

410  
**SERGIO CAVALIERI FILHO**

**PROGRAMA DE  
RESPONSABILIDADE CIVIL**

*6ª edição  
revista, aumentada e atualizada,  
3ª tiragem*



**MALHEIROS  
EDITORES**

# PROGRAMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL

© SERGIO CAVALIERI FILHO

1ª edição, 1ª tiragem: 08.1996; 2ª tiragem, 05.1997;  
2ª edição, 1ª tiragem: 03.1998; 2ª tiragem: 03.1999;  
3ª tiragem: 02.2000; 4ª tiragem: 08.2001; 3ª edição, 01.2002;  
4ª edição, 05.2003; 5ª edição, 1ª tiragem: 09.2003;  
2ª tiragem: 03.2004; 6ª edição, 1ª tiragem: 03.2005;  
2ª tiragem: 02.2006.

ISBN 85-7420-652-0

Direitos reservados desta edição por  
MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171  
CEP 04531-940 — São Paulo — SP

Tel.: (0xx11) 3078-7205 Fax: (0xx11) 3168-5495

URL: www.malheiroseditores.com.br

e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

Composição  
PC Editorial Ltda.

Capa  
Criação: Vânia Lúcia Amato  
Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil  
Printed in Brazil  
06.2006

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	15
PREFÁCIO À 4ª EDIÇÃO .....	17
OBJETIVO DO TRABALHO .....	21
<b>Capítulo I – RESPONSABILIDADE</b>	
1. Conceito .....	23
1.1 Dever jurídico originário e sucessivo .....	23
1.2 Distinção entre obrigação e responsabilidade .....	24
1.2.1 Da obrigação de indenizar .....	25
2. Posicionamento da responsabilidade na teoria geral do Direito .....	28
2.1 Fato jurídico .....	28
2.2 Ato jurídico e negócio jurídico .....	29
2.3 Ato ilícito .....	29
2.4 Duplo aspecto da ilicitude .....	31
2.5 Ato ilícito em sentido estrito e amplo .....	32
3. Função da responsabilidade civil .....	36
4. Espécies de responsabilidade .....	36
4.1 Responsabilidade civil e penal .....	36
4.2 Responsabilidade contratual e extracontratual .....	38
4.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva .....	39
4.4 Responsabilidade nas relações de consumo .....	40
5. Pressupostos da responsabilidade subjetiva .....	41
5.1 Exclusão de ilicitude .....	41
5.2 Quadro sinótico da responsabilidade civil .....	43
Jurisprudência .....	44
<b>Capítulo II – RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL</b>	
<b>SUBJETIVA. PRESSUPOSTOS: CONDUTA CULPOSA .....</b>	
6. A conduta .....	47
6.1 Conceito .....	48
6.2 Ação .....	48
6.3 Relevância jurídica da omissão .....	48
6.4 Fato próprio, de outrem e da coisa .....	49
7. A imputabilidade .....	49
7.1 Conceito .....	50
7.2 Elementos .....	50
7.3 Menoridade .....	50
7.4 Insanidade .....	51
7.5 Responsabilidade dos incapazes .....	51

dos os projetos de hotel-residencial por vício de inconstitucionalidade da lei que permitia a sua construção, resulta configurado o fato do príncipe. Não se pode falar em inadimplemento quando a impossibilidade da execução tem lugar por imperativo do caso fortuito ou força maior, por isso que o impossível não obriga.

Evidenciado, por outro lado, que o atraso na aprovação do projeto não tornou a prestação inútil, não pode o credor enfeitá-la por mero capricho, emulação ou propósito de locupletamento, tampouco dar por resolvido o contrato, cabendo-lhe apenas eventuais perdas e danos. O adimplemento substancial constitui um adimplemento tão próximo ao resultado final que, tendo em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão-somente o pedido de indenização.

Por último, as peculiaridades do negócio celebrado pelas partes evidenciam não se tratar de simples promessa de compra e venda de imóvel, uma vez que o preço a ser pago em unidades imobiliárias construídas no terreno associa os interesses dos promitentes compradores aos dos promitentes vendedores, de modo que ambos passam a ter interesse no sucesso do empreendimento. Em razão disso tinham o dever de atuar com lealdade, transparência, cooperação, pois quem contrata de boa-fé não contrata apenas o que contrata; contrata também deveres anexos. Evidenciado que os promitentes vendedores não se ajustaram a essa conduta, negaram a colaboração que lhes era exigível, criando obstáculos à aprovação do projeto, ainda mais insustentável se apresenta a pretensão de resolução do contrato.

*TJRJ, Ap. cível 2.567/2003 (2ª C., rel. Des. Sergio Cavaliere Filho)*

Contrato – Fato do príncipe – Causa de resolução e não de inadimplemento – Descabimento de indenização.

Veículo adquirido em condições especiais por motorista de táxi – Revogação da permissão por ato do prefeito – Fato do príncipe que enseja a resolução do contrato, fazendo as partes retomar ao estado anterior – Descabimento de qualquer indenização, por inoportunidade de inadimplemento – Desprovimento dos recursos.

## Capítulo XI

### RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR

88. O contrato de transporte: importância social e jurídica: 88.1 Alguns dados estatísticos – 88.2 Omissão do Código de 1916. 89. O triplice aspecto da responsabilidade do transportador: 89.1 Responsabilidade em relação a terceiros – 89.2 Responsabilidade em relação aos empregados – 89.3 Responsabilidade em relação aos passageiros. 90. Características do contrato de transporte de passageiros: 90.1 Obrigação de garantia. Cláusula de incolumidade. 91. Origem e evolução da responsabilidade contratual do transportador: 91.1 A Lei das Estradas de Ferro – Decreto 2.681/1912. 92. Presunção de responsabilidade, e não simples culpa presumida: 92.1 Entendimento dominante – 92.2 O advento do Código do Consumidor. 93. Exclusão de responsabilidade do transportador: 93.1 O fortuito interno e o externo – 93.2 O fato exclusivo do passageiro – 93.3 O fato exclusivo de terceiro – 93.4 Arremesso de pedra contra trem ou ônibus e assalto no curso da viagem – 93.5 A necessidade de um seguro social. 94. Início e término da responsabilidade do transportador: 94.1 Início da execução do contrato – 94.2 O entendimento da jurisprudência – 94.3 Início e término do transporte rodoviário. 95. Transporte gratuito: 95.1 Transporte aparentemente gratuito – 95.2 Transporte puramente gratuito – 95.3 O artigo 736 do Código Civil – 95.4 Responsabilidade aquiliana – 95.5 Transporte clandestino. 96. A cláusula de não indenizar. 97. Responsabilidade do transportador aéreo: 97.1 Transporte aéreo internacional – 97.2 A Convenção de Varsóvia e o Código do Consumidor – 97.3 Transporte aéreo nacional ou interno – 97.4 A responsabilidade limitada do Código Brasileiro de Aeronáutica e o Código do Consumidor – 97.5 Responsabilidade extrac contratual do transportador aéreo – 97.6 Revogação do artigo 269 do Código Brasileiro de Aeronáutica – 97.7 Responsabilidade por danos causados ao passageiro ou terceiros no recinto do aeroporto. 98. Transporte de mercadorias: 98.1 Transporte terrestre de mercadorias – 98.2 Transporte aéreo de mercadorias – 98.3 Transporte marítimo de mercadorias. 99. Conhecimento de transporte em original. 100. Desnecessidade de vistoria. Jurisprudência.

#### 88. O contrato de transporte: importância social e jurídica

A sociabilidade é uma das principais características do Código Civil de 2002. Assim como o Código Civil de Napoleão foi fruto do *Liberalismo* do século XVIII, cuja trilha foi seguida pelo nosso Código de 1916, a visão social do Direito – o Direito como instrumento para a construção de uma sociedade justa, igualitária e solidária – foi a grande motivação do Código Civil de 2002. A função social do Direito foi consagrada como cláusula geral de todos os contratos no seu art. 421, que dispõe: “A liber-

dade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

De todos os contratos, nenhum terá maior relevância social e jurídica na atualidade do que o contrato de transporte. Milhões e milhões de pessoas são transportadas diariamente de casa para o trabalho e vice-versa, principalmente nos grandes centros urbanos, gerando um grande número de problemas sociais e jurídicos, alguns deles até insolúveis. Pode-se dizer que o transporte coletivo urbano tornou-se instrumento fundamental para o cumprimento das funções sociais e econômicas do Estado moderno. Mas, lamentavelmente, a sua dívida social neste campo é enorme, porquanto o transporte coletivo em nosso País se torna cada vez mais deficiente e até desumano.

### 88.1 *Alguns dados estatísticos*

Nos países desenvolvidos, com economias estáveis e sem maiores passivos sociais, o transporte urbano é feito preponderantemente sobre trilhos (trens, “metrôs” etc.), responsáveis por 60% da demanda, cabendo ao modo rodoviário algo em torno de 30%. No Brasil, o transporte sobre trilhos, por não ter contado com os investimentos necessários ao longo do tempo, participa, hoje, com apenas 6% na demanda diária do transporte coletivo no País. O modal rodoviário, com emprego do ônibus, chega ao percentual de 93%.

Por incrível que pareça, na primeira metade dos anos 60, quando a economia brasileira era muito mais precária e os recursos públicos limitados, os investimentos em transporte coletivo representavam cerca de 40% da formação bruta do capital fixo do País, ou seja, aproximadamente 6,7% do PIB. Foi assim que se construíram, embora com dificuldades, algumas estradas de ferro, dotadas de trens modernos para a época, capazes de transportar milhares de passageiros de cada vez. No final dos anos 80 esses percentuais de investimentos despencaram para 10% e 1,7%, respectivamente, sendo ainda pior a situação nesses primeiros anos da década de 90, por falta de disposição política. Daí o estado caótico em que se encontra o transporte coletivo no Brasil, obrigando o trabalhador a viajar quatro ou cinco horas por dia, em condições desumanas, para ir ao seu trabalho e voltar.

