

Exoneração de Responsabilidade em Contratos de Transporte

Exoneration of Liability in Transport Contracts

João Paulo Capelotti*

Resumo

A cláusula de não-indenizar procura inverter o que normalmente ocorre na responsabilidade civil contratual, já que desvirtua o direito do credor de ser indenizado pelos danos advindos da má execução do contrato. É sabida sua larga aplicação em contratos de transporte, não obstante vedações legais, o que ganha contornos de abuso, tanto sob a ótica do Código Civil quanto pelo Código de Defesa do Consumidor. Analisam-se, então, outros meios de se ver o transportador exonerado da responsabilidade através do rompimento do nexo de causalidade, notadamente nas hipóteses de caso fortuito e força maior. Mostra-se a discussão doutrinária a respeito da equiparação ou não dos termos e a discutível aplicação dos institutos no direito do consumidor. Aborda-se, ainda, a limitação da responsabilidade prevista na Convenção de Varsóvia e as dúvidas de responsabilizar ou não o transportador com relação a episódios de violência durante a execução do contrato.

Palavras-Chave: Contrato de transporte. Cláusula de não-indenizar. Caso fortuito. Força maior. Nexo de causalidade.

Abstract

The non-compensation clause tends to invert what normally happens in contractual liability, since it changes the right of the creditor to get a compensation for the damages emanated from the bad execution of the contract. It is known the significant utilization of the non-compensation clause in the transport contracts, despite the legal prohibitions. That is considered abusive by the Civil Code and also by the Consumer's Defense Code. Other ways to exonerate the supplier's liability are being analyzed, such as the breaking of the nexus of causality, especially in the cases of unpredictable facts and results of the actions of a higher power. The doctrinarian discussion about the equalization or not of such terms is shown, and also the discussable utilization of these institutes in the consumer's rights. It is also discussed the limits of the transporter's liability allowed in the Warsaw Convention, and the doubts about the liability of the transporter in face of the violent episodes occurred during the execution of the contract.

Key words: Transport contract. Non-compensation clause. Unpredictable facts. Actions of a higher power. Nexus of causality.

^a Discente do curso de Direito da Universidade Estadual Paulista (UNESP). E-mail: joao.capelotti@gmail.com.

* Endereço para correspondência: Rua José Chediak, 29. Vila Monteiro, CEP 14401-144, Franca – SP.

1 Introdução

O artigo busca fornecer um panorama geral do problema da exoneração de responsabilidade em contratos de transporte, meio de defesa do transportador chamado a indenizar, que se manifesta basicamente de duas formas: através da cláusula de não-indenizar e através das excludentes de responsabilidade (prova da inexistência do dano ou do nexo de causalidade).

O cumprimento dos objetivos do trabalho passa por uma abordagem geral dos componentes do tema: após um rápido olhar sobre o contrato de transporte e os elementos centrais da responsabilidade civil do transportador, disserta-se a respeito dos mecanismos para elidir essa responsabilidade. De um lado, há os traços abusivos da cláusula de não-indenizar; de outro, as discussões em torno do caso fortuito e da força maior como dirimentes da responsabilidade civil, notadamente quando o contrato de transporte é encarado como espécie de contrato de consumo.

A cláusula de não-indenizar, instituto do direito civil clássico, conhecido desde o direito romano, como uma das

emanações da autonomia da vontade, está cada vez mais na ordem do dia, ainda que à espreita. Em que pese a expressa nulidade da cláusula, proclamada por diversos diplomas legais, ela aparece com frequência em nosso cotidiano – e quase nunca é notada. Como observou Marques (2002), o conhecimento do conteúdo abusivo da cláusula é posterior à lesão. O abandono das vítimas à própria sorte, suportando o prejuízo irressarcidas, é algo que vai contra a evolução do direito civil ocidental – que foi no sentido de indenizar os prejuízos injustamente sofridos, ainda que não injustamente causados (CARLUCCI; PARELLADA *apud* PAULA, 2007). A cláusula de não-indenizar não se coaduna com o caráter adesivo conferido à grande maioria dos contratos de transporte celebrados no dia-a-dia. Mais que isso, não se presta a desconstruir responsabilidade objetiva, já que instituto destinado a minar a culpa no descumprimento da obrigação.

Por outro lado, a polêmica em torno do caso fortuito e da força maior, principais mecanismos do rompimento do nexo de causalidade, resta até hoje não resolvida pelos tribunais e pela doutrina que, ainda longe de estabelecer conceitos razoavelmente unânimes dos termos, discute seu sentido e alcance, principalmente nos episódios de violência urbana que assolam o país. Roubos, furtos, depredações e assassinatos já teriam se tornado tão comuns a ponto de obrigarem o

transportador a responder por eles? Ou o dever do Estado de promover a segurança e as constantes ameaças à vida dos operadores de transporte, ainda se prestam a justificar que onexo de causalidade entre o dano e o transportador se veja rompido?

São estes os pontos discutidos neste artigo, breve dissertação que busca um panorama geral do tema e a suscitação de tópicos cuja provocação se entendeu pertinente.

2 O Contrato de Transporte

Contrato de transporte é aquele em que a obrigação principal é o recebimento de pessoas ou coisas para conduzi-las e restituí-las na chegada ao destino (DIAS, 1976). Para tanto, “não basta trabalhar para o deslocamento do objeto previsto no contrato. É indispensável que o transportador o faça chegar ao ponto convencionado. Sem isto o contrato não terá sido cumprido”. Trata-se, pois, de uma obrigação de resultado, cujo inadimplemento gera responsabilidade contratual fixada em lei, objetiva, e, portanto, independente de culpa (AZEVEDO, 2001, p. 193).

De acordo com Gonçalves (2008), o Código Civil tem caráter subsidiário em relação ao Código de Defesa do Consumidor no que tange à prestação de serviços, por força do art. 593; no caso do fornecimento de transporte, porém, que é espécie de prestação de serviço, o CC inverteu o critério e conferiu caráter subsidiário ao CDC (art. 732).

No entanto, nos parece, conforme salienta Amaral Júnior (1999, p. 72),

que o contrato de transporte, seja de pessoa, seja de coisa, sempre que perfaça as características da relação jurídica de consumo se encontra sob o império do Código de Defesa do Consumidor.

O transporte gratuito, por sua vez, não sendo atividade remunerada fornecida ao mercado de consumo, não é alcançado pelo CDC, mas regido pelo direito comum.

3 Responsabilidade e Contrato de Transporte

A responsabilidade civil do transportador em relação às coisas e objetos por ele transportados é claramente contratual, pois subjacente ao descumprimento de um negócio jurídico anterior, e não ao dever geral de não lesar a ninguém fundamento da responsabilidade aquiliana. É claro, porém, que a responsabilidade do transportador no que diz respeito a danos produzidos a terceiros ou a bens de terceiros – por exemplo, o motorista de ônibus que atropela um transeunte que cruzava a faixa de pedestres – é solucionado pelas regras gerais de responsabilidade civil combinadas com a legislação pertinente (no exemplo citado, com o Código de Trânsito brasileiro).

A lei prevê que a responsabilidade do transportador opera independentemente de culpa. Ou seja: a lei previu a responsabilidade objetiva nos contratos de transporte, de forma não meramente supletiva da vontade das partes, mas,

antes, vinculativa e inderrogável pela vontade das partes.

