferecer uma proteção superior à da seguridade social, que pode abranger até a indenização integral. É o caso, por exemplo, dos acidentes de trânsito.

O problema se torna mais delicado quando o acidente resulta de uma atividade que não cria perigo considerável algum (56). Por exemplo, duas crianças jogam futebol, mas uma não consegue chutar a bola e atinge o rosto de seu companheiro, ferindo-o. A Côrte de Cassação declarou recentemente que essa criança cometera uma falta pela qual devia responder (57). RENÉ RODIÈRE acha (58), com muito mais justiça, parece-nos (59), que tal criança não cometeu falta nenhuma (60). Esse tipo de dano deve ser coberto apenas pela seguridade social. A existência do seguro, entretanto, e o desejo geral de segurança podem justificar uma obrigação de garantia (61). Voltaremos a êste delicado problema (62).

(56) Cf. FLEMING, *op. cit., supra* (pág. 764, nota 38), pág. 840 e segs.

(57) Civ. 2.^a civ. 1 dezembro 1965, J. C. P. 1966, II. 14567.

(58) Obs. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1966, pág. 297.

(59) V. *supra*, n.º 12.

(60) Foi o que decidiu a Câmara dos Lordes em uma espécie comparável: *Bolton v. Stone* (1951) 1 T. L. R. 977, comentada por A. L. G., 67 *Law Quarterly Review*, 1951, págs. 460-464. Um jogador de cricket, em um lance desastroso, mas não culposo, lançara a bola na cabeça de uma pessoa que passava na via pública. Embora a vítima não estivesse participando do jôgo, o jogador foi obrigado a pagar multa superior a 3000 libras. O quadro rígido do direito positivo obrigou os membros da Câmara dos Lordes, como os da Côrte de cassação francesa, no que se refere, principalmente, à responsabilidade do pai, a sustentar raciocínios que nada têm a ver com a realidade, mas que evocam a Sorbonne de Rabelais ou o teatro de Ionesco. O verdadeiro problema é, ao mesmo tempo, muito mais simples e muito mais profundo: consiste em saber quem deve suportar as conseqüências de um acidente: seu autor (ou o proprietário da coisa que o causou) ou a vítima.

(61) A. TUNC, *op. cit.*, J. C. P., 1966. I. 1958; R. RODIÈRE, *op. cit.*, *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1966, pág. 298. Cpr. G. DURRY, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1967, pág. 166 (n.º 12).

(62) *Infra*, n.º 15.

Quanto à prevenção dos acidentes, na medida em que não leva em consideração os usuários da máquina, é, sem dúvida, *essencialmente*, um problema de educação. O direito penal e, em certos casos, uma responsabilidade absoluta não assegurada podem, entretanto, levar aqueles que dão muita importância à prevenção a usar o máximo de diligência. Relevar os prêmios do seguro só favorece ao imprudente e, talvez, ao desajeitado. Enfim, a reintrodução de uma responsabilidade real pode ser, ao mesmo tempo, justa e útil quando uma falta fôr cometida — uma falta verdadeira, não êrro ou descuido de atenção inerente ao homem, mas sim a falta que um homem zeloso de seus deveres sociais não cometeria.

14. Já se pode ver qual a tarefa que se impõe à doutrina moderna: melhor distinguir o que decorre realmente de uma responsabilidade por falta e o que decorre de uma garantia que um homem ou uma empresa podem excepcionalmente fornecer e, mais comumente, o seguro ou a seguridade social.