Mais um dado, apenas: na Região Metropolitana do Rio de Janeiro, para atender à demanda diária de oito milhões de passageiros, os trens suburbanos respondem apenas por 7%, o “Metrô” por 3%, as barcas por 2%, cabendo aos ônibus os restantes 88%. Cerca de sete milhões de passageiros – a população toda da Bolívia – diariamente recorrem aos ônibus para

atenderem às suas necessidades de trabalho, educação, saúde, consumo etc. Esse complexo sistema de transporte metropolitano é operado por 200 empresas, empregando uma frota de 15 mil ônibus. Atente-se, agora, para o que ocorre na grande São Paulo, Recife, Belo Horizonte, Porto Alegre etc., e se terá a idéia da enormidade dos problemas sociais e jurídicos que diariamente ocorrem no campo dos transportes coletivos.

É por isso que as ocorrências com os meios de transporte, hoje, até já constituem um setor especial da responsabilidade civil.

### 88.2 *Omissão do Código de 1916*

Não obstante essa relevância econômica, social e jurídica, o contrato de transporte não mereceu sequer uma referência no Código de 1916. Por que isso? Já se ressaltou que o Projeto do Código de 1916 foi elaborado por Clóvis Beviláqua na última década de 1800, quando o transporte coletivo era ainda incipiente, sequer existente. A história do transporte coletivo começou literalmente no tempo da “Maria-Fumaça” – as locomotivas a vapor, que foram os primeiros meios de transporte.

Enquanto o Projeto de Clóvis Beviláqua dormitava no Congresso por quase 30 anos, o transporte coletivo não parou; ao contrário, as rodas giravam, e cada vez mais rapidamente. Tanto é que foi necessário editar uma lei especial para disciplinar o transporte coletivo, antes mesmo de entrar em vigor o Código Civil. Refiro-me ao Decreto n. 2.681/1912, que se tornou conhecido como a *Lei das Estradas de Ferro*. Tenho para mim que o Código Civil de 1916 não fez referência ao contrato de transporte porque o legislador dele se esqueceu, preocupado com as questões do Congresso, olvidando-se de que o mundo aqui fora não havia parado; antes pelo contrário, as rodas estavam rodando, e cada vez mais rápido. É isso que ocorre quando há um distanciamento entre a lei e o fato; ou, melhor dizendo, quando o legislador está alheio ao fato. Pode também ter ocorrido que o legislador imaginou que a Lei das Estradas de Ferro já teria disciplinado suficientemente a questão, sem prever que outros meios de transporte haveriam de surgir, e, por isso, deixou o contrato de transporte apenas com a disciplina que recebera da Lei das Estradas de Ferro.

O Código Civil de 2002 disciplina o contrato de transporte a partir do seu art. 730, tanto o transporte de pessoas (arts. 734-742) como o de coisas (arts. 743-756), e o faz incorporando no texto da lei, como veremos, tudo aquilo que foi sendo construído e consagrado pela doutrina e pela jurisprudência ao longo do século XX. De sorte que, ao entrar em vigor, operou duas peculiaridades em relação ao contrato de transporte. Revogou uma das leis brasileiras mais antigas – a Lei das Estradas de Ferro – e passou a

disciplinar um contrato que não é novo – pelo contrário, mais antigo do que o próprio Código de 1916. O normal é que sejam incluídos num novo Código os contratos que foram surgindo na vigência do Código anterior; mas com relação ao contrato de transporte tivemos o fenômeno invertido, pelas razões já expostas.

### 89. O *tríplice aspecto da responsabilidade do transportador*

Por pelo menos três aspectos distintos pode ser examinada a responsabilidade do transportador: em relação aos seus empregados, em relação a terceiros e em relação aos passageiros.

Suponhamos um acidente em que um pedestre é atropelado e morto, ficando, ainda, feridos um passageiro e o trocador, por ter o ônibus se des-governado e batido em um poste.

#### 89.1 *Responsabilidade em relação a terceiros*

Com *relação ao pedestre* atropelado, a responsabilidade da empresa proprietária do ônibus é extracontratual. Não há entre eles nenhuma relação jurídica contratual; são estranhos até o momento em que tem lugar o acidente, dele decorrendo o vínculo jurídico ensejador do dever de indenizar. Essa responsabilidade era subjetiva até a Constituição de 1988, fundada no art. 159 do Código Civil de 1916, de sorte que a vítima (terceiro), para fazer jus à indenização, tinha que provar a culpa do transportador ou do seu preposto.

O art. 37, § 6º, da Constituição, conforme vimos no item 74.6, transformou essa responsabilidade em objetiva ao estender a responsabilidade do Estado, fundada no risco administrativo, às pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos – e o transporte coletivo é serviço público, concedido ou permitido. Esse dispositivo constitucional, não é demais repetir, só se aplica à responsabilidade extracontratual porque o texto fala em *terceiros* – “respondem pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a *terceiros*”, e terceiro é quem não tem relação jurídica contratual com o causador do dano. Tal como a responsabilidade do Estado, a responsabilidade do transportador em relação a terceiros, só pode ser afastada por uma daquelas causas que excluem o próprio nexos causal – fato exclusivo da vítima, caso fortuito ou força maior e fato exclusivo de terceiros.

Aplica-se também agora a essa responsabilidade o Código do Consumidor que, em seu art. 14, atribui responsabilidade objetiva ao fornecedor de serviços, e, em seu art. 17, equipara ao consumidor todas as vítimas do

evento, vale dizer, também aquele que, embora não tendo relação contratual com o fornecedor de produtos ou serviços, sofre as conseqüências de um acidente de consumo. Nada mudou o Código de Defesa do Consumidor quanto à natureza dessa responsabilidade porque já era objetiva a partir da Constituição de 1988; mudou, entretanto, a sua base jurídica. Não mais necessitamos agora do mecanismo da *responsabilidade pelo fato de terceiro* porque o transportador não responde pelo fato do preposto (art. 932, III, do Código Civil, que corresponde ao art. 1.521, III, Código de 1916), mas sim por fato próprio – o defeito do serviço.

E mais, na medida em que o Código do Consumidor, em seu art. 17, equiparou ao consumidor todas as vítimas de acidente de consumo, ainda que estranhas a uma relação contratual, ficou aqui superada a clássica dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual. Vale dizer, a distinção estabelecida pelos juristas franceses nos primórdios da responsabilidade do transportador para ensejar-lhe uma responsabilidade mais severa em relação ao passageiro, perdeu a sua razão de ser com o Código do Consumidor. A responsabilidade nas relações de consumo ficou submetida a uma disciplina única, tendo em vista que o fundamento da responsabilidade do fornecedor, em qualquer hipótese, é o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que vem a dar causa a um acidente de consumo. Não se tratando de prestador de serviço público, nem de relação de consumo, a responsabilidade extracontratual do transportador (de pessoas ou coisas) deverá ser enquadrada no parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Conforme destacado nos itens 28 e ss., temos ali uma cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo desempenho de atividade perigosa – fato do serviço –, cobrindo área mais abrangente do que a do art. 14 do Código do Consumidor, embora fundado nos mesmos princípios.

#### 89.2 *Responsabilidade em relação aos empregados*

*No que respeita ao trocador* a responsabilidade será fundada no acidente de trabalho, porquanto havia entre ele e a empresa uma relação contratual trabalhista. A indenização deverá ser pleiteada ao INSS. Mas, se houver dolo ou culpa do empregador, poderá ser também pleiteada uma indenização de Direito Comum contra o empregador, com base no art. 7º, XXVIII, da Constituição de 1988 (v. item 25.2).

#### 89.3 *Responsabilidade em relação aos passageiros*

Apenas *em relação ao passageiro* a responsabilidade do transportador será contratual, fundada no contrato de transporte, aspecto que mais nos interessa neste capítulo.

### 90. Características do contrato de transporte de passageiros

O estudo da responsabilidade contratual foi em grande parte desenvolvido com base no contrato de transporte de passageiros. Trata-se de contrato de adesão, porque as suas cláusulas são previamente estipuladas pelo transportador, às quais o passageiro simplesmente adere na hora da celebração do contrato. As partes não discutem as cláusulas contratuais, como normalmente ocorre nos demais contratos. A despeito de nele existir uma certa preponderância de um dos contraentes, não chega, entretanto, a comprometer a autonomia da vontade, já que é possível escolher entre viajar ou não, utilizar ou não determinado tipo de transporte etc.

Reúne, ainda, o contrato de transporte as características de um contrato consensual, bilateral, oneroso e comutativo, posto que para a sua celebração basta o simples encontro de vontades; cria direitos e obrigações para ambas as partes e há um equilíbrio econômico entre as respectivas prestações. O preço da passagem, via de regra, corresponde ao benefício recebido pelo passageiro. É o que agora dispõe o art. 730 do Código Civil: “Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”.

O bilhete ou passagem não é indispensável para a celebração do contrato, por se tratar de contrato não formal. Pode apenas servir como meio de prova da sua existência. Nem mesmo o pagamento da passagem é elemento necessário para a consumação do contrato. Casos existem em que isso só é feito no curso ou mesmo no final da viagem, podendo-se daí concluir que o pagamento da passagem já é fase da execução do contrato, e não da celebração.