A responsabilidade do transportador com as coisas e pessoas sob sua custódia recebe tratamento especial desde a Roma antiga. Ao ser bastante reconhecido o predomínio da responsabilidade fundada na culpa do causador do dano, havia, em algumas situações excepcionais, verdadeira responsabilidade objetiva, tal qual registram fragmentos do Digesto (PAULA, 2007). As obrigações *ex quae delicto* não implicavam culpa do devedor, que ficava obrigado mesmo sem ter causado o fato, voluntária ou involuntariamente. O transportador respondia, tal qual o hoteleiro, pelo furto sofrido por seus passageiros ou hóspedes, quem quer que fosse o autor do furto, e independentemente de culpa (*actio furti adversus nautas, camponis, stabularius*) (MARKY, 1995). A responsabilidade de ambos é acentuada em virtude da transferência da guarda e da confiança depositada no transportador e no hoteleiro durante o período em que as pessoas e coisas estão sob seus cuidados. As afinidades entre o contrato de transporte e o de depósito são tais que, pelo art. 751 do Código Civil, a coisa depositada ou guardada nos armazéns do transportador, em virtude do contrato de transporte, rege-se-á, no que couber, pelas disposições relativas ao depósito. Tal qual o depositário, salvo motivo de força maior, o transportador responde pela perda ou deterioração da coisa (art. 753).

A responsabilidade do transportador, assim, não é elidida por cláusula de não-indenizar, nem fato de terceiro, contra o qual há ação regressiva. A responsabilidade fica excluída apenas pela ocorrência de força maior.

4 A Cláusula de Não-Indenizar

A cláusula de não-indenizar e a cláusula de limitação da responsabilidade são dispositivos apostos aos negócios jurídicos pelos quais, respectivamente, estabelece-se a exoneração ou limitação da responsabilidade contratual das partes. Por outras palavras, fica excluída a responsabilidade por eventuais danos causados, ou limita-se a indenização a certo montante. Normalmente, caberia ao causador do dano o dever de reparar os prejuízos. “Por seu intermédio, no entanto, é estipulada, antes mesmo da ocorrência do delito, a total ou parcial supressão do dever de reparar imposto pela norma legal” (AMARAL JÚNIOR, 1999, p. 67).

A cláusula de não-indenizar restringe, assim, o princípio da reparação integral, pois impede que sejam ressarcidos todos os prejuízos sofridos pela vítima. O resultado é a “paralisia do direito a indenização” (AMARAL JÚNIOR, 1999, p. 68).

As denominações “cláusula de irresponsabilidade” e “cláusula de não responsabilidade”, tão ou mais conhecidas que “cláusula de não-indenizar”, não deixam de carregar certa imprecisão, pois a cláusula “não suprime a responsabilidade, porque não a pode eliminar, como não se elimina o eco. O que se afasta é a obrigação derivada da responsabilidade, isto é, a reparação” (CARVALHO SANTOS, 1947, p. 311).

De fato, tecnicamente, as partes não podem negociar sobre sua responsabilidade, mas apenas sobre a reparação, que é consequência da responsabilidade. A cláusula estipula apenas a ausência de reparação ao dano.

A cláusula pode ser estipulada apenas previamente. A preexistência da cláusula ao surgimento da responsabilidade é uma de suas características principais. Depois de verificado o dano, a supressão da responsabilidade deve ser buscada nas outras formas admitidas pelo direito – isto é, nas *causas* de exoneração de responsabilidade (DIAS, 1983a).

Acerca do objeto da cláusula, vale lembrar que não se trata da exoneração do ônus contratual, visto que não se afasta o dever de prestar – o contrato continua válido; as estipulações continuam obrigatórias. O que fica pactuado é que, se o devedor não as cumpre, nada lhe pode ser exigido a título de perdas e danos, com fundamentos no inadimplemento (CARVALHO SANTOS, 1947). Pacto que isentasse o devedor de cumprir a obrigação seria contraditório e nulo (ALVIM, 1965).

Após alguma polêmica na doutrina e na jurisprudência, assentou-se que a cláusula de não-indenizar tem aplicação restrita ao âmbito da responsabilidade contratual, não se estendendo aos casos de responsabilidade extracontratual ou aquiliana, que tem como excludentes *causas* como caso fortuito e força maior. Assim, “não se pode estabelecer cláusula de não indenizar os danos derivados de responsabilidade extracontratual” (NERY JÚNIOR, 2004, p. 565).

Para Dias (1976), a cláusula surgiu com o escopo de contrabalançar o “assombroso desenvolvimento do sistema da responsabilidade civil” verificado atualmente. Foi uma das soluções encontradas pelos juristas, ao lado do seguro de responsabilidade civil e da cláusula de limitação de responsabilidade, para o confronto de dois interesses opostos: de um lado, o de proporcionar às vítimas de dano, cada vez mais numerosas, a reparação capaz de restaurar real ou idealmente o *status quo* desfeito pelo autor do evento danoso; e, de outro, o de evitar que, por demasiado empenho em ver satisfeita a primeira preocupação, se converta o mecanismo da responsabilidade civil em aniquilamento da iniciativa privada, ferindo, conseqüentemente, a própria comunidade, a quem essa atividade interessa e beneficia.

Não é expressamente prevista no sistema do Código Civil. Não há artigo que trate dela no diploma de 2002. Sua utilização fica inferida pelo disposto no art. 840 (que manteve a redação do art. 1.025 do Código de 1916), que estatui que “é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”. A cláusula de não-indenizar não seria mais que isso: uma forma de prevenir ou encerrar litígios acerca da responsabilidade. Em última análise, é a própria vítima que “renuncia qualquer satisfação econômica em face dos erros” de seu devedor (FERNANDES, 1943, p. 174).

No âmbito das relações fornecedor – consumidor pessoa física, porém, tal cláusula é nula de pleno direito (CDC, art.

51, I). Sendo o consumidor pessoa jurídica, a lei permite a limitação da responsabilidade em situações justificáveis, mas nunca sua exclusão. O combate à cláusula de não-indenizar também é feito pelo art. 25 do CDC, que expressa: “É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar nesta seção e nas seções anteriores”.

Os perigos da cláusula de não-indenizar em contratos de adesão foram bem delineados por Ripert e Boulanger (s.d., p. 506):

Debe temerse que sean impuestas por el contratante más fuerte, en los contratos llamadas de adhesión. La otra parte, forzada a aceptarlas, obtiene así un crédito sin gran valor. El contrato no tiene para ella la utilidad que podía esperar y sin embargo está forzada a contratar, si se trata de contratos usuales tales como los de transporte y seguro, por ejemplo.

CDC é lei de ordem pública e interesse social; suas normas de proteção ao consumidor não podem ser modificadas por convenção entre as partes. A tutela do consumidor, alçada a direito fundamental dos brasileiros tem o caráter de irrenunciabilidade que torna um contrassenso a admissão da cláusula nos contratos de adesão e de consumo. Dai que, não bastasse a vedação expressa da lei, simples interpretação sistemática não conduziria a outro resultado.

5 Cláusula de Não-Indenizar em Contratos de Transporte

O transporte marítimo é o mais antigo campo de aplicação da cláusula de não-indenizar. Os ingleses traziam em seus conhecimentos de frete:

The acts of God, King's enemies, fire and all every other damages and accidents of the sea, rivers, and navigation of whatever nature and kind so ever, during the said voyage, always excepted (DIAS, 1976, p. 171).

Em tradução livre os atos de Deus [correspondentes, grosso modo, à força maior], dos inimigos do Rei [piratas e nações em guerra com a Inglaterra], do fogo, e todos os outros danos e acidentes do mar, dos rios e navegações que qualquer natureza e tipo, durante a referida viagem, se excepcionam sempre).