Para tomar o exemplo da França, como já havíamos observado no direito da responsabilidade contratual, há uma flutuação que vai até a contradição (63). Assim, por exemplo, a impossibilidade de o devedor cumprir a obrigação, pelo aparecimento de um obstáculo, pode desobrigá-lo por não ter cometido falta, se reconhecer ser o obstáculo intransponível, não criado por ele, como pode ser condenado por não ser o obstáculo “imprevisível e irresistível”. A jurisprudência, nesse terreno, tende atualmente a ser mais humana e a se reaproximar da idéia de falta (64). Isso é freqüentemente justo. Mas será que não há casos em que um sistema de garantia seja preferível, desde que seu domínio seja considerado suficientemente distinto? (65)

Em matéria extracontratual, a fórmula “o acontecimento *normalmente* imprevisível faz admitir a inevitabilidade do dano” pode ser vista como um retôrno à idéia de falta, por nós já elo-

(63) A. TUNC, “Absence de faute et force majeure en matière contractuelle”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1945, pág. 235 e segs.; H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, *op. cit.*, t. I, 6.^a ed., n.ºs 665 e segs.; t. II, 5.^a ed., n.ºs 1563 e segs., em particular n.ºs 1568-2, 1569, nota 11, 1577-2, notas 11-15, 1665.

(64) Cf. H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, nos lugares citados na nota precedente. V. entretanto Civ. 1.^o civ. 7 de março de 1966, J. C. P. 1966. II. 14878 e nota, J. MAZEAUD, obs. G. DURRY, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1966, pág. 823.

(65) Pensa-se, imediatamente, na obrigação do fabricante e mesmo na do vendedor profissional quanto aos danos causados por vícios escondidos da coisa: v. H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, *op. cit.*, t. I, 6.^a ed., n.ºs 103-8. Cpr. BERNARD GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, prefácio de DENIS TALLON, 1964.

giada. Seria isso sábio? (66) Deixa, ao escusar de culpa algumas pessoas que o mereciam ser, sem indenização inúmeras outras que poderiam e deveriam ser recompensadas pelo seguro. Ainda nesse caso, seria preciso lutar contra a incerteza total, mal escondida por uma fórmula rígida. Mas, ainda assim, pelo menos no caso de acidentes de trânsito, um regime de garantia seria preferível.

15. Na verdade, se se quiser modernizar o direito da responsabilidade extracontratual, a primeira coisa a fazer é, evidentemente, para os países que ainda não o fizeram, instaurar, para os acidentes de trabalho, para os de trânsito e para os acidentes nucleares, um regime de garantia, completado por um regime de responsabilidade efetiva em caso de falta inexcusável. Tal regime pode ser acompanhado de outras leis relativas a atividades perigosas, como existem na Alemanha ou na França para os danos causados pelas aeronaves e teleféricos. Fora de tal regime, restaria a responsabilidade daquele que causa um dano por sua própria falta (67).

Poder-se-ia também, como já propôs o deão RIPERT (68) e como já o fizeram inúmeras legislações modernas, admitir uma responsabilidade geral pesando sobre os que se dedicam a atividades perigosas ou empregam coisas perigosas (69).

Todavia, a melhor solução, se bem que a mais radical, consistiria, sem dúvida, em presumir responsável pelo dano causado qualquer pessoa que, por ato próprio ou por fato de coisa sua, atentar contra a integridade física de um homem ou causar

(66) H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, *op. cit.*, t. II, 5.^a ed., n.ºs 1527-2, 1597, 1653, 1665.

(67) Veremos, na cit. *Revue*, pág. 821 e segs., a oposição do professor WEITNAUER à idéia de uma reforma. Não podemos, infelizmente, entrar na controvérsia. Observemos apenas que o autor pertence a um país que, precisamente, foi o primeiro a fazer o esforço de redigir, desde 1909, uma lei sobre acidentes de trânsito, mas confessemos que esta lei, mesmo em sua versão de 1965, nos parece dependente demais da idéia de falta.

(68) Notas D. 1925. I. 97, D. 1927. I. 97, D. 1930. I. 57. — Cf. H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, *op. cit.*, t. II, 5.^a ed., n.ºs 1227 e segs., especialmente n.ºs 1234 e segs.