#### 90.1 Obrigação de garantia. Cláusula de incolumidade

Sem dúvida, a característica mais importante do contrato de transporte é a *cláusula de incolumidade* que nele está implícita. A obrigação do transportador não é apenas de meio, e não só de resultado, mas também de *garantia*. Não se obriga ele a tomar as providências e cautelas necessárias para o bom sucesso do transporte; obriga-se pelo fim, isto é, garante o bom êxito. Tem o transportador o dever de zelar pela incolumidade do passageiro na extensão necessária a lhe evitar qualquer acontecimento funesto, como assinalou Vivante, citado por Aguiar Dias. O objeto da obrigação de custódia, prossegue o Mestre, é assegurar o credor contra os riscos contratuais, isto é, pôr a cargo do devedor a álea do contrato, salvo, na maioria dos casos, a força maior (José de Aguiar Dias, ob. cit., v. I/230).

Em suma, entende-se por cláusula de incolumidade a obrigação que tem o transportador de conduzir o passageiro são e salvo ao lugar de destino.

### 91. Origem e evolução da responsabilidade contratual do transportador

A responsabilidade contratual do transportador começa literalmente no tempo da “Maria-Fumaça”, no tempo das locomotivas a vapor, que foram os primeiros meios de transporte coletivo.

Conta-se que os primeiros trens corriam à espantosa velocidade de 6 quilômetros por hora. Certo dia, um velhinho chegou numa estação e viu aquela coisa comprida parada, com uma chaminé enorme soltando fumaça por todos os lados, e as pessoas embarcando nos vagões. Então, em sua incredulidade começou a gritar: desçam, desçam, essa coisa não vai andar, essa coisa não vai andar... De repente, a coisa apitou e começou a andar lentamente. Aí o velhinho pirou de vez e se pôs a gritar: essa coisa não vai parar, essa coisa não vai parar. E nesse ponto ele tinha razão porque, na realidade, não parou mesmo. De 6 quilômetros passou-se para 60, depois 120, até chegar aos trens bala e aviões supersônicos dos nossos dias.

Mas, voltando à “Maria-Fumaça”, lembro que naquele tempo ainda não se fazia distinção entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, distinção essa introduzida na doutrina pelos juristas franceses, principalmente, em busca de um ajustamento da responsabilidade do transportador às novas realidades sociais decorrentes dos novos meios de transporte então emergentes.

Sabemos todos que, a rigor, não há diferença substancial entre a responsabilidade contratual e a extracontratual; ambas têm por essência a violação de um dever jurídico; também nas duas a noção de culpa é a mesma – a violação do dever de cuidado. Os juristas franceses, entretanto, em busca de uma situação jurídica mais confortável, mais favorável para o passageiro, que não aquela de ter que provar a culpa do transportador, engendraram a responsabilidade contratual, na qual, diferentemente da responsabilidade extracontratual, já existe entre as partes um vínculo jurídico preestabelecido, e o dever jurídico violado está perfeitamente configurado nessa relação jurídica. A norma convencional, já define o comportamento dos contratantes, que ficam adstritos, em sua observância, a um dever específico. E foi justamente o contrato de transporte que serviu de cobaia, vamos assim dizer, serviu de instrumento de estudo do qual resultou a doutrina da responsabilidade contratual. Os juristas vislumbraram no contrato de transporte a cláusula de incolumidade, que gera para o transportador a obrigação de levar o viajante são e salvo ao seu destino, de sorte que, uma vez descumprida essa obrigação, exsurge o dever de indenizar do transportador independentemente de culpa.

Gaston Morin, em sua notável obra – *La révolte du Droit contre le Code*, p. 62 –, fez precisa colocação da matéria: “Antes o viajante, vítima

de um acidente devia, para obter reparação, provar a culpa da companhia. Com o pressuposto de uma obrigação contratual de incolumidade, a vítima é dispensada daquela prova, na consideração de que o acidente que a atingiu constitui em si mesmo uma falta contratual geradora da responsabilidade civil do transportador, a não ser que demonstre que a inexecução do contrato provém de uma causa estranha a ele não imputável: caso fortuito, força maior, culpa da vítima”.

### 91.1 A Lei das Estradas de Ferro – Decreto 2.681/1912

No Brasil, a primeira lei que cuidou da responsabilidade do transportador foi o Decreto Legislativo n. 2.681, de 1912, de todos conhecido como sendo a Lei das Estradas de Ferro. Por ter encampado a mais atualizada doutrina da época, essa lei revelou-se avançada para o seu tempo, tanto assim que, embora destinada a regular apenas a responsabilidade civil das estradas de ferro, foi sendo aos poucos estendida analogicamente aos demais meios de transporte terrestre à medida em que foram surgindo, conseguindo assim manter-se em vigor por quase um século. Essa extensão é plenamente justificável com base na analogia. Diante de dois casos semelhantes, um dos quais regulado na lei e o outro não, a própria lei ordena ao juiz aplicar a analogia, meio de integração do Direito. O contrato de transporte celebrado com uma companhia de estrada de ferro é, em tudo e por tudo, semelhante ao contrato de transporte celebrado com uma empresa de ônibus ou bonde. As características dos contratos são as mesmas, idênticas, as suas finalidades; diferente é apenas o meio de transporte, tudo a justificar, portanto, serem-lhes aplicáveis as mesmas regras legais.

O Judiciário fez com a Lei das Estradas de Ferro aquilo que Boulanger chamava de “poder de rejuvenescimento das leis; poder que consiste em fazê-las viver seguindo ou atendendo às exigências do tempo presente”.

A lei tira a sua força não tanto da vontade do legislador, que a faz, mas, principalmente, da vontade do legislador que a conserva. Se o legislador atual, podendo revogar a lei, não obstante a conserva, é como se a refizesse cada dia. Destarte, interpretando-se as leis de acordo com o sistema atual da legislação e com a realidade social, o que se faz é interpretá-las segundo a vontade presumida do legislador que as conserva.

### 92. Presunção de responsabilidade, e não simples culpa presumida

Que tipo de responsabilidade tinha o transportador em relação aos passageiros? Responsabilidade objetiva ou simples responsabilidade subjetiva com culpa presumida? Essa era a questão.

O art. 17 do Decreto n. 2.681/1912 falava em *culpa presumida*: “As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea. A culpa será sempre presumida (...)”.

Com base na literalidade do texto, sustentou-se que a responsabilidade do transportador, em relação aos passageiros, era subjetiva, com culpa presumida. Essa exegese, entretanto, não resistia a um exame mais detalhado do próprio texto legal, como, a seguir, se verá.

Nos casos de culpa presumida inverte-se apenas o ônus da prova, cabendo ao causador do dano demonstrar que não agiu com culpa. Esta, aliás, a principal diferença entre a responsabilidade objetiva e a responsabilidade com culpa presumida. Enquanto nesta última o causador do dano pode, como já se disse, comprovar que não agiu com culpa e, assim, afastar a sua responsabilidade, na primeira o elemento culpa é despiciendo. O causador do dano só se exonera se provar a ocorrência de alguma das causas de exclusão do nexo causal: caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

Ora, voltando ao art. 17 do Decreto n. 2.681/1912, ver-se-á que ele não admitia ao transportador fazer prova de que não agiu com culpa. Entre as causas exonerativas da sua responsabilidade o citado artigo só admitia o caso fortuito ou força maior e a culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada de ferro. “A culpa será sempre presumida”, diz a parte final do citado dispositivo legal, “só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas: 1<sup>ª</sup>) caso fortuito ou força maior; 2<sup>ª</sup>) culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada”.

Logo, à luz do próprio texto em exame, era de se concluir que a responsabilidade do transportador, em relação aos passageiros, era objetiva, embora tivesse a lei, por errônea terminológica, falado em culpa presumida. E assim é, repita-se, porque o art. 17 do Decreto n. 2.681/1912 não permitia ao transportador provar que não teve culpa; apenas que houve caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, causas de exclusão do nexo causal admitidas na responsabilidade objetiva.

### 92.1 Entendimento dominante

Com base nessas premissas, a melhor doutrina e jurisprudência evoluíram no sentido de reconhecer responsabilidade objetiva ao transportador, fundada na teoria do risco (Aguiar Dias, *Responsabilidade civil*, v. I, n. 109; Agostinho Alvim, ob. cit., p. 318). Embora falasse em presunção de culpa, a lei realmente havia estabelecido uma *presunção de responsabilidade* contra o transportador, que só poderia ser elidida por aquelas cau-

sas expressamente nela previstas. Ocorrido o acidente que vitimou o viajante, subsistirá a responsabilidade do transportador, a despeito da ausência de culpa, porque esta é despicienda em face da teoria do risco, a única compatível com a cláusula de incolumidade, insita no contrato de transporte.

### 92.2 O advento do Código do Consumidor

Encontrava-se nesse estágio a evolução da responsabilidade contratual do transportador quando entrou em vigor, em março de 1991, o Código de Defesa do Consumidor. Esse Código, cumprindo expressa determinação constitucional, implantou uma política nacional de consumo, uma disciplina jurídica única e uniforme para todas as relações de consumo. O Código do Consumidor, como já tive oportunidade de dizer muitas vezes e de escrever, criou uma *sobreestrutura jurídica multidisciplinar*, aplicável em todas as áreas do Direito onde ocorrerem relações de consumo. Sendo assim, parece-me indubitoso que esse Código aplica-se também ao transporte coletivo de passageiros por envolver relação de consumo na modalidade de prestação de serviço público.

Além da abrangência do conceito de serviço adotado em seu art. 3º, § 2º, o Código do Consumidor tem regra específica no art. 22 e parágrafo único. Ficou ali estabelecido que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, além de serem obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros, respondem pelos danos que causarem aos usuários, na forma prevista no Código de Defesa do Consumidor. Não há como e nem porque contestar, portanto, a incidência do Código de Defesa do Consumidor nos casos de acidentes ocorridos por ocasião do transporte de passageiros por se tratar de serviços públicos.