A reação a essas estipulações teve no *Harter Act* norte-americano, de 1º de julho de 1893, um de seus pontos altos:

Art. 1º. Ao administrador, agente, capitão ou armador de qualquer navio que transporte mercadorias (*merchandise or property*) dos ou para os portos dos Estados Unidos, não é lícito inserir nos conhecimentos ou outros papeis de embarque qualquer cláusula, estipulação ou convenção pela qual se exonerem da responsabilidade das perdas e avarias resultantes da culpa (*negligence, fault or failure*) no carregamento, estiva, guarda, cuidado ou entrega convenientes da mercadoria legítima a eles confiada. Todas e quaisquer palavras e cláusulas com esse intuito inseridas nos conhecimentos ou nos recibos de embarque serão nulas e sem efeito (DIAS, 1976, p. 176-177).

O direito brasileiro também reagiu. No que diz respeito

ao transporte de pessoas, o Decreto legislativo nº 2.681/1912, estatuiu em seu art. 17 que

As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte morte, ferimento ou lesão corpórea. A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas:

I – caso fortuito ou força maior;

II – culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada.

Não se pode dizer que o dispositivo trabalha com responsabilidade objetiva, eis que menciona culpa do transportador, ainda que presumida. Trata-se, portanto, de uma responsabilidade subjetiva mais agravada. O espírito, porém, era desde já facilitar eventual acionamento do Judiciário pelo passageiro-vítima, pois a presunção acabava por isentá-lo de ter de provar a culpa do transportador. Como bem se argumentou,

aos particulares é difícil, senão impossível, provar essa culpa. Para isso seria necessário, quase sempre, penetrar a organização íntima da empresa. À estrada é, pelo contrário, facilmente exercitável a defesa, desde que tenha alguma, pois dispõe de elementos em que se pode basear (DIAS, 1983a, p. 206).

Ainda que o Decreto nº 2.681 tenha esboçado significativa proteção ao usuário do transporte das estradas de ferro, prevendo responsabilidade praticamente integral do transportador, é certo houve inegável avanço com a promulgação do CDC, que abrange todas as relações de consumo – aí incluído o transporte coletivo. Da responsabilidade subjetiva com culpa presumida, o sistema passou a adotar, pura e simplesmente, a responsabilidade objetiva do transportador pela segurança e incolumidade dos passageiros.

De toda sorte, se adotada a disposição literal do Código – art. 732 – ainda que haja controvérsia no caso do transporte-relação de consumo, o CC também adota regras severas quanto à responsabilidade do transportador. O art. 733 expressa que ele responde pelos danos causados a pessoas e coisas. O art. 734 explica melhor essa responsabilidade, dando-lhe ares de objetivação: não fazendo menção à culpa, o art. 734 demonstra que

no contrato ajustado com o passageiro há sempre uma cláusula de incolumidade. A responsabilidade prescinde da verificação de culpa, sendo suficiente a comprovação da relação de causalidade entre a atividade do transporte e o dano (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 21).

O artigo citado ainda veda as cláusulas de exclusão de responsabilidade, sob pena de nulidade, mas estabelece a força maior como causa de exoneração. Isso porque, segundo Theodoro Júnior (2003), a responsabilidade do transportador é objetiva, mas não é absoluta. É o que já previa a Súmula nº 161 do STF, embora o tribunal, a rigor, a considerasse inoperante (ineficaz).

O parágrafo único do art. 734 faculta ao transportador a exigência de declaração do valor da bagagem a fim de limitar

o valor da indenização. A limitação da responsabilidade, entretanto, não é admitida se o evento danoso tiver sido provocado por dolo ou culpa grave do transportador ou seu preposto.

Adverte Venosa (2006), ante a declaração do valor da bagagem feita ao transportador, para fixação do limite da indenização, cabe ao passageiro, se lhe for conveniente, contratar seguro pelo valor não coberto pelo transportador. No entanto, a limitação não pode chegar ao ponto da inocuidade, sob pena de a cláusula ser considerada abusiva.

A responsabilidade do transportador abrange também os danos causados ao passageiro por acidentes de trânsito. Ao transportador, contudo, a lei garante ação de regresso contra o causador do desastre. O art. 735 do CC, aliás, repete *ipsis litteris* o teor da Súmula nº 187 do Supremo Tribunal Federal. A doutrina entende que, quando equiparado à força maior, tamanha sua anormalidade, esse fato de terceiro elide o dever de indenizar. A responsabilidade fica preservada, na esteira do que dispõem a súmula e o código, se “a atitude do terceiro se apresentar como risco natural do transporte” – após cumprir seus deveres com a vítima, o transportador fica livre para a ação regressiva (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 22).

O Supremo Tribunal Federal assentou, na Súmula nº 145, que no que transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou em culpa grave. Isso significa que, quando é leve a culpa do transportador desinteressado, ele não responde pelos danos causados ao carona no acidente ocasionado por ele. O Código Civil positivou esse entendimento jurisprudencial no art. 736, mas ressaltou no parágrafo único que não se considera gratuito o transporte quando, embora feito sem remuneração, o transportador auferir vantagens indiretas.

Entende-se que o dever de segurança entre o transportador e o transportado constitui elemento categorial inderrogável do contrato de transporte.

A cláusula de incolumidade é inerente ao contrato de transporte de pessoas. Quem utiliza um meio de transporte regular celebra com o transportador uma convenção cujo elemento essencial é a sua incolumidade, isto é, a obrigação, para o transportador, de levá-lo são e salvo ao lugar do destino (DIAS, 1983a, p. 198).

Além do argumento a respeito da invalidade da cláusula de não-indenizar em contratos de transporte, por força de normas do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, há outro argumento pela inaplicabilidade da cláusula em contratos de transporte.

Versando sobre a culpa do devedor na inexecução ou na má execução da obrigação, a cláusula de não-indenizar diz respeito a elemento estranho à responsabilidade objetiva. Restam incólumes os dois requisitos da responsabilidade objetiva, o dano e o nexo de causalidade. A mera dicção de que não haverá indenização é irrelevante.

Sendo objetiva, a responsabilidade do transportador/fornecedor só é apagada se desqualificados seus componentes, o dano e o nexo de causalidade. A inexistência do dano e da relação de causalidade, assim, são *causas* de exoneração de responsabilidade consentidas pelo direito do consumidor – situações que interferem na equação de responsabilização do fornecedor, ao contrário da cláusula de não-indenizar, que não a modifica.

5 O Problema da Limitação da Responsabilidade no Transporte Aéreo

O transporte aéreo foi objeto de tratado celebrado em 12 de outubro de 1929, em Varsóvia, na Polônia, introduzido no direito brasileiro pelo Decreto 20.704/1931. A Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional foi emendada pelo Protocolo celebrado na Haia, em 28 de setembro de 1955 (recebida no Brasil pelo Decreto 56.463/1965), e posteriormente por dois Protocolos assinados em Montreal, em 25 de setembro de 1975. O Decreto 2.860, de 7 de dezembro de 1998, promulgou os Protocolos de Montreal, que deram nova redação ao art. 22 da Convenção, conforme transcrito a seguir:

1. No transporte de passageiros, limita-se a responsabilidade do transportador à quantia de 8.300 Direitos Especiais de Saque por passageiros. Se a indenização em conformidade com a lei do tribunal que conhecer da questão, puder ser arbitrada em constituição de renda, não poderá o respectivo capital exceder aquele limite. Entretanto, por acordo especial com o transportador, poderá o passageiro fixar em mais o limite de responsabilidade.