(69) Essa questão foi objeto de uma excelente pesquisa comparativa: KONRAD ZWEIFERT und HEINZ KÖTZ, *Die Haftung für gefährliche Anlagen in den EWG-Ländern sowie in England und den Vereinigten Staaten von Amerika*, 1966. Ela está no programa do Ministério da Justiça da República Federal da Alemanha e no das *Law Commissions* britânicas (v. *supra*, pág. 763, nota 33). Foi também examinada, sob a supervisão geral do professor MAIJER, no que se refere ao direito civil, quando das Jornadas de Haia da Associação Henri Capitant, em setembro de 1967.

No relatório que apresentou a essas Jornadas, YOSIYUKI NODA observou muito justamente que o direito romano continha regras especiais para as coisas perigosas na época: os edifícios e os animais, e que nós conservamos tais regras em nossos códigos, embora edifícios e animais tenham-se tornado relativamente inofensivos.

dano a uma coisa. É a solução mais simples, a que melhor satisfaz a necessidade de segurança profundamente sentida na época moderna e que, por outro lado, parece justificada pela simples probabilidade dos fatos (70). Parece responder satisfatoriamente aos votos profundos de juristas — como o Procurador-Geral LÉCLERC (71), o deão SAVATIER (72) e o professor STRAHL (73). É, em todo caso, a preconizada, já há 20 anos, pelo nosso colega [BORIS STARCK. Encontramo-la, ao mesmo tempo, nos direitos húngaro, soviético e tcheco-eslovaco (74) e no Código Civil malgache, art. 142, onde foi adotada, precisamente, pela sugestão de BORIS STARCK. A brutalidade aparente que encerra seria atenuada pela engrenagem do seguro. Em si mesma, aliás, não mudaria praticamente nada no direito francês atual, que se encarregaria de acolhê-la — a inovação poderia residir, como veremos, na força da presunção. O lesado só teria de provar a presunção. Quem se queixar de um prejuízo invisível (referente à honra, a um direito da personalidade, ou à lesão de um interesse econômico), só teria de provar a falta. Nesse caso, na verdade, principalmente em matéria econômica, a probabilidade dos fatos não mais justifica a presunção, e a responsabilidade pode ser justificada apenas pela prova de uma falta (75).

O problema mais delicado que acarretaria essa presunção geral seria o de saber em que casos deveria ser suprimida. O erro da vítima deveria, evidentemente, suprimir ou reduzir a responsabilidade. Do mesmo modo, diversos fatos justificativos. Cair-se-ia, então, na alçada da força maior clássica, à qual se deve, como acreditamos, assimilar o erro ou a desatenção, que qualquer um pode cometer, como, por exemplo, no

(70) O Código Civil etíope restringe a presunção, por um lado, ao dano à pessoa física através do ato de outra pessoa, e por outro lado, aos danos causados por um certo número de atividades ou de coisas perigosas (art. 2067 e 2069 e segs.: v. *infra*, pág. 928).

(71) Cf. R. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, vol. I, 2.^a ed. 1967, n.ºs 219 e segs.; HENRI DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3.^a ed. 1964, n.º 935; H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, *op. cit.*, t. I, 6.^a ed., n.º 385.

(72) *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. I, 2.^a ed., n.º 6-4, e n.º 35 e segs.

(73) Cf. J. HELLNER, *Rev. cit.*, pág. 799 e nota 25.

(74) Art. 339 C. civ. húngaro; art. 88 dos Princípios Fundamentais da Legislação na URSS e art. 44 do C. civ. da RSFSR; art. 420 C. civ. tcheco. — Cpr. art. 1910 C. civ. mexicano.