O Código do Consumidor provocou uma verdadeira revolução no Direito Obrigacional, mormente no campo da responsabilidade civil, estabelecendo responsabilidade objetiva em todos os *acidentes de consumo*, quer decorrentes de fornecimentos de produtos (art. 12) quer de serviços (art. 14). A partir do Código do Consumidor podemos dividir a responsabilidade civil em duas grandes áreas – a responsabilidade tradicional e a responsabilidade nas relações de consumo, que passou a ter regras próprias. Mas, no que diz respeito à responsabilidade contratual do transportador, o Código de Defesa do Consumidor quase nada mudou, pois, como vimos, essa responsabilidade já era objetiva desde 1912. O que o Código fez – e isso me parece importante – foi mudar o fundamento dessa responsabilidade, que agora não é mais o contrato de transporte mas sim a relação de consumo, contratual ou não. Mudou também o seu fato gerador, deslocando-o

do descumprimento da cláusula de incolumidade para o *vício* ou *defeito* do serviço, consoante art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que diz: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por *defeitos* relativos à prestação dos serviços” etc. Esse defeito pode ser de concepção (que se instaura quando o serviço está sendo idealizado), pode ser de prestação (que ocorre quando o serviço está sendo executado), e ainda de comercialização (por má informação sobre a utilização do serviço). Em qualquer caso, entretanto, é irrelevante que o defeito seja ou não imprevisível. O fornecedor do serviço terá que indenizar desde que demonstrada a relação de causa e efeito entre o defeito do serviço e o acidente de consumo, chamado pelo Código de fato do serviço.

O Código Civil, como não poderia deixar de ser, consolidou toda essa evolução jurídica no texto do seu art. 734, que diz: “O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade”.

### 93. Exclusão de responsabilidade do transportador

Assentado que a responsabilidade do transportador é objetiva e que, em face da cláusula de incolumidade, tem uma obrigação de resultado, qual seja, levar o transportado são e salvo ao seu destino, o passageiro, para fazer jus à indenização, terá apenas que provar que essa incolumidade não foi assegurada; que o acidente se deu no curso do transporte e que dele lhe adveio dano. Pode o transportador excluir a sua responsabilidade? O art. 734, num primeiro exame, permite concluir que a responsabilidade do transportador só pode ser elidida pela força maior, inadmitidas as demais causas de exclusão do nexo causal – o caso fortuito, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro –, o que alçaria a responsabilidade do transportador aos níveis do risco integral. É preciso atentar, todavia, que o Código Civil disciplinou a responsabilidade do transportador em mais de um artigo. Assim, por exemplo, no art. 735 ele se refere ao fato culposo de terceiro; no art. 738 e parágrafo único trata da culpa da própria vítima, e assim por diante. Então, antes de firmarmos uma conclusão neste ou naquele sentido, é preciso examinar a disciplina do Código em conjunto, não bastando a idéia extraída de um dispositivo isoladamente.

#### 93.1 O fortuito interno e o externo

Não cabe, aqui, discutir a diferença entre caso fortuito e força maior, mesmo porque não há uniformidade de entendimento entre os autores. Pelo

contrário, esse é um terreno minado de divergências, que vão desde aqueles que não admitem distinção entre o fortuito e a força maior, como, aliás, parece ser a posição do nosso Código Civil (art. 393, parágrafo único, reprodução fiel do art. 1.058 e parágrafo único do Código de 1916), até os que sustentam não mais haver campo de aplicação para o caso fortuito como causa excludente de responsabilidade, porque nos tempos modernos tudo teria passado a ser previsível e evitável.

Na verdade, dado o avanço da ciência, tornou-se possível a previsibilidade de fenômenos naturais, como furacões, terremotos, temporais etc., mas é verdade, também, que nem sempre é possível evitar a ocorrência desses fenômenos, mesmo no chamado “Primeiro Mundo”, freqüentemente atingido por enchentes, tempestades de neve e furacões. Ademais, a previsibilidade capaz de afastar o fortuito é específica, relativa a determinado fato e ao momento em que ele poderia ocorrer, e não genérica, levando-se ainda em conta a ótica do agente, e não de terceiros. Em suma, é preciso saber se o agente, nas condições em que se encontrava, tinha ou não condições de prever e evitar o evento danoso. Em nosso entender, conforme colocamos no item 16.3, o que caracteriza o fortuito é a *imprevisibilidade*, ao passo que a *inevitabilidade* caracteriza a força maior.

Os modernos civilistas, tendo em vista a presunção de responsabilidade do transportador, dividem o *caso fortuito* em *interno* e *externo*.

Entende-se por *fortuito interno* o fato imprevisível, e, por isso, inevitável, que se liga à organização da empresa, que se relaciona com os riscos da atividade desenvolvida pelo transportador. O estouro de um pneu do ônibus, o incêndio do veículo, o mal súbito do motorista etc. são exemplos do fortuito interno, por isso que, não obstante acontecimentos imprevisíveis, estão ligados à organização do negócio explorado pelo transportador. A imprensa noticiou, faz algum tempo, que o comandante de um *Boeing*, em pleno vôo, sofreu um enfarte fulminante e morreu. Felizmente, o co-piloto assumiu o comando e conseguiu levar o avião são e salvo ao seu destino. Eis, aí, um típico caso de fortuito interno.

O *fortuito externo* é também fato imprevisível e inevitável, mas estranho à organização do negócio. É o fato que não guarda nenhuma ligação com a empresa, como fenômenos da Natureza – tempestades, enchentes etc. Duas são, portanto, as características do fortuito externo: autonomia em relação aos riscos da empresa e inevitabilidade, razão pela qual alguns autores o denominam de força maior (Agozinho Alvim, ob. cit., pp. 314-315).

Pois bem, tão forte é a presunção de responsabilidade do transportador, que nem mesmo o fortuito interno o exonera do dever de indenizar; só o *fortuito externo*, isto é, o fato estranho à empresa, sem ligação alguma

com a organização do negócio. Esse entendimento continua sustentável à luz do Código Civil de 2002, cujo art. 734, há pouco visto, só exclui a responsabilidade do transportador no caso de força maior – ou seja, fortuito externo. O mesmo se diga em relação ao Código do Consumidor, no qual, para que se configure a responsabilidade do fornecedor de serviço (art. 14), basta que o acidente de consumo tenha por causa um *defeito do serviço*, sendo irrelevante se o defeito é de concepção, de prestação ou comercialização, e nem ainda se previsível ou não. Decorrendo o acidente de um defeito do serviço, previsível ou não, haverá sempre o dever de indenizar do transportador. Entre as causas de exclusão de responsabilidade do fornecedor de serviços, o Código de Defesa do Consumidor (art. 14, § 3º) não se referiu ao caso fortuito e à força maior, sendo assim possível entender que apenas o fortuito externo o exonera do dever de indenizar.

### 9.3.2 O fato exclusivo do passageiro

A culpa exclusiva do passageiro também exonera o transportador de responsabilidade. Trata-se, na realidade, como enfatizado várias vezes, de fato exclusivo do viajante, já que, nessa fase, ainda se está no terreno donexo causal, e não da culpa. O fato exclusivo da vítima afasta a responsabilidade do transportador porque, na verdade, quem dá causa ao evento é o próprio passageiro, e não o transportador. O transporte, ou, melhor, a viagem, não é causa do evento, apenas a sua ocasião.

Tenha-se em mente, todavia, que, para se configurar essa causa exonerativa de responsabilidade, é preciso que a conduta do passageiro tenha sido a causa única e determinante do evento. O art. 17 do Decreto n. 2.681/1912, em seu inciso 2º, era expresso e claro a esse respeito: “culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada” (do transportador). No mesmo sentido o § 3º, II, do art. 14 do Código do Consumidor.

O Código Civil de 2002 tratou dessa questão no seu art. 738, que diz: “A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador constantes do bilhete ou afixadas à vista dos usuários, (...)”. Em outras palavras, o Código está dizendo que o passageiro deve ter um comportamento adequado às regras do transporte. O parágrafo único desse artigo, que mais nos interessa, dispõe: “Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano”. Aí está a *culpa concorrente*, o que nos permite a seguinte conclusão: se o Código permite atenuar a responsabilidade do transportador em razão da culpa concorrente do passageiro, por mais forte razão teremos que admitir a exclusão de sua

responsabilidade se o dano decorrer da ação exclusiva da vítima. Havendo, portanto, participação causal da vítima, a responsabilidade do transportador pode ser atenuada ou até excluída, desde que o comportamento da vítima tenha sido, efetivamente, a causa determinante do evento. Em um caso em que fui o relator, versando sobre passageiro que caiu e faleceu porque saltou do ônibus quando ainda estava em movimento, a empresa sustentou a tese da culpa exclusiva da vítima e, subsidiariamente, a da culpa concorrente. O Tribunal, todavia, não acolheu nenhuma das teses, sob a consideração de que a causa determinante do acidente foi estar o ônibus trafegando com a porta aberta, ou por tê-la aberto o motorista antes que o veículo parasse por completo. Sem esta circunstância, o passageiro jamais poderia ter saltado do ônibus ainda em movimento.

Idêntico é o caso das pessoas que viajam penduradas em portas e janelas de trens e ônibus, vulgarmente chamadas de *pingentes*, tornando-se, muitas vezes, vítimas de acidentes fatais. Os nossos Tribunais, principalmente o egrégio Superior Tribunal de Justiça, competente para julgar a matéria em grau de recurso especial, têm entendido que o fato de a vítima viajar como *pingente* não elide a responsabilidade do transportador, pois tem a obrigação de exercer a necessária vigilância e de dar as condições indispensáveis para que os passageiros viagem em segurança. Via de regra, os acidentes vitimando os *pingentes* são devidos à péssima qualidade dos transportes coletivos oferecidos à população, quer pela má conservação dos veículos, quer pela superlotação.