2. No transporte de bagagem despachada ou de mercadorias, limita-se a responsabilidade do transportador à quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, salvo declaração especial de valor, feita pelo expedidor no momento de confiar os volumes ao transportador, e mediante o pagamento de uma eventual taxa suplementar. Neste caso fica o transportador obrigado a pagar até a importância da quantia declarada, salvo se provar ser está superior ao valor real da bagagem despachada ou da mercadoria.

3. Quanto aos objetos que os passageiros conservarem sob sua guarda, limita-se a responsabilidade do transportador a 332 Direitos Especiais de Saque por passageiro.

4. As quantias indicadas neste artigo em Direitos Especiais de Saque consideram-se referentes ao Direito Especial de Saque, tal como definido pelo Fundo Monetário Internacional.

Nota-se que o tratado permite que as empresas aéreas estipulem cláusulas de limitação de sua responsabilidade em relação aos passageiros e seus bens transportados. Isso se afigurava até justificável na época em que a Convenção foi celebrada, com o transporte aéreo ainda incipiente. Os defensores dessas cláusulas viam em sua utilização uma forma de “encorajar empreendimentos aventureiros e, conseqüentemente, de concorrer para maior difusão de atividades no campo aeronáutico” (MOTA, 1978, p. 13).

Muito se discutiu sobre o choque, as disposições da Convenção de Varsóvia e do Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA – Lei nº 7.565/1986), que incorporou disposições da convenção com o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

O CBA consagra, em seu Título VIII, diversas hipóteses de limitação de responsabilidade. O art. 257 prevê que a responsabilidade do transportador, em relação a cada passageiro e tripulante, limita-se, no caso de morte ou lesão, ao valor correspondente, na data do pagamento, a 3.500. Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, e, no caso de atraso do transporte, a 150 (cento e cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, ressalvando, no § 1º, que poderá ser fixado limite maior mediante pacto acessório entre o transportador e o passageiro.

O art. 260, por sua vez, informa que a responsabilidade do transportador por dano, conseqüente da destruição, perda ou avaria da bagagem despachada ou conservada em mãos do passageiro, ocorrida durante a execução do contrato de transporte aéreo, limita-se ao valor correspondente a 150. Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, por ocasião do pagamento, em relação a cada passageiro.

O art. 262 trata da carga: No caso de atraso, perda, destruição ou avaria de carga, ocorrida durante a execução do contrato do transporte aéreo, a responsabilidade do transportador limita-se ao valor correspondente a 3 Obrigações do Tesouro Nacional - OTN por quilo, salvo declaração especial de valor feita pelo expedidor e mediante o pagamento de taxa suplementar, se for o caso (artigos 239, 241 e 244).

Para os terceiros na superfície (art. 269), a responsabilidade do explorador estará limitada: I - para aeronaves com o peso máximo de 1.000kg (mil quilogramas), à importância correspondente a 3.500 OTN - Obrigações do Tesouro Nacional; II - para aeronaves com peso superior a 1.000kg, à quantia correspondente a 3.500 OTN - Obrigações do Tesouro Nacional, acrescida de 1/10 (um décimo) do valor de cada OTN - Obrigação do Tesouro Nacional por quilograma que exceder a 1.000.

O legislador ressalva que tais limites não se aplicam se provado que o dano resultou de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos (art. 248). Na oportunidade, veda o estabelecimento de cláusulas tendentes a exonerar a responsabilidade do transportador, ou a limitá-la a patamares inferiores ao do CBA, embora a invalidade da cláusula não acarrete a do contrato (art. 247).

A Convenção de Varsóvia prevê limitação à responsabilidade do transportador de passageiros, mas, por outro lado, veda a exoneração completa da responsabilidade e a indenização em valores inferiores aos lá previstos. Prevê, ainda, que os casos de dolo e culpa grave não são beneficiados pela limitação convencionada. Há presunção de culpa do transportador em relação aos acidentes ocorridos no interior da aeronave. Para desfazê-la, o transportador deve provar que tomou as medidas necessárias ou que foi impossível tomá-las.

A publicação do CDC em 1990 trouxe uma aparente superposição de normas aplicáveis aos casos de responsabilidade no transporte aéreo dividiu opiniões. Para uns, não havia dúvida sobre a aplicação do CBA e da Convenção de Varsóvia. Em relação ao primeiro, argumentava-se que, sendo lei geral sobre as relações de consumo, o CDC não poderia prevalecer sobre a lei específica editada sobre o transporte aéreo – seria a inteligência do princípio de lei especial prevalece sobre a geral. Quanto à segunda, postulava-se que os tratados internacionais de que o Brasil é parte devem prevalecer sobre a legislação interna, revogando-se os dispositivos com eles incompatíveis (AMARAL JÚNIOR, 1999).

Essa orientação contraria os dispositivos constitucionais concernentes à proteção do consumidor (art. 5º, XXXII; art. 170, V), alocados em setores fundamentais da Carta de 1988. São também expressões das funções negativa e positiva dos princípios constitucionais: assim, além de não admitir qualquer violação, tais princípios ainda informam materialmente os atos dos poderes públicos. De modo que a legislação infraconstitucional deve guardar plena harmonia com o princípio da defesa do consumidor. Quando isso não acontecer, a norma inferior é inconstitucional, circunstância que a torna insuscetível de aplicação ao caso concreto. Daí porque, na opinião de Amaral Júnior (1999), os artigos do CBA relativos ao limite de indenização foram revogados pela atual Constituição.

O CDC, ainda, é lei específica de todas as relações de consumo, sempre que esse conceito se amoldar ao da situação de fato. Com os contratos de transporte aéreo isso não deixa de acontecer – trata-se visivelmente de uma relação de consumo, regida por lei de ordem pública, de aplicação imperativa.

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendia aplicáveis a Convenção e o CBA. Mas a Corte mudou sua orientação a partir do ano 2000, quando acolheu os argumentos sintetizados acima: considerou aplicável o CDC por ser lei especial que regula direito fundamental (art. 5º, XXXII, da CF). O STJ entendeu que o CDC não revogou o CBA, mas apenas decidiu que a limitação não prevalece nas relações de consumo, que prevê indenização ilimitada.

Confira-se a respeito:

Responsabilidade civil. Transporte aéreo. Extravio de mercadoria. Indenização tarifada. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. Tratando-se de relação de consumo, prevalecem as disposições do Código de Defesa do Consumidor em relação à Convenção de Varsóvia. Derrogação dos dispositivos desta que estabelecem a limitação da responsabilidade das empresas de transporte aéreo. Recurso especial não conhecido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp. 257.699-SP. Rel. Min. Barros Monteiro, j. 05.12.2000, publ. DJ 19.03.2001, p. 115).

Transporte aéreo. Extravio de mercadorias. A indenização pelo extravio de mercadorias no transporte aéreo já não é mais limitada após o Código do Consumidor. Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma.

REsp. 76.855-SP. Rel. Min. Ari Parglender, j. 26.09.2000, publ. no DJ de 18.12.2000, p. 181).

Responsabilidade Civil. Transportador. Limitação de Indenização. Código de Defesa do Consumidor. Convenção de Varsóvia. Editada lei específica, em atenção à Constituição (art. 5º, XXXII), destinada a tutelar os direitos do consumidor, e mostrando-se irrecusável o reconhecimento da existência de relação de consumo, suas disposições devem prevalecer. Havendo antinomia, o previsto em tratado perde eficácia, prevalecendo a lei interna posterior que se revela com ele incompatível. Recurso conhecido e não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp. 169.000-RJ. Rel. Min. Paulo Costa Leite, j. 04.04.2000, publ. no DJ de 14.08.2000, p. 164).