(75) STARCK ainda diz com muita justiça: “É fácil compreender que, se é necessário garantir aos homens a segurança de sua vida, de seu corpo e a integridade material de seus bens, em qualquer circunstância, a mesma proteção não é concebível no que se refere aos danos puramente econômicos ou puramente morais, em relação aos quais o choque inevitável de atividades concorrentes condiciona uma orientação diferente, mais complexa e mais cheia de nuances” (*op. cit.*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1958, pág. 509).

caso citado da criança que fere outra ao tentar chutar a bola? (76) Poder-se-ia então pensar que a seguridade social oferece uma garantia suficiente contra os danos corporais, os únicos que devem ser essencialmente reparados (77). Entretanto, considerando as possibilidades do seguro e a exigência atual de seguridade, pareceria mais desejável manter a responsabilidade nesses casos (78). A solução ultrapassa a que preconiza STARCK (79). Na verdade, como êle mesmo observa, não está assim tão longe da prática do direito como pode parecer à primeira vista.

16. Parece, igualmente, que a responsabilidade pelas ações de outrem poderia ser bastante simplificada.

Já mostramos a quantidade de contradições sôbre as quais se edificou, na França, a responsabilidade do pai e da mãe de filhos menores (80). Em todos os países que admitem, nesse domínio, presunções de falta, chega-se às mesmas incoerências: para não deixar a vítima sem indenização, reprova-se ao pai, que estava na fábrica ou no escritório, não ter impedido o gesto desastroso de seu filho de 4 anos ou de seu filho que jogava futebol, quando não se manda fazer um estudo da personalidade do menino que deixou escapar das mãos uma pedra muito pesada para saber se, levando-se em conta essa personalidade, o pai tem sido um bom educador! Nesse caso, aliás, seria preciso remodelar o direito, levando em consideração que a maioria dos danos causados pelas crianças se originam de acidentes, isto é, sem êrro real de quem quer que seja. Quem teria a perder, exceto os auxiliares da justiça, com o fato de se tornarem os pais

(76) Cf. *supra*, n.º 13.

(77) Tanto o direito soviético (art. 88 al. 2, Princípios e art. 444 al. 2, do Código Civil da RSFSR, como o direito malgache (art. 165: v. *infra*, pág. 931), rejeitam a responsabilidade em caso de força maior. Em revanche, na medida em que condena responsabilidades sem falta (atividades perigosas, animais, edifícios, máquinas e veículos motorizados, produtos fabricados), o Código civil etíope considera que a força maior tem menos importância apenas do que a falta da vítima (art. 2086: v. *infra*, pág. 929).

(78) Cpr. L. DE NAUROIS, *op. cit., supra*, pág. 773, nota 80. Confessamos haver aproveitado questões submetidas a numerosos estudantes, formados no dogma da responsabilidade por falta, o caso concreto seguinte: uma árvore em bom estado é derrubada por uma tempestade violenta e esmaga um passante ou um automóvel; o proprietário deve indenizar a vítima? Alguns minutos após ter afirmado que o direito francês estava baseado, e assim devia continuar, na falta, e de ter respondido em função desta idéia a questão teórica proposta em primeiro lugar, não houve nenhum estudante que não houvesse resolvido a questão em proveito da vítima, no caso concreto que lhe submetemos.

(79) *Op. cit., Revue trimestrielle de droit civil*, 1958, pág. 475 e segs., n.º 31.

(80) PIERRE-DOMINIQUE OLLIER, *La responsabilité civile des pères et mères*, 1961, prefácio de J. CARBONNIER; H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, *op. cit.*, t. I, 6.ª ed., n.º 732 e segs.; A. TUNC, *op. cit.*, J. C. P. 1966. I. 1983.

garantidores dos prejuízos causados por seus filhos até à idade de 16 anos e, em seguida, fazer depender sua responsabilidade da prova da ocorrência de vigilância? (81).