Nesse sentido o REsp 13.681, do qual foi relator o Min. Dias Trindade:

“Civil – Responsabilidade – Acidente em ferrovia – Morte de viajante ‘pingente’ – Dever de indenizar.

“A ferrovia não se exime de responsabilidade ao atribuir culpa exclusiva ao viajante *pingente*, pelo acidente que o vitimou, dado que não presta o serviço em condições de não obrigar os que têm necessidade de usá-lo a viajar em condições perigosas e nem vigia para que tal não se verifique.”

No mesmo sentido os REsp 25.533-1 (rel. Min. Fontes de Alencar), 23.351-RJ (rel. Min. Sálvio de Figueiredo) etc.

Tem-se admitido o fato exclusivo da vítima somente em caso excepcional, o chamado *surfismo ferroviário*, quando a vítima, podendo viajar no interior do trem, se expõe voluntariamente a grave risco, por puro exibicionismo, optando injustificadamente por viajar no teto, onde, inclusive, passa a dar cambalhotas (TACivRJ, 8ª C., Ap. cível 6.387/1992, rel. Juiz Carlos Ferrari, confirmado pelo colendo STJ, que não conheceu do REsp 35.103-4, do qual foi relator o Min. Fontes de Alencar), com as seguintes considerações: “Recebendo o fato, como o desenharam as instâncias ordi-

nárias, hei que a vítima, exibicionista, ao viajar no teto do vagão do comboio ferroviário, o fez assumindo o risco de infortúnio. É o caso de sua *exclusiva culpa*. Situação diversa ocorre quando a ferrovia permite que passageiros sejam conduzidos como pingentes, porquanto, neste caso, a culpa é do transportador, ao admitir que os vagões transitem com as portas abertas, desrespeitando, assim, as normas de segurança”.

### 93.3 O fato exclusivo de terceiro

Por terceiro deve-se entender alguém estranho ao binômio *transportador e passageiro*; qualquer pessoa que não guarde nenhum vínculo jurídico com o transportador, de modo a torná-lo responsável pelos seus atos, direta ou indiretamente, como o empregador em relação ao empregado, o comitente em relação ao preposto etc.

O art. 17 do Decreto n. 2.681/1912 não cogitava do fato de terceiro, o que levou alguns autores a sustentar não ser ele causa excludente da responsabilidade do transportador. “O fato de terceiro – pondera o insigne Aguiar Dias – não exclui a sua responsabilidade (do transportador); apenas lhe dá direito de regresso contra o causador do dano (...) assim, qualquer que seja o fato de terceiro, desde que não seja estranho à exploração, isto é, desde que represente risco envolvido na cláusula de incolumidade, a responsabilidade do transportador é iniludível, criando, entretanto, o direito de regresso em favor do transportador sem culpa no desastre” (ob. cit., v. 1/239).

A Súmula n. 187 do colendo Supremo Tribunal Federal enveredou-se pelo mesmo caminho, ao dizer: “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

Essa Súmula foi positivada pelo Código Civil de 2002, transformando-se no texto do seu art. 735. Note-se, entretanto, que o referido artigo, tal como a Súmula que lhe serviu de texto, só fala em *culpa de terceiro*, e não em dolo. Assim, por exemplo, ainda que o acidente entre um ônibus e um caminhão tenha decorrido da imprudência do motorista deste último, ao invadir a contramão de direção, as vítimas que viajavam no coletivo deverão se voltar contra a empresa transportadora. O fato culposo do motorista do caminhão não elide a responsabilidade da empresa transportadora. Este era o sentido da Súmula; e, agora, do art. 735 do Código. E assim se tem entendido porque o fato culposo de terceiro se liga ao risco do transportador, relaciona-se com a organização do seu negócio, caracterizando o *fortuito interno*, que não afasta a sua responsabilidade, conforme vimos ainda há pouco.

Tal já não ocorre, entretanto, com o *fato doloso de terceiro*, conforme temos sustentado. Este não pode ser considerado fortuito interno porque, além de absolutamente imprevisível e inevitável, não guarda nenhuma ligação com os riscos do transportador; é fato estranho à organização do seu negócio, pelo qual não pode responder. Por isso, a melhor doutrina caracteriza o fato doloso de terceiro, vale dizer, o fato exclusivo de terceiro, como *fortuito externo*, com o que estamos de pleno acordo. Ele exclui o próprio nexo causal, equiparável à força maior, e, por via de consequência, exonera de responsabilidade o transportador. O transporte, em casos tais, não é causa do evento; é apenas a sua ocasião. E mais: após a vigência do Código do Consumidor, esse entendimento passou a ter base legal, porquanto, entre as causas exonerativas da responsabilidade do prestador de serviços, o § 3º, II, do art. 14 daquele Código incluiu o fato exclusivo de terceiro.

#### 93.4 Arremesso de pedra contra trem ou ônibus e assalto no curso da viagem

Tornou-se freqüente nos grandes centros urbanos o arremesso de pedra contra trem ou ônibus, ferindo e até matando passageiros. Os assaltos também proliferaram no curso da viagem, deixando os passageiros despojados dos seus bens, quando não se transformam em tragédias e morte.

Que responsabilidade tem o transportador por tais eventos? Inicialmente, a jurisprudência, embora vacilante, obrigava o transportador a indenizar as vítimas, fundada na Súmula n. 187 do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido os RE 70.400-SP (rel. Min. Amaral Santos), 113.555-7 (rel. Min. Carlos Madeira) etc. Este último tem a seguinte ementa: “Responsabilidade civil – Dano sofrido em transporte coletivo, do qual resultou morte do passageiro – Fato de terceiro. Impede o verbete n. 187 da Súmula do Supremo Tribunal Federal possa o transportador esquivar-se da responsabilidade pelo acidente se a culpa é presumida e constitui risco empresarial consagrado no Direito Brasileiro desde a Lei n. 2.681/12”.

Embora a ementa não indique, a espécie consistia em haver um terceiro arremessado uma pedra no ônibus em que viajava a vítima, que, atingida, veio a falecer. Foi voto vencido nesse julgamento o Min. Aldir Passarinho, por entender que estava caracterizado o caso fortuito.

Com o correr do tempo a jurisprudência foi-se firmando no sentido do voto vencido, sob a consideração de que o fato exclusivo de terceiro, mormente quando doloso, caracteriza o *fortuito externo*, inteiramente estranho aos riscos do transporte. Não cabe ao transportador transformar o seu veícu-

lo em carro blindado, nem colocar uma escolta de policiais em cada ônibus para evitar os assaltos. A prevenção de atos dessa natureza cabe ao Estado, inexistindo fundamento jurídico para transferi-la ao transportador.

Essa é, sem dúvida, a posição jurídica tecnicamente mais correta, que já vinha sendo adotada pela Suprema Corte quando era competente para julgar a matéria, e que foi esposada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça. No julgamento do RE 99.978-7, do qual foi relator o Min. Djaci Falcão, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal assim se posicionou: “Responsabilidade civil – Assassinato de passageiro, em virtude de assalto praticado por desconhecidos, num trem da REFESA durante a viagem – *Ato de terceiro equiparável a caso fortuito* – Inevitabilidade do fato e ausência de culpa do transportador – Incidência de obstáculo previsto no art. 325, inciso V, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – Arguição de relevância rejeitada – Inocorrência de divergência da Súmula n. 187 do Supremo Tribunal Federal, *por inexistir o nexo de causalidade entre o acidente e o transporte*” (revista *Amagis* XI/503).

No colendo Superior Tribunal de Justiça, competente para o julgamento da matéria em grau de recurso especial, merece destaque o v. acórdão da sua 3ª Turma prolatado no REsp 13.351-RJ, do qual foi relator o eminente Min. Eduardo Ribeiro: “Responsabilidade civil – Estrada de ferro – Lesões em passageira, atingida por pedra atirada do exterior da composição. O fato de terceiro que não exonera de responsabilidade o transportador é aquele que com o transporte guarda conexão, inserindo-se nos riscos próprios do deslocamento. O mesmo não se verifica quando intervenha *fato inteiramente estranho, devendo-se o dano a causa alheia ao transporte em si*. A prevenção de atos lesivos, de natureza do que se cogita na hipótese, cabe à autoridade pública, inexistindo fundamento jurídico para transferir a responsabilidade a terceiros”.

O v. acórdão, de rara erudição, fundou-se na melhor doutrina, a que faz distinção entre o *fortuito interno* e o *externo*, aplicando-a com segurança e felicidade, como se vê deste trecho da sua fundamentação:

“O fato de terceiro que não exonera de responsabilidade o transportador é aquele que com o transporte guarde conexão, inserindo-se nos riscos próprios do deslocamento. Assim, os precedentes que deram origem ao enunciado em exame (Súmula n. 187 do Supremo Tribunal Federal), referentes a choques com outros veículos. Não haverá exclusão da responsabilidade em virtude de o dano haver ocorrido por culpa do outro envolvido no acidente.

“A mesma solução não se há de emprestar quando intervenha um fato inteiramente estranho. É o que sucede havendo, por exemplo, um atentado

ou um assalto. O dano deve-se a causa alheia ao transporte em si. Tem-se hipótese que se deve equiparar ao fortuito, excluindo-se a responsabilidade.”