O Supremo Tribunal Federal também adotou essa orientação. Para a Corte, a Convenção ofende o art. 5º da Constituição Federal ao colocar limites à indenização por danos materiais e não prever, nem na forma tarifada, os danos morais. Os decretos que introduziram a Convenção e suas sucessivas modificações no ordenamento jurídico interno, assim, discutiriam a supremacia da própria Constituição. Como advertiu o ministro Francisco Rezek, em voto-vista, a garantia da reparação tem estatura constitucional entre nós, e o conflito há de ser resolvido sempre em favor da Constituição (BRASIL, 1997).

A conclusão, por conseguinte, é de que:

Os danos pessoais e os danos à bagagem, sem restrição, encontram-se inteiramente cobertos, sendo abusiva a cláusula contratual que vise a eliminar a responsabilidade do transportador aéreo. Vale acrescentar, ainda, que os terceiros que estejam na superfície e tenham sido lesados em virtude da ocorrência do acidente aéreo poderão recorrer ao Código de Defesa do Consumidor para obter ampla reparação de danos. O art. 17 estabelece que, ‘para os efeitos desta seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento’. As vítimas do acidente são, assim, consumidores por equiparação, merecendo por isso o tratamento que o Código dispensa a todos os consumidores (AMARAL JÚNIOR, 1999, p. 75).

7 Causas de Exclusão da Responsabilidade

Segundo Dias (1983b, p. 154), “em princípio, deve ser ressarcido o dano cuja causa eficiente está em uma pessoa determinada, mediante participação comissiva ou omissiva”. Escapam, contudo, à esfera da responsabilidade os fatos que não podem ser atribuídos a ninguém e os que, mesmo imputados a alguém, não empenhem a sua responsabilidade, em virtude de determinação legal.

As excludentes de responsabilidade civil são aquelas hipóteses em que não se exige reparação do causador do dano, por conta da inexistência de nexos causal, ou por situações em que esse dano se afigurou justificável pelo legislador, como o exercício regular de um direito e a legítima defesa. São elas de grande relevância, notadamente nos casos de responsabilidade objetiva, para os quais são praticamente as únicas formas de defesa.

As excludentes são entendidas como fatores exógenos que atuam sobre o nexo de causalidade. São “fatos ou atos jurídicos, naturais ou voluntários”, que têm por efeito “a exclusão da responsabilidade do agente em decorrência do desenvolvimento de liame causal atrelado ao dano, liame esse distinto e autônomo ao imputado ao agente” (PAULA, 2007, p. 89-90).

8 Caso Fortuito e Força Maior

Preleciona o art. 393 do Código Civil que o devedor não responde por prejuízos oriundos do caso fortuito e da força maior, se não houver por eles expressamente se responsabilizado. O parágrafo único do artigo citado traz caso fortuito e força maior como sinônimos, ao convergir ambos na definição única de fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Embora frequentemente sejam apresentados em conjunto, caso fortuito e força maior são também distinguidos de várias maneiras:

No primeiro grupo, enquadraríamos aquelas teorias que, apesar de diferenciar ambas as categorias, sustentam que estes produzem os mesmos efeitos, em especial, um critério muito clássico sobre o caso fortuito, de que este adviria da obra de acidentes naturais, enquanto que força maior seria o fato de um terceiro, pelo qual o devedor não deve responder, como, por exemplo, o fato do príncipe. Para outra vertente, este critério é totalmente contrário. A atuação dos elementos naturais extraordinários define a força maior, enquanto que a intervenção do homem seria caso fortuito. Mais moderno é a ideia segundo a qual a expressão caso fortuito é utilizada quando se quer insistir sobre a origem accidental e imprevista de obstáculo, que é devido a um azar inesperado, enquanto que o termo força maior se refere à natureza insuperável deste obstáculo, contra o qual nada pode triunfar. É a tese da imprevisibilidade, como característica própria do caso fortuito, enquanto que na força maior seria a inevitabilidade ou a irresistibilidade. Para outros, caso fortuito e força maior são duas noções que participam da mesma natureza, mas em diferentes graus. Ambas viriam definidas por serem fatos independentes da vontade do devedor, enquanto que a segunda designaria acontecimentos muito mais violentos. Por último, os autores colocam relevo no critério da impossibilidade absoluta ou relativa da prestação. A primeira corresponderia à força maior, enquanto que a segunda ao caso fortuito (TADEU, 2007, p. 156).

De acordo com Alvim (1965, p. 301), a moderna doutrina tem estabelecido que o caso fortuito é um impedimento relacionado à pessoa do devedor ou à empresa, enquanto a força maior é entendida como um acontecimento externo. “O primeiro é o que se liga à empresa; o último, o que está fora dela”; assim, “entram na categoria de caso fortuito interno todos os acontecimentos que não possam ser atribuídos à culpa do responsável, mas estão ligados à organização que ele mesmo imprimiu ao negócio”. Era um dos argumentos invocados pelo autor ao defender a responsabilização das estradas de ferro pelo caso fortuito, ao contrário do que dispunha a letra da lei.

Esta distinção permite dar tratamento diverso ao devedor consoante o fundamento de sua responsabilidade, ou seja, se for fundada na culpa, basta o caso fortuito, se fundada no risco será necessário que haja força maior, ou caso fortuito externo. Assim, quando a responsabilidade é fundada no risco são excludentes: culpa da vítima, ordens de autoridades, fenômenos naturais e outras causas que impeçam o cumprimento de força externa invencível. O traço distintivo da força maior, por conseguinte, seria sua completa exterioridade, a inexistência de qualquer nexo causal com a pessoa ou empresa, enquanto que o caso fortuito traria esse liame (SILVA, 2001).

Adotada essa posição, apenas a força maior seria exoneratória de responsabilidade objetiva. Conferem-se, assim, “tratamentos diversos ao agente, tendo em vista o fundamento da responsabilidade” (SCAVONE JÚNIOR, 2001, p. 75).

Gonçalves (2003) alinha-se com Alvim, ao defender que, diante dos novos rumos da responsabilidade civil, em não deixar irressarcida a vítima, somente o fortuito externo, isto é, a causa ligada à natureza, estranha à pessoa do agente e à máquina, exclui a responsabilidade, por ser imprevisível.

A distinção entre caso fortuito e força maior, com vistas a obter a responsabilidade pelo fortuito interno, surgiu mesmo como

un medio de ampliar la responsabilidad del transportador, dejando a su cargo, bajo la denominación de casos fortuitos, los riesgos de explotación; por ahí esa teoría se une a la moderna teoría del riesgo (RIPERT; BOULANGER, p. 481).

Defeitos mecânicos: estouro de pneus, falha nos freios, e outros acontecimentos, portanto, não teriam o condão de elidir a responsabilidade do transportador, por representarem fatos ligados à atividade desenvolvida, isto é, internalidade, em oposição à completa estranheza que é a queda de um raio ou um tufão, estes sim acontecimentos externos, de força maior, com potencial exoneratório.

Para configuração do fortuito ou força maior não pode haver culpa, pois, se uma das partes concorre para o fato, não há força liberatória. As expressões referem-se a fatos alheios que impedem o cumprimento da obrigação.

El deudor no puede, pues, invocar como causa de exoneración un hecho personal, aunque no constituya una falta, como por ejemplo la enfermedad, de la misma manera que los herederos no pueden invocar la muerte de su autor (RIPERT; BOULANGER, p. 479).

O fato deve ser necessário, superveniente e inevitável – assim, se um contrato é celebrado durante a guerra, não pode depois o devedor invocar as dificuldades oriundas dessa mesma guerra para furtar-se às suas obrigações. Da mesma forma, a produção de um fenômeno natural nem sempre pode ser classificada como força maior.