Do mesmo modo, a responsabilidade dos mandantes poderia ser consideravelmente simplificada se ela garantisse a dos *prepostos* durante as horas de trabalho. A condição “nas funções em que são empregados” ou “in the course of the employment” pode ser encontrada por tôda parte: ela é nefasta em tôda parte. Não leva em consideração litígios sem fim e conduz inevitavelmente os tribunais a se contradizer (82). Ora, para que serve então? Não se trata mais de se voltar a uma responsabilidade que não seja fundada sobre a falta: o exemplo alemão (83) e o exemplo japonês (84) estão aí para o provar. Trata-se então de proteger as vítimas? Poderíamos protegê-las melhor, evitando processos particularmente aleatórios, suprimindo a condição tradicional. Trata-se então de mandar os empregadores vigiarem seus assalariados? A nova norma lhes incentivaria um pouco mais a fazê-lo. Trata-se, enfim, de constatar uma responsabilidade da empresa? Vê-se então o que justifica a condição. De qualquer modo, pareceria oportuno suprimi-la. E, no entanto, em definitivo, a nova norma que seria elaborada não mudaria em muito a responsabilidade dos empregadores e não justificaria em nada relevar os *prêmios* de seguros que eles pudessem pagar para cobri-la (85).

(81) Veremos (HELLNER, *infra*, pág. 803) que as legislações escandinavas se orientam para esta solução, a responsabilidade sendo mantida até os 18 anos e limitada em um certo teto. Cpr. também SAVATIER, *Commentaire repenser...*, n.ºs 6 e segs., e nota D. 1967, pág. 299, final da primeira coleção e começo da segunda.

(82) Cf. GEORGES DURRY, obs. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1967, pág. 635.

(83) Cf. WEITNAUER, *infra*, pág. 815.

(84) Cf. MASAICHIRO ISHIZAKI, “La responsabilité civile du travailleur envers l'employeur, les collègues de travail et les tiers”, *Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro*, 1963, pág. 262 e segs., notadamente 274-275.

(85) Acrescentaremos que o recurso do mandante contra o preposto, se parece lógico, é um anacronismo na medida em que não restringe (como em Madagáscar: art. 156 al. 2 da lei de 9 de junho de 1965) em relação aos casos de falta intencional ou particularmente grave. É absurdo que seja o preposto quem suporte os riscos de erro. É preciso transpor, aqui, a noção de falta de serviço (na França, a lei sobre contrato de seguros privou o assegurado de todos os recursos contra ele: L. 13 julho 1930, art. 36, al. 3). O recurso, aliás, é hoje fortemente criticado nos países que o admitem ainda: v. notadamente H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, *op. cit.*, t. I, 6.ª ed., n. 927; *adde*: A. SZPUNAR, “La responsabilité civile du travailleur envers l'employeur, ses collègues de travail et les tiers”, in *Actes du Ve. Congrès International de droit du travail*, Lyon, 1963, t. III, pág. 1013 e segs.; M. ISHIZAKI, *op. cit.*, pág. 277; HELLNER, *infra*, pág. 802; EÖRSI, *op. cit.*, *Revue de droit contemporain*, 1963, pág. 9 e segs., 19; CORNU, obs. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1966, pág. 314 e segs.; P. L., nota J. C. P., 1966, II, 14731.

17. Impõe-se, então, saber se não seria oportuno permitir ao juiz *moderar* a indenização, isto é, não ordenar a reparação integral do prejuízo, em consideração ao desnível econômico entre demandado e autor do lesado, quando se trata de um dano não assegurado, em relação ao qual o *bom pai de família* não faz seguro, ou à *leveza* da falta.

A idéia repugna à lógica francesa. É igualmente estranha à tradição da *Common Law*. Entretanto, da Suíça (86), ela atingiu todos os países socialistas (87), inclusive a China (88), e é acatada na Alemanha (89), nos Países Baixos (90), e nos países escandinavos (91), bem como pelo deão PIERRE AZARD (92). É claro que tal teoria não é totalmente destituída de mérito, se se pensa na dificuldade que se sente, freqüentemente, em dizer *há erro*, ou *não há erro*.