O Tribunal de Alçada Civil do Rio de Janeiro, por sua 2ª Câmara, julgou caso inédito de fato de terceiro ocorrido durante o transporte. Um passageiro, em determinado momento da viagem, lançou sobre a sua namorada ácido sulfúrico, causando graves lesões não somente nela, mas também em outros passageiros atingidos. O v. acórdão, da lavra do excelente Juiz Carlos Motta, tem a seguinte ementa: “Responsabilidade civil – Contrato de transporte – Passageiros atingidos por ácido arremessado por terceiro – Caso fortuito desvinculado do contrato de transporte – Incidência da regra do art. 1.058 e seu parágrafo único do Código Civil” (2ª C., Ap. cível 8.204/93, v.u.).

Ressalte-se, por derradeiro, que a jurisprudência tem responsabilizado o transportador por assaltos, pedradas e outros fatos de terceiros ocorridos no curso da viagem somente quando fica provada a conivência dos seus prepostos, omissão ou qualquer outra forma de participação que caracterize a culpa do transportador, como, por exemplo:

a) passageiro atingido, no interior do vagão, por pedrada vinda de fora através da porta que se encontrava aberta, com defeito;

b) quando era comum, no trecho em que se deu o atentado, haver ataques com pedrada ou assaltos e a empresa transportadora deixou de tomar as providências destinadas a evitar que tal tipo de atentado continuasse ou, pelo menos, de alertar a autoridade pública.

Dir-se-á, a esta altura, como de fato dizem: não é justo deixar as vítimas de assalto, pedradas e outros atentados contra os meios de transporte sem qualquer indenização. Alguém tem que indenizar essas vítimas.

A premissa está correta. A questão é saber quem deve indenizar. O que não me parece aceitável é simplesmente atribuir esse ônus ao transportador, sem qualquer base legal nem econômica.

Sem base legal, porque, como já vimos, são fatos estranhos ao transporte, configuradores do *fortuito externo*, que não podem ser incluídos no risco do negócio. *O transporte não é causa do evento, apenas a sua ocasião*. E, sem que alguém tenha dado causa ao resultado, não pode por ele responder, a menos que a lei, expressamente, tenha adotado a *teoria do risco integral*, o que, no caso, não ocorre. Se nem o Estado responde pelos assaltos que ocorrem diariamente nas ruas, às vezes “nas barbas” da Polícia, por que haverá de por eles responder o transportador? Como impor ao transportador responsabilidade fundada no risco integral, se nem ao Estado a Constituição impõe essa responsabilidade?

Ademais, o art. 14, § 3º, II, do Código do Consumidor expressamente excluiu a responsabilidade do fornecedor de serviços pelo *fato exclusivo de terceiro*, pela óbvia razão de não ser possível considerá-lo *defeito do serviço*. Esse dispositivo, inquestionavelmente, é aplicável à questão em exame, não só por ser o transportador um fornecedor de serviços mas também, e principalmente, por ser muito posterior aos arts. 17 e 18 da vetusta Lei das Estradas de Ferro, de 1912. Causa perplexidade o fato de autores e julgados que tratam da responsabilidade do transportador, mormente em relação aos assaltos a ônibus, sequer se referirem à nova disciplina do Código do Consumidor, não obstante serem as suas normas de ordem pública e interesse social e já estarem em vigor há mais de 10 anos. Por que aplicá-las em todos os demais casos de prestação de serviços e só ao transporte de passageiros não?

A bem da verdade, é preciso registrar que há pelo menos mais dois julgados do Superior Tribunal de Justiça responsabilizando o transportador por assalto a ônibus no curso da viagem. Em ambos, entretanto, o Tribunal entendeu que o transportador havia concorrido para o evento, pelo quê fato conexo com o serviço. No primeiro – REsp 175.794-SP, julgado pela 4ª Turma (rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar) – o assalto foi praticado contra o cobrador, no qual resultou a morte de um passageiro. Diz a ementa: “Transporte coletivo – Assalto – Responsabilidade da empresa transportadora. O *assalto a cobrador de ônibus* não é fato imprevisível nem alheio ao transporte coletivo em zona de freqüentes roubos, razão pela qual não vulnera a lei a decisão que impõe à empresa a prova da excludente da responsabilidade pela morte de um passageiro”. Na conclusão do voto foi dado realce à seguinte situação fática: “Os assaltantes levaram o dinheiro do cobrador, a evidenciar que o fato aconteceu em razão da existência do transporte, pois *o interesse dos meliantes era o de assaltar o patrimônio da empresa, e na consecução desse objetivo terminaram por atingir a infeliz vítima*”.

No segundo julgado, agora da 3ª Turma – REsp 200.808-RJ (rel. Min. Ari Pargendler) –, o Tribunal responsabilizou a transportadora pelo assalto porque o motorista do ônibus parou em ponto irregular, no qual embarcaram os assaltantes: “Responsabilidade civil – Transporte coletivo de passageiros. O transportador só responde pelos danos resultantes de fatos conexos com o serviço que presta, mas nestes se inclui o assalto, propiciado pela parada do veículo em ponto irregular, de que resultou vítima com danos graves” (RSTJ 142/265). Na motivação do seu voto, o douto Relator destacou: “Ora, no caso, decisiva para a ocorrência do assalto, com as suas já registradas conseqüências irreversíveis, foi a circunstância da *parada ilegal, em ponto que não era parada de coletivo*, e que permitiu o ingresso,

neste, dos marginais que cometeram a bárbara agressão ao passageiro” (fls. 270). O eminente Min. Carlos Alberto Menezes Direito, que tem posição assumida no sentido de que o assalto a ônibus não é da responsabilidade do transportador, acompanhou o voto do Relator pelas seguintes razões: “A nossa Turma tem entendido, sempre, que assaltos à mão armada desqualificam a responsabilidade da empresa, tendo aberto exceção, apenas, quando se cuida de transporte de valores, embora eu tenha ficado vencido neste último caso. Todavia, o eminente Advogado da tribuna sublinhou as peculiaridades deste caso, que foram relevadas pelo eminente Ministro-Relator, qual seja, a da existência de culpa da empresa por ter parado em lugar indevido; parada que propiciou o ingresso dos assaltantes, que provocaram o ferimento no recorrente. Estas circunstâncias, a meu sentir, retiram a substância dos precedentes sobre a exclusão do fato de terceiro para a configuração da responsabilidade. Fica evidente que a empresa agiu com culpa ao parar em lugar não devido e, particularmente, em lugar sabidamente perigoso, segundo consta dos autos” (RSTJ 142/272).

Como se vê, nesses dois casos o Superior Tribunal de Justiça responsabilizou o transportador pelo assalto por entender não ter ficado caracterizado o *fato exclusivo de terceiro*, concorrendo a empresa para o evento por ato dos seus prepostos.

Por fim, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão no julgamento do REsp 435.865-RJ, do qual foi relator o Min. Barros Monteiro, em acórdão que tem a seguinte ementa: “Responsabilidade civil – Transporte coletivo – Assalto à mão armada – Força maior – Constitui causa excludente da responsabilidade da empresa transportadora o fato inteiramente estranho ao transporte em si, como é o assalto ocorrido no interior do coletivo – Precedentes – Recurso especial conhecido e provido”. Na motivação do voto, o Min. Relator, após relacionar inúmeros precedentes, concluiu com estas judiciosas ponderações: “Nessas condições, a simples circunstância de serem comuns hoje, no Brasil, delitos de natureza semelhante à versada nesta causa não é o bastante para atribuir-se responsabilidade à transportadora, que não deu causa alguma ao fato lesivo, sabido que a segurança pública dos cidadãos se encontra afeta às providências do Estado. Em nosso país, com as tarifas cobradas dos usuários, em que não é incluso o prêmio relativo ao seguro, que seria a forma escorreita de proteger o passageiro contra atentados desse tipo, descabido é – a meu ver – transferir-se o ônus à empresa privada”.

No Rio de Janeiro, onde os assaltos a ônibus tornaram-se freqüentes, após o trágico final do caso conhecido como “174”, no qual uma jovem passageira foi morta pelo assaltante em frente às câmeras de televisão, por

lamentável erro da Polícia, a Secretaria de Segurança Pública montou um esquema especial de prevenção baseado em *blitze* e patrulhamento nas linhas mais perigosas, o que fez reduzir o índice mensal de roubos. Isso está a evidenciar que o problema é de segurança pública, maior atuação e eficiência da Polícia, ônus do Estado, que não pode ser transferido para o transportador sem qualquer base econômica.

Sem base econômica, porque o transportador não tem suporte econômico para montar um esquema de segurança capaz de evitar os assaltos e outras ocorrências desastrosas. O preço da passagem é tarifado pelo Poder Público, que estipula o seu valor. E, se esse preço for muito elevado, torna-se inviável o transporte coletivo. Ademais, não tem o transportador, e nem pode ter, um exército de policiais para colocá-los nos ônibus, trens etc., a fim de dar segurança aos passageiros contra os marginais. Se nem o Estado pode fazer isso, como poderia fazer o transportador?

#### 93.5 A necessidade de um seguro social

Creio que a solução para o problema pode ser encontrada *de lege ferenda*, não *de lege lata*. Tal como se fez para cobrir os riscos do acidente do trabalho, onde se adotou a teoria do risco integral, deveria ser também criado um *seguro social*, do qual participariam os empresários do transporte, os passageiros e o próprio Poder Público concedente do serviço – Município, Estado ou União –, através do qual se constituiria um fundo para indenizar as vítimas de *atos externos* ao transporte.

Os seguros sociais, como anteriormente destacamos, são a técnica que se engendrou para a *sociação dos riscos*. Repartem-se entre todos os riscos inevitáveis da vida moderna, sem o quê o dano se torna irreparável.

A indenização, nesse caso, como ocorre no mundo todo, sempre que fundada no risco integral, deverá ser tarifada, limitada a um determinado valor, como, aliás, já ocorre com a indenização decorrente de acidente do trabalho.