Um temporal, por exemplo, constitui fenômeno da natureza, a que não se pode obstar, mas que se pode prevenir, nos seus efeitos possíveis, mormente em cidade sujeita a periódicas

inundações em consequência de chuvas torrenciais (DIAS, 1983a, p. 765).

O fato também deve ser irresistível, fora do alcance do poder humano, insuscetível de modificação ou remédio pela vontade da parte.

Questão importante que se põe é a relatividade da impossibilidade. Para Rizzardo (2005) no caso de um contrato envolvendo a remessa de mercadorias para uma localidade servida por ferrovia, e danificando-se os trilhos, não está obrigado o devedor a adquirir caminhões, ou a fretá-los de particular, a qualquer preço, inexistindo serviço regular de transporte na estrada de rodagem. A impossibilidade deve ser entendida em termos. Atender-se-ão as condições objetivas da situação concreta e o grau de capacidade humana, para fazer frente ao compromisso. A lei não impõe a obrigação de arruinar-se e a dificuldade assume contornos de impossibilidade, pois acarreta sacrifícios insuportáveis.

9 Caso Fortuito e Força Maior no Direito do Consumidor

Como já frisado anteriormente, o CDC adotou um regime de responsabilidade objetiva do fornecedor. Isso, todavia, não quer dizer que a responsabilidade do fornecedor seja absoluta, permitindo-se a previsão de algumas excludentes. Os arts. 12, § 3º, e 14, § 3º dispõem, respectivamente, que o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: que não colocou o produto no mercado; que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro; e o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

No caso dos contratos de transporte, interessa-nos apenas a hipótese do inciso III, que representa um caso de ilegitimidade passiva, em que o dano foi causado: a) ou pela própria vítima, que deve suportá-lo inteiramente porque foi apenas dela a culpa pelo evento danoso; ou b) por terceiro totalmente desvinculado da pessoa legalmente responsável pela situação, isto é, qualquer pessoa estranha à relação entre o produtor e o lesado (CASADO, 2003).

Tratam-se de situações em que desaparece a relação de causalidade entre o defeito do serviço e o evento danoso, “dissolvendo-se a própria relação de responsabilidade” (DENARI, 2004, p. 189).

Como visto, o Código Civil elenca caso fortuito e/ou força maior como excludentes da responsabilidade civil. Pergunta-se se o CDC teria feito o mesmo ou não. A doutrina divide-se ao responder.

Rizzato Nunes (2005, p. 175) defende que, ao utilizar o advérbio “só” na redação dos dispositivos, o CDC realmente limitou a responsabilidade do fornecedor às hipóteses dos incisos. O risco do fornecedor, assim, seria integral, semelhante à responsabilidade do Estado por acidentes

nucleares. De acordo com o autor:

A utilização do advérbio ‘só’ não deixa margem a dúvidas. Somente valem as excludentes expressamente previstas no § 3º, e que são taxativas. Nenhuma outra que não esteja ali tratada obriga o responsável pelo produto defeituoso. [...] O risco do fornecedor é mesmo integral, tanto que a lei não prevê como excludente do dever de indenizar o caso fortuito e a força maior. E, como a norma não estabelece, não pode o agente responsável alegar em sua defesa essas duas excludentes.

É essa também a opinião de Scavone Júnior (2003, p. 78):

Tratando-se de responsabilidade objetiva pura, que prescinde da culpa, o caso fortuito e o motivo de força maior não elidem o dever de indenizar. [...] Tratando-se de responsabilidade objetiva, como aquela que decorre do Código de Defesa do Consumidor, impossível a exclusão de responsabilidade por esta causa.

Corroborando essa posição Marques (2002), para o qual a responsabilidade objetiva, baseada no profissionalismo dos fornecedores e no defeito efetivamente existente, afastaria qualquer alegação de que o defeito seria, por exemplo, oriundo de caso fortuito ou força maior, quando da atividade do fornecedor.

Martins (1993) se pergunta se é justo responsabilizar o fornecedor por algo que ele não deu causa, lembrando o princípio geral do direito privado de que o devedor não responde pelos prejuízos originados do fortuito, eis que estaria rompida a causalidade entre o ato do agente e o dano experimentado pela vítima. O referido autor também pondera que o fortuito ou a força maior seriam fatores externos e irresistíveis que implicariam em extrema dificuldade do devedor para adimplir a obrigação assumida com o consumidor.

Segundo Denari (2004, p. 191), caso fortuito e força maior podem ser invocados como excludentes de responsabilidade após a inserção do produto no mercado de consumo. Nesses casos “nem tem cabimento qualquer alusão ao defeito do produto, uma vez que aqueles acontecimentos, na maior parte das vezes imprevisíveis, criam obstáculos de tal forma que a boa vontade do fornecedor não pode suprir”, de modo que “fica afastada a responsabilidade do fornecedor pela inocorrência dos respectivos pressupostos”.

Há julgados do Superior Tribunal de Justiça que admitem a força maior e o caso fortuito como excludentes de responsabilidade, alegando que o fato de não estarem explicitadas no CDC não significa que não possam ser invocadas:

Automóvel. Roubo ocorrido em posto de lavagem. Força maior. Isenção de responsabilidade. O fato de o artigo 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do artigo 1.058 do Código Civil. A inevitabilidade e não a imprevisibilidade é que efetivamente mais importa para caracterizar o fortuito. E aquela há de entender-se

dentro de certa relatividade, tendo-se o acontecimento como inevitável em função do que seria razoável exigir-se. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp. 120.647-SP. Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 16.03.2000, publ. DJ 15.05.2000, p. 156)

Ação de indenização. Estacionamento. Chuva de granizo. Vagas cobertas e descobertas. Art. 1.277 do Código Civil. Código de Defesa do Consumidor. Precedente da Corte. 1. Como assentado em precedente da Corte, o “fato de o artigo 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do artigo 1.058 do Código Civil” (REsp nº 120.647-SP, Relator o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 15/05/00). 2. Havendo vagas cobertas e descobertas é incabível a presunção de que o estacionamento seria feito em vaga coberta, ausente qualquer prova sobre o assunto. 3. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp. 330.523-SP. Rel. Min. Menezes Direito, j. 11.12.2001, publ. DJ 25.03.2002, p. 278.)

Qualquer que seja o seu matiz, o fato é que as correntes doutrinárias que buscam alargar o rol de excludentes de responsabilidade do fornecedor amparam-se em outros fundamentos, como a admissão de excludentes mesmo em acidentes nucleares, hipótese de responsabilidade objetiva que se aproxima do risco integral, em razão de sua alta periculosidade. O argumento é que o que vale para o mais deve também valer para o menos. Não admitir caso fortuito e força maior seria dar às relações de consumo ares de responsabilidade praticamente integral, o que não seria a intenção do legislador.

9.1 O problema da violência urbana

No caso específico dos contratos de transporte, é a lição da jurisprudência de que fatos corriqueiros do trânsito, como freada brusca do veículo à frente, não elidem a responsabilidade do transportador, por não ser hipóteses de caso fortuito, eis que previsíveis e evitáveis por conduta minimamente prudente dos motoristas em geral. Em sede de transporte coletivo, somente se configura excludente de responsabilidade o acidente ocorrido por fato de terceiro equiparável ao caso fortuito, aquele que não tenha relação com os riscos do deslocamento rodoviário ou, então, desde que haja culpa exclusiva da vítima. A eventual paralisação do veículo que circula a frente do ônibus, não pode ser considerada fato fortuito, haja vista que compete, inarredavelmente, ao condutor do coletivo, guiá-lo com prudência e cautela, de modo a minimizar o risco de eventual colisão, guardando distância segura dos veículos que circulam nas proximidades, possibilitando-o executar qualquer manobra evasiva ou de frenagem com segurança, caso se mostre necessário.