Não é também estranha à evolução do direito francês (93). Este sempre rejeitou o sistema do *tudo ou nada*, quando um erro da vítima contribuiu para produzir o dano (94); sabe-se, aliás, que a responsabilidade dividida também se introduziu na *Common Law* com a *Law Reform (Contributory Negligence) Act. 1945*, inglesa. O direito francês admite atualmente a atenuação da responsabilidade, quando uma falta do ofensor se combina com um caso de força maior (95). Seria assim tão chocante ir mais longe e reconhecer que, ao lado de uma pequena falta de precaução, a fatalidade, um encadeamento infeliz de circunstâncias, foi uma

(86) Código das Obrigações, art. 43, 44 e 99 al. 3.

(87) C. Civ. húngaro, art. 339 (2); Princípios fundamentais da legislação da URSS, art. 93; C. civ. da RSFSR, art. 458; C. civ. tcheco, art. 450. É preciso, entretanto, sublinhar a oposição a esta noção do professor ADAM SZPUNAR e sua contribuição ao direito polonês recente: v. *infra*, pág. 871 e nota 14.

(88) V. TSIEN, *infra*, pág. 881 e 882.

(89) V. WEITNAUER, *infra*, pág. 820.

(90) V. J. M. M. MAELJER, *Matiging Van Schadevergoeding*, 1962 (resumido em francês); G. E. LANGEMEIGER, "La réforme du Code civil néerlandais", nesta *Revista*, 1965, pág. 55 e segs., 70-71.

(91) V. HELLNER, *infra*, pág. 803; SELMER, "Limitations of Damages According to the Circumstances of the Average Citizen", 5 *Scandinavian Studies in Law*, 1961, pág. 133.

(92) *Op. cit.*, *supra* (pág. 765, nota 43), pág. 496.

(93) O projeto de Código Civil francês de 24 Termidor ano VIII continha, aliás, um artigo (livro 3, cap. 2, seção III, art. 47) assim concebido: "Le juge doit toujours taxer les dommages intérêts avec une certaine modération, lorsqu'il n'y a point de dol de la part du débiteur". V. MAELJER, *op. cit.*, pág. 223.

(94) V. H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, *op. cit.*, t. II, 5.^a ed., números 1475-1257-2.

(95) V. H. e L. MAZEAUD e A. TUNC, *op. cit.*, t. II, 5.^a ed., números 1611-1613. Para um bom estudo da tendência atual para a atenuação da responsabilidade, v. FRANÇOIS CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à la réparation*, 1967, e o prefácio de HENRI MAZEAUD.

das causas, e talvez a principal, do dano? Como opor a tempestade, que justifica uma atenuação da responsabilidade, ao encadeamento infeliz de circunstâncias que, atualmente, não mais a justificam?

18. Tais são as orientações resultantes de um estudo comparativo da responsabilidade civil.

É claro que outras orientações são concebíveis. A todos os que querem aprofundar-se e meditar, a *Enciclopédia Internationale de Droit Comparé* contribuirá com uma documentação sem precedentes. Desde então, uma coisa parece certa: quando se pensa no desenvolvimento contemporâneo da máquina, no seguro e na seguridade social, pode-se apenas subscrever as palavras de LORD KILBRANDON: “O impacto das técnicas modernas sôbre leis destinadas a um sistema já ultrapassado tem dado origem a conflitos que ainda estão por se resolver” (96).

Para justificar a necessidade de modernizar o direito, o deão JULLIOT DE LA MORANDIÈRE gosta de lançar mão de uma interrogação: “Se pudéssemos reunir alguns juristas de qualidade que estivessem admiravelmente ao corrente das realidades sociais, mas que houvessem esquecido o direito atual, qual a chance que teriam de chegar a reencontrar as conclusões do direito atual?” É a pergunta que se impõe em todos os países do mundo. Pode-se estar certo que, nos países em que o direito da responsabilidade tem mais de 50 anos, foi êle objeto de várias reformas.

A comissão que evocava o deão JULLIOT DE LA MORANDIÈRE chegaria a conclusões novas que seriam, ao mesmo tempo, mais simples, mais justas e mais humanas.