#### 94. Início e término da responsabilidade do transportador

A Lei das Estradas de Ferro não estabeleceu os limites temporais da responsabilidade do transportador; não diz desde quando e até quando a cláusula de incolumidade protege o viajante. Para precisarmos esses momentos – onde começa e onde termina a responsabilidade do transportador –, é preciso distinguir o *momento da celebração* do contrato do *momento da sua execução*.

Com efeito, já ficou assentado que, sendo consensual o contrato de transporte, ele se consuma pelo simples acordo de vontades. A partir do momento em que o passageiro dá a sua adesão às condições preestabelecidas pelo transportador, está celebrado o contrato. O pagamento da passagem não é rigorosamente necessário para fechar o contrato de transporte, eis que, em muitos casos, só é feito no curso ou no fim da viagem, e até mesmo depois, como no caso de pagamento em prestação. O pagamento do preço da passagem já é fase de execução da obrigação assumida pelo passageiro.

#### 94.1 Início da execução do contrato

A execução do contrato de transporte, no que respeita à obrigação do transportador, tem lugar quando se inicia a viagem. A partir daí, torna-se operante a cláusula de incolumidade, que persiste até o final da viagem.

No transporte urbano essa execução ocorre simultaneamente com a celebração do contrato; no transporte interestadual e aéreo, onde a passagem é adquirida com antecedência, a execução tem lugar posteriormente.

Não basta, portanto, como desavisadamente afirmam alguns autores, que o contrato de transporte esteja celebrado para que tenha lugar a responsabilidade do transportador. É preciso que já se tenha iniciado a execução do contrato para que possa ser imputada ao transportador a responsabilidade por acidente que eventualmente venha a ocorrer.

Lembre-se que a responsabilidade contratual decorre da inexecução, da quebra do contrato, do inadimplemento. O indivíduo pode ter adquirido uma passagem de ônibus, digamos, para São Paulo, e morrer quando ia para a estação rodoviária. A toda evidência, a empresa de ônibus que haveria de transportá-lo para São Paulo nada terá a indenizar, porque o acidente ocorreu antes de se iniciar a execução do contrato.

#### 94.2 O entendimento da jurisprudência

Atenta para esses princípios, e com base na doutrina francesa, a nossa jurisprudência tem entendido que, no caso das estradas de ferro, a responsabilidade do transportador inicia-se com o ingresso do passageiro na estação de embarque, após passar pela roleta. Correto o entendimento, tendo em vista que a estação pertence à companhia, sendo, ainda, certo que o passageiro, após adentrar a plataforma de embarque, fica por conta e risco do transportador. O que lhe acontecer a partir daí é da responsabilidade do transportador, salvo se o evento decorrer de fato exclusivo de terceiro, estranho ao transporte. Assim, se o passageiro é empurrado ao embarcar, se cair, ferir-se etc., estará sob a proteção da cláusula de incolumidade.

A jurisprudência da Suprema Corte firmou-se nesse sentido desde a década de 70, como se vê do seguinte aresto: “Desde que o passageiro iniciou o embarque, presume-se a responsabilidade da transportadora por qualquer acidente, nos termos do art. 17 do Decreto n. 2.681/12” (RE 83.378-RJ, rel. Min. Cunha Peixoto).

Na fundamentação do seu voto, afirma o Relator: “Embora o art. 17 do Decreto n. 2.681/12, ao estabelecer a presunção de culpa do transportador, não fixe o início de sua responsabilidade, sustentamos sempre começar ela do momento em que o passageiro, adquirindo a passagem, fica, no lugar adequado, à disposição da transportadora, para o embarque”.

A responsabilidade do transportador persiste até o final da viagem – melhor dizendo, até a saída do passageiro da estação do desembarque.

#### 94.3 Início e término do transporte rodoviário

Tratando-se de transporte rodoviário – ônibus principalmente –, tendo em vista que a estação de embarque não pertence à empresa transportadora, a execução do contrato tem início com o embarque do passageiro no veículo e só termina com o seu efetivo desembarque. Conseqüentemente, se o motorista arranca com o ônibus no momento em que o passageiro está nele embarcando, e o faz cair e se ferir, haverá responsabilidade do transportador, porque já se havia iniciado a execução do contrato. O fato de ainda não ter sido paga a passagem é irrelevante, porque esse pagamento, como se viu, já é fase da execução da obrigação do passageiro.

O Código Civil de 2002 omitiu-se sobre essa importante questão. Não estabeleceu o momento em que se inicia e em que termina a responsabilidade do transportador de pessoas, muito embora o tenha feito, curiosamente, em relação ao transporte de coisas. Seu art. 750 dispõe: “A responsabilidade do transportador, [e aí já se está na parte que trata do transporte de coisas, que começa no artigo 743] limitada ao valor constante do conhecimento, começa no momento em que ele, ou seus prepostos, recebem a coisa; termina quando é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado”. Continua válido, portanto, o entendimento firmado pela doutrina e pela jurisprudência sobre essa questão.

#### 95. Transporte gratuito

Muito se tem escrito sobre o transporte gratuito, benévolo ou de cortesia, sendo também aqui controvertidas as posições tanto na doutrina como na jurisprudência. Para alguns, como Aguiar Dias, fiel à doutrina de Savatier na França e Peretti Griva na Itália (ob. cit., v. I/187-191), a responsabilidade

de do transportador gratuito é contratual, muito embora atenuada mediante prudente apreciação do contrato; outros, como Caio Mário, entendem tratar-se de responsabilidade delitual (ob. cit., pp. 212-213).

O exame da questão, a nosso ver, parte, necessariamente, da distinção que se deve fazer entre transporte aparentemente gratuito e transporte puramente gratuito.

#### 95.1 *Transporte aparentemente gratuito*

Há transporte aparentemente gratuito quando o transportador tem algum interesse patrimonial no transporte, ainda que indireto, como ocorre, por exemplo, no transporte que o patrão oferece aos empregados para levá-los ao trabalho; do corretor que leva o cliente para ver o imóvel que está à venda etc.

Idêntica situação se configura quando o preço do transporte, tido como gratuito, está embutido no valor global da tarifa, ou nos benefícios recebidos, pela empresa transportadora, do Poder Público concedente. Tal é o caso do transporte gratuito assegurado pelo art. 230, § 2º, da Constituição de 1988 aos maiores de 65 anos. Em alguns Municípios esse benefício tem sido estendido aos escolares de primeiro grau etc.

A toda evidência, esse transporte não é gratuito, porquanto tem seu custo incluído no valor global da tarifa e repassado aos demais usuários do serviço. Tanto é assim que a empresa transportadora não opera com prejuízo, buscando, sempre que necessário, o reajuste das tarifas junto ao Poder concedente, para manter a lucratividade do seu negócio.

No transporte apenas aparentemente gratuito em nada se modifica a responsabilidade do transportador. É objetiva e, como já vimos, só pode ser elidida pelo fato exclusivo da vítima, pelo fortuito externo e pelo fato exclusivo de terceiro.

#### 95.2 *Transporte puramente gratuito*

Puramente gratuito é o transporte que é feito no exclusivo interesse do transportado, por mera cortesia do transportador, como no caso de alguém que dá uma carona para um amigo, socorre uma pessoa que está ferida na estrada ou sem meio de condução.

Em que pese às doutes opiniões em contrário, estamos com aqueles que entendem não ser possível aplicar as regras da responsabilidade contratual ao transporte puramente gratuito pela simples razão de não existir, nele, contrato de transporte.

Com efeito, em nosso entender, a onerosidade e a comutatividade são requisitos essenciais do contrato de transporte. O preço do transporte constitui a principal obrigação do passageiro, assim como transportar incólume é a principal obrigação do transportador.

Admite-se, até, que esse preço não seja necessariamente representado em dinheiro, como ocorre no transporte aparentemente gratuito. Mas não há como fugir dessa contraprestação.

Ademais, aquele que oferece gratuitamente o transporte não pretende se vincular a uma vigilância tão severa quanto a daquele que presta o transporte remunerado; nem quem o aceita ou solicita pode exigir do transportador de cortesia os rigores da cláusula de incolumidade. O carona assume os riscos da viagem. Basta lembrar que o prestador do transporte gratuito não poderá ser acionado, com base no contrato, se não cumprir a promessa de transportar, ou se deixar de levar o carona ao seu destino em virtude de avaria no seu veículo, que o impediu de prosseguir viagem.

Daí a colocação muito sensata do professor Caio Mário: “Não me parece de boa fundamentação jurídica que o motorista que faz um obséquio sem auferir qualquer proveito e muitas vezes movido por puro altruísmo (como no caso de conduzir um ferido ou doente apanhado na rua e levado a um hospital) possa ser questionado pelo que venha a ocorrer com a pessoa transportada, e compelido a indenizar pelo dano sofrido pelo passageiro durante o trajeto”.

“Entendo eu – prossegue o Mestre – que, com esse raciocínio, deve sustentar-se alteração conceitual, deslocando-se a ocorrência do terreno da responsabilidade contratual para a aquiliana, com aplicação do art. 159 do Código Civil (...)” (ob. cit., p. 213).

#### 95.3 *O artigo 736 do Código Civil*

O Código Civil acolheu esse entendimento no seu art. 736, que dispõe:

“Art. 736. Não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia.

“Parágrafo único. Não se considera gratuito o transporte quando, embora feito sem remuneração, o transportador auferiu vantagens indiretas.”

Em suma, transporte puramente gratuito não é contrato de transporte.

Que responsabilidade tem aquele que transporta gratuitamente? Na vigência do Código de 1916 essa questão gerou controvérsia na doutrina. Alguns autores consideravam o transporte puramente gratuito um contrato atípico; outros – como Sílvio Rodrigues – sustentavam tratar-se de um con-

trato benéfico, em que o transportador, a quem o contrato não favorece, em caso de inadimplemento responde somente por *dolo*, nos termos do art. 1.057 do Código Civil de 1916.