Também já foi mencionado que a tendência da doutrina e da jurisprudência é diferenciar fortuito interno e externo, de modo que apenas este rompa o nexos causal e elida a

responsabilidade objetiva. Veja-se, por exemplo, o caso em que estouro de pneu abriu um rombo no assoalho do ônibus e obrigou o transportador à indenização da passageira ferida.

O que dizer, porém, de roubos, assassinatos e outras violências cometidas por criminosos dentro dos transportes urbanos? Estariam elas abarcadas pelo caso fortuito ou força maior, ou seriam já previsíveis e, portanto, de alguma forma evitáveis pelas empresas, que devem ser responsabilizadas por não terem se prevenido melhor? Trata-se de questão antiga e até hoje não pacificada na doutrina e na jurisprudência.

Segundo Venosa (2006), o transportador tem a obrigação de preservar a integridade física do passageiro, reservando-lhe o espaço prometido e deve preservar a integridade da coisa conferida a sua guarda para deslocamento. O autor, contudo, cita em nota de rodapé julgado que mitiga essa opinião:

Acidente de trabalho – Indenização – Direito comum – Roubo a mão armada ocorrido no interior do ônibus – Responsabilidade objetiva alegada – Inadmissibilidade – Ato de terceiro alheio ao transporte – Fator excludente da responsabilidade da empresa. Embora tenha o transportador a obrigação legal de zelar pela integridade física de seus passageiros quanto de seus empregados, configura fato de terceiro alheio ao transporte em si o roubo a mão armada ocorrido no interior do coletivo, que deve ser visto como fator excludente de responsabilidade por parte da transportadora (2º TACSP – Apelação Cível c/ Rev. 546.760 – São Paulo – 10ª Câmara Civil – Rel. Juiz Soares Levada, 28-4-99).

Julgando pedido de indenização formulado por familiar da vítima de um disparo efetuado por pessoa às margens da ferrovia, Gonçalves (*apud* AZEVEDO, 2001, p. 198) decidiu que “a responsabilidade da ferrovia restringe-se à segurança do transporte, não abrangendo o fato de terceiro, estranho ao contrato, imprevisível e inevitável, equiparado a caso fortuito”.

Para Braz (1999, p. 68), “no Brasil dos dias correntes o assalto com morte nos meios de transporte de mercadorias ou pessoas é fato previsível e, portanto, evitável”. O conceito de caso fortuito e força maior, portanto, deve ser apreciado de acordo com o tempo e as demais circunstâncias em que o fato ocorre, pois o que é hoje fortuito pode em breve deixar de sê-lo graças ao progresso da ciência, por exemplo.

Em 1980, o Supremo Tribunal Federal analisou o caso de um investigador de polícia que reagiu a um assalto dentro de um ônibus carioca e foi morto pelos criminosos. A viúva do policial pleiteou indenização junto à empresa de transportes, e teve seu pedido julgado procedente em primeira instância, mas reformado no tribunal. Em sua defesa, a empresa de transportes alegou a ocorrência de fato irresistível (a entrada dos criminosos no veículo) e a conduta de reação da vítima como causa direta do dano. Argumentou ainda que a atividade de segurança pública é dever inerente e privativo do Estado, não se concebendo que as empresas privadas possam armar homens para combater delinquentes, à revelia do Poder Público. Alegou, em síntese, que

o duelo, a bala teve como causa mediata o assalto, fato que, naquelas circunstâncias, a transportador não podia evitar, e, como causa mediata, a resistência que o passageiro impôs aos assaltantes. O transporte em si mesmo não foi a causa do evento (LENZ, 1989, p. 55).

O voto do ministro Thompson Flores ressaltou a notoriedade dos índices alarmantes de assaltos na região dos fatos, que não podia ser desconhecido da ré. Foi adiante, ao proclamar que, no momento da interferência da vítima, o inadimplemento já estaria caracterizado, eis que, no instante em que os assaltantes adentraram o veículo, todos os passageiros se encontravam em situação de risco e, portanto, com incolumidade (essencial no contrato de transporte) injuriada.

Em comentários ao julgado, Lenz (1989, p. 53) opinou que “os assaltos não podem mais ser tidos como estranhos à exploração da atividade do transportador, pela reiteração em que ocorrem na baixada fluminense”.

Foi além:

O caso fortuito e a força maior não se confundem com a falta de cautela ou a imprevidência. Segundo Agostinho Alvim, a geadas, o roubo a mão-armada, e o atraso dos trens, nem sempre constituem o *fato necessário* exigido pelo parágrafo único do art. 1.058 do CC para liberar o devedor da obrigação de honrar seus compromissos. Sempre que o contratante agir com imprevidência ou falta de cautela, não estará eximido da obrigação (LENZ, 1989, p. 55).

Detalhe bastante ressaltado pelo ministro, e depois, por Lenz (1989), é o fato de a empresa transportadora ter contratado seguranças particulares para proteger seus escritórios locais, o que revelaria imensa preocupação com a proteção do patrimônio da empresa (a segurança do dinheiro auferido com as tarifas) em oposição ao pouco caso com que seria tratada a segurança dos passageiros dos veículos. Sugeriu-se que, a exemplo do que faziam outros empresários, fossem adotadas medidas como a instalação de sistemas de vídeos, alarmes e trancas para inibir a ocorrência de delitos. Aduziu-se, por fim, a responsabilidade objetiva amparada no binômio risco-proveito.

Pode-se dizer então que, para os defensores dessa corrente, há meios de prevenção dos eventos danosos (evitabilidade material), bem como recursos para custeá-los (evitabilidade econômica) – deixa de haver, portanto, o fortuito. Considera-se, então, que a falta de obras de prevenção é a causa dos danos.

Todavia, a empresa de transporte não responde por assalto a seus passageiros nem a empresa de carga pelo roubo à mão armada. Essa foi a posição adotada por Leão (1995, p. 34).

Inicialmente, deve ser ressaltada a responsabilidade do Estado quando deixa de proporcionar segurança através de um policiamento eficaz que gera a possibilidade de marginais armados invadirem, assaltarem, trocarem tiros e matarem passageiros dentro de um transporte rodoviário ou ferroviário. [...] Entendemos, *data venia*, e na forma da jurisprudência dominante que, em tais casos, não há que se falar em

responsabilidade civil, eis que tais casos são inevitáveis e imprevisíveis ocorrendo a inexistência de vinculação com o contrato de transporte.

Assim também se posicionou Gonçalves (2003, p. 386), para quem, em última análise, a responsabilidade por segurança cabe ao Estado, por força do art. 144 da Constituição Federal. São encontradas na jurisprudência, em maior número, decisões no sentido de que o assalto à mão armada em interior de ônibus, equipara-se ao caso fortuito, assim considerado o fato imprevisível, que isenta de responsabilidade o transportador.

Em acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, colhe-se que o transportador não pode responder pelo desapossamento violento da carga, que em nada se confunde com o furto.

Julgando ação de passageira ferida por ocasião de “arrastão” praticado no Rio de Janeiro, Sérgio Cavalieri Filho, desembargador do Tribunal de Justiça daquele estado, declarou que, de acordo com o CDC, embora o transportador responda sem culpa, não responde sem causa. A obrigação de indenizar em qualquer hipótese, segundo ele, existe apenas quando se assume risco integral, o que não é o caso das empresas de transporte. Assim, tais atos de violência assumem a feição de fortuito externo ou força maior, sem conexidade com a atividade da empresa – o transporte, em casos tais, não é a causa do evento; é apenas a sua ocasião. Não cabe ao transportador, e nem lhe seria isso possível, transformar os seus veículos em carros blindados, nem colocar escoltas de policiais em cada um, para evitar os assaltos. A prevenção de atos dessa natureza cabe ao Estado, inexistindo fundamento jurídico para transferi-la ao transportador.

A jurisprudência é oscilante a respeito do tema: ora adota posicionamento de que episódios de violência ocorridos no âmbito dos contratos de transporte configuram-se como fato de terceiro equiparável à força maior, excludente de responsabilidade, ora consideram a obrigação dos transportadores como de resultado, em que se exige a incolumidade dos bens e pessoas.

10 Conclusões

O contrato de transporte embute uma obrigação de resultado, e possui, tácita ou expressamente, como elemento categorial inderrogável, uma cláusula de incolumidade que determina a entrega da coisa ou pessoa transportada sem danos em seu destino de origem. Embora haja disposição expressa do Código Civil a respeito da aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de transporte, não se pode deixar de considerar que, na maior parte das vezes, a relação entre transportador e transportado é de consumo (fornecedor-consumidor), de modo a merecer aplicação da lei especial, restando o CC aplicável às relações entre privados. O transporte gratuito também fica regido pelo Código Civil.

A responsabilidade do transportador, rigorosa desde o direito romano, decorre da ideia de transferência de guarda

da coisa ou pessoa, de um dever de custódia, da mencionada obrigação de incolumidade, que é da essência do contrato. É modalidade de responsabilidade contratual objetiva, consoante dispositivos do Código Civil e do Código do Consumidor.

A cláusula de não-indenizar, mecanismo que restringe a indenização por danos causados às vítimas, é nula em contratos de transporte, tanto por força de dispositivos do Código Civil como por artigos do CDC, e ainda por súmulas e pela jurisprudência dos tribunais. Não obstante, a cláusula foi largamente utilizada no passado, e, até hoje, pode ser encontrada em instrumentos de contratos de transporte: constantes dos bilhetes, dos tíquetes ou de placas das empresas transportadoras, integram a oferta, e, portanto, os contratos de consumo celebrados. Instituto do direito contratual clássico, que versa sobre culpa, a nulidade da cláusula apenas explicita mais sua inocuidade em elidir a responsabilidade do transportador. Entretanto, este pode exigir declaração do valor da bagagem para efeitos de limitação da indenização.

Os danos causados por acidentes de trânsito devem ser indenizados pelo transportador que, todavia, tem ação de regresso contra o culpado. O transporte desinteressado, por simples cortesia, enseja responsabilização apenas quando o transportador age com dolo ou culpa grave. Mas a responsabilidade objetiva persiste se, apesar de não haver remuneração direta, o transportador auferir vantagens indiretas.

Após alguma polêmica doutrinária e jurisprudencial, os tribunais superiores brasileiros posicionaram-se no sentido de não admitir a limitação da indenização prevista na Convenção de Varsóvia e no Código Brasileiro de Aeronáutica, em razão da posterioridade do Código de Defesa do Consumidor e das previsões constitucionais a respeito dos danos materiais e morais e da proteção do consumidor.

São causas de exoneração de responsabilidade os fatores que atuam sobre o nexo de causalidade para ilidir o dever de reparar o dano. As mais relevantes são o caso fortuito e a força maior. Embora equiparados por parcela da doutrina e pela própria dicção do Código Civil, modernamente tem se entendido separá-los pela externalidade no que diz respeito à atividade do demandado. O fortuito interno não teria o condão de vencer a responsabilidade objetiva, algo que só se conseguiria com o fortuito externo ou força maior. No entanto, a aplicação dos institutos no direito do consumidor é discutível.

Tampouco há consenso a respeito da qualificação de episódios de violência no *iter* do contrato de transporte: há os que alegam a paradoxal normalidade do crescimento do crime, já notório à sociedade, e, portanto não mais imprevisível, e mesmo inevitável materialmente; e há aqueles que defendem que o dever de segurança e incolumidade sobre as mercadorias e pessoas transportadas deve ter limites na não-exigibilidade de conduta heroica ou paramiliciana do transportador. Doutrina e tribunais não chegaram ainda a um consenso a respeito.

Referências

- ALVIM, A. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3. ed. São Paulo: EJUL, 1965.
- AMARAL JÚNIOR, A. O Código de Defesa do Consumidor e as cláusulas de limitação da responsabilidade nos contratos de transporte aéreo nacional e internacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 759, p. 67-75, jan. 1999.
- AZEVEDO, Á.V. Ausência de responsabilidade civil do transportador. Culpa de terceiro. Inexistência de nexo causal. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 4, n. 7, p. 191-205, jan./jun. 2001.
- BRAZ, A.T. A culpa como pressuposto da responsabilidade civil no transporte de pessoas por estradas de ferro. *Revista STJ*, Brasília, p. 67-71, 1999.
- CARVALHO SANTOS, J.M. Cláusula de irresponsabilidade. In: _____ (Coord.). *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsói, 1947.
- CASADO, M.M. Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor: justificativas, precedentes e análise do sistema nacional. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 3, n. 3, p. 157-187, jul./set. 2003.
- DENARI, Z. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: GRINOVER, A.P. *et. al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- DIAS, J.A. *Cláusula de não-indenizar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- _____. *Da responsabilidade civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983a. v. 1-2.
- _____. *Responsabilidade civil em debate*. Rio de Janeiro: Forense, 1983b.
- FERNANDES, A. *Cláusula de não responsabilidade*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1943.
- GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LEÃO, A.C.A. A era da violência no Rio de Janeiro e a excludente de responsabilidade civil do art. 17, I do Dec. 2.681/12. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, n. 715, p. 34-35, 1995.
- LENZ, L.A.T.F. A responsabilidade civil do transportador pela morte de passageiro em assalto aos coletivos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 78, n. 643, p. 51-57, 1989.
- MARKY, T. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MARQUES, C.L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.
- MARTINS, P.L. O caso fortuito e a força maior como causas de exclusão da responsabilidade no Código do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 82, n. 690, p. 287-291, 1993.
- MOTA, O.S. A cláusula de não indenizar e o contrato de transporte aéreo (em torno do art. 105 do Código Brasileiro do Ar). *Revista*

de *Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 13-18, jul./set. 1978.

NERY JUNIOR, N. Da proteção contratual. In: GRINOVER, A.P. *et. al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

PAULA, C.B.A. *As excludentes de responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Atlas, 2007.

RIPERT, G.; BOULANGER, J. *Tratado de derecho civil* (según el tratado de Planiol): las obligaciones. Buenos Aires: La Ley [s.d.].

RIZZARDO, A. *Contratos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RIZZATO NUNES, L.A. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCAVONE JÚNIOR, L.A. Causas e cláusulas de exclusão de responsabilidade civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 1, n. 8, p. 53-119, out./dez. 2001.

SILVA, J.M.B. As cláusulas excludentes e limitadoras da responsabilidade contratual. Caso fortuito e força maior. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 1, n. 6, p. 96-123, 2001.

TADEU, S.A. Responsabilidade civil: nexos causal, causas de exoneração, culpa da vítima, força maior e concorrência de culpas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 16, n. 64, p. 134-165, out./dez. 2007.

THEODORO JÚNIOR, H. Do transporte de pessoas no Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 807, p. 11-26, jan. 2003.

VENOSA, S.S. *Direito civil: contratos em espécie*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.