Reconhecia, todavia, o ilustre Civilista que “seria indesculpável eximir-se o transportador de responsabilidade pelo dano causado ao passageiro que ele conduzia gratuitamente quando este dano derivou de culpa grave de sua parte. Se o desastre decorreu de ato abusivo, tal como a travessia de uma rua principal em alta velocidade, ou se o condutor arriscou-se a atravessar a rua quando o semáforo se encontrava fechado, em hipóteses desse jaez, a culpa grave ao dolo se equipara e deve ser o motorista obrigado a reparar o dano experimentado pelo passageiro, embora o transporte fosse desinteressado” (Sílvio Rodrigues, ob. cit., p. 115).

Em síntese, no entender desse ilustre Civilista, só no caso de culpa leve ou levíssima não seria aplicável o art. 1.057 do Código Civil ao transporte gratuito. Idêntica é a posição do insigne Wilson Mello da Silva (*Da responsabilidade civil automobilística*, p. 214, n. 65).

Nesse sentido consolidou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sintetizada na Súmula n. 145: “No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”.

#### 95.4 Responsabilidade aquiliana

Já partilhei desse entendimento. Em alguns julgamentos sustentei que o transporte puramente gratuito era regulado pelo art. 1.057 do Código Civil de 1916 (atual art. 392), respondendo o transportador só por dolo. Posteriormente, entretanto, meditando sobre outros casos igualmente submetidos a julgamento, fui levado a mudar de posição. Hoje, estou convencido de que a solução justa e correta para o transporte puramente gratuito está na aplicação dos princípios que regem a responsabilidade aquiliana.

Na realidade, quando alguém transporta outrem por mera cortesia, não tem a menor intenção de formalizar um contrato. As circunstâncias que envolvem o fato não caracterizam uma relação contratual, nem configuram vínculo jurídico convencional. Há simples ato de liberalidade.

Por outro lado, quando alguém dá ou aceita uma carona, parece-me inegável que nenhum dos dois tem o propósito de emitir declaração de vontade vinculante; nem se pode equiparar tal conduta à doação ou ao mútuo, típicos contratos gratuitos, a eles, sim, aplicável o art. 392 do Código Civil. O transporte puramente gratuito ou por cortesia ajusta-se como luva à lição de Carlos Alberto da Mota Pinto, na sua excelente *Teoria Geral do*

*Direito Civil*: “Por falta de intenção de efeitos jurídicos nestes termos, distinguem-se os *négocios jurídicos* dos chamados *negócios de pura obsequiosidade*. Estes são promessas ou combinações da vida social às quais é estranho o intuito de criar, modificar ou de extinguir um vínculo jurídico (por exemplo: um convite para um passeio, para um jantar etc.). A falta de vontade de efeitos jurídicos distingue igualmente os negócios jurídicos dos chamados acordos ou *agreements* ou ainda *gentleman's agreements*” (Coimbra, 4ª reimpr., 1980, p. 261).

Com essa linha de fundamentação, o 1º Grupo de Câmaras do Tribunal de Alçada Civil do Rio de Janeiro colocou a questão com absoluta precisão ao decidir os Elnfrs 38/95, dos quais foi relator o eminente Juiz Nilton Mondego de Carvalho Lima:

“O transporte gratuito ou por cortesia não constitui negócio jurídico, mas, apenas, ato não-negocial, no qual a falta de intenção de produzir efeitos jurídicos ressalta de maneira cristalina, não podendo ser confundido, em hipótese alguma, com os contratos unilaterais, o que afasta a incidência da regra do art. 1.057 do Código Civil. [art. 392 do Código de 2002]

“Não havendo declaração vinculante, no momento em que o condutor do veículo oferece tal cortesia, a ‘disposição-chave’ para a solução de danos, causados ao transportado, encontra-se no disposto no art. 159 do Código Civil. [art. 186 do Código de 2002]

“Provada a culpa, em se aplicando a teoria clássica da responsabilidade extracontratual ou aquiliana, na hipótese de contrato benévolo, pacífica se torna a obrigação de indenizar.”

Por outro lado, aplicar o art. 1.057 do Código Civil de 1916 – ou o art. 392 do Código de 2002 –, pelo qual o transportador só responde por *dolo*, importa colocar o *carona*, que, de certa forma, confiou em quem lhe ofereceu o transporte, em situação jurídica pior que a do pedestre eventualmente atropelado pelo mesmo motorista.

Aliás, foi um caso concreto assim que me levou a repensar a questão. Trafegando imprudentemente, com excesso de velocidade, o motorista atropelou e matou um pedestre; a seguir, com o veículo desgovernado, bateu num poste, ferindo gravemente o companheiro que estava no banco ao lado. Aplicando-se o art. 1.057 do Código Civil, esse motorista só responderia por dolo em relação ao carona, muito embora por culpa em relação ao pedestre, com base na responsabilidade delitual. Isso, *data venia*, não faz sentido, posto que coloca o carona, como acima dito, em situação jurídica pior que a do pedestre.

Atente-se, ainda, para a circunstância de ter sido o motorista processado e condenado no Crime pela morte do pedestre e lesão corporal do

carona. Ora, a condenação penal torna certa a obrigação de reparar o dano, consoante o art. 91, I, do Código Penal. A sentença penal condenatória, transitada em julgado, constitui título executivo judicial (Código de Processo Civil, art. 584, I; Código de Processo Penal, art. 63). Pois bem: tendo sido o motorista condenado no Crime pela lesão corporal culposa causada no carona, como exonerá-lo de responsabilidade no Cível por não ter agido com dolo? Seria atentar contra vários dispositivos legais e até contra a própria coisa julgada.

*Data venia* dos ilustres Civilistas citados, reputo forçar o texto do art. 1.057 do Código Civil – ou o art. 392 do Código de 2002 – equiparar a culpa, ainda que grave, ao dolo. Culpa é culpa, e dolo é dolo; não se confundem, como demonstrado no capítulo em que os estudamos. Esse artigo só fala em *dolo*; logo, não pode ser aplicado no caso de culpa. Há de se concluir, destarte, que o art. 392 do Código Civil, tal como o art. 1.057 do Código revogado, só é aplicável a certos tipos de contratos gratuitos, como a doação pura, o comodato etc.

A solução juridicamente correta, como se vê, é a aplicação dos princípios da responsabilidade aquiliana ao ilícito decorrente do transporte gratuito, posto que não se configura, na espécie, o contrato de transporte, nem contrato benéfico passível de enquadramento quer no art. 392 do Código Civil, quer no art. 1.057 do Código revogado.

### 95.5 Transporte clandestino

Tem-se o que podemos chamar de transporte clandestino naquele em que uma pessoa se introduz num veículo sem o conhecimento do condutor, viaja burlando a vigilância da fiscalização, penetra na estação de embarque sem passar pela roleta etc. É claro que a clandestinidade tem que ser provada, cabendo o ônus a quem a alega. Em tais casos não se pode falar em transporte gratuito, porque o transportador não admite o transportado, nem toma conhecimento de sua pessoa.

Exemplo típico de transporte clandestino é aquele noticiado pela imprensa internacional, recentemente. No aeroporto de Roma, um rapaz foi encontrado morto no compartimento do trem de pouso de uma aeronave. Burlando a vigilância dos responsáveis pela fiscalização aqui no aeroporto do Rio de Janeiro, a infeliz vítima conseguiu penetrar na aeronave e se esconder no lugar onde o seu corpo foi encontrado, completamente congelado.

Despiciendo dizer que não se pode responsabilizar o transportador pelo dano sofrido pelo viajante clandestino, nem com base na responsabilidade contratual, porque não há contrato, nem na delitual, por isso que o

evento decorre do fato exclusivo da própria vítima. O transporte é apenas a ocasião do evento, e não a sua causa.

Somente se resultar provado que a omissão injustificada do transportador concorreu efetivamente para o evento, por falta de atenção e cuidado, eventualmente poderá ser concorrentemente responsabilizado (culpa concorrente).

### 96. A cláusula de não indenizar

Vamos dedicar um capítulo à cláusula de não indenizar, quando, então, teremos oportunidade de estudá-la detalhadamente. Registre-se, por ora, que a Súmula da jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, consubstanciada no verbete n. 161, não admite essa cláusula no contrato de transporte de passageiro. “Em contrato de transporte – diz a Súmula – é inoperante a cláusula de não indenizar”. Uma vez mais a Súmula foi transformada em lei no art. 734 do Código Civil, que considera “nula qualquer cláusula excludente de responsabilidade”.

### 97. Responsabilidade do transportador aéreo

Divide-se o transporte aéreo em internacional e interno ou nacional. O primeiro é disciplinado pela Convenção de Varsóvia, de 12 de outubro de 1929, ratificada por mais de uma centena de países, recebida no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto n. 20.704, de 24 de novembro de 1931. A Convenção de Varsóvia sofreu emendas do Protocolo de Haia, datado de 28 de setembro de 1955. O transporte aéreo interno, presentemente, é regulado pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Ambos, entretanto, transportador aéreo nacional e internacional, por serem prestadores de serviços públicos, estão também subordinados ao Código do Consumidor naquilo que a sua disciplina inovou, como adiante haveremos de destacar.

#### 97.1 Transporte aéreo internacional

O art. 1º da Convenção de Varsóvia caracteriza como transporte internacional aquele cujos ponto de partida e ponto de destino, haja ou não interrupção de transporte ou baldeação, estejam situados no território de duas Altas Partes Contratantes, ou mesmo no de uma só, havendo escala prevista em território sujeito à soberania ou autoridade de outro Estado, seja ou não contratante.