

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS DE TRANSPORTE: OS
REFLEXOS DA CLÁUSULA DE INCOLUMIDADE E A OCORRÊNCIA DE
ASSÉDIO SEXUAL**

Vitória Marafon dos Santos

Presidente Prudente/SP

2019

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS DE TRANSPORTE: OS
REFLEXOS DA CLÁUSULA DE INCOLUMIDADE E A OCORRÊNCIA DE
ASSÉDIO SEXUAL**

Vitória Marafon dos Santos

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof. Me. Ligia Maria Lario Fructuozo.

Presidente Prudente/SP

2019

**RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS DE TRANSPORTE: OS
REFLEXOS DA CLÁUSULA DE INCOLUMIDADE E A OCORRÊNCIA DE
ASSÉDIO SEXUAL**

Trabalho de Monografia aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Ligia Maria Lario Fructuozo

Larissa Aparecida Costa

Carla Roberta Ferreira Destro

Presidente Prudente, 11 de novembro de 2019.

Dedico este trabalho aos meus pais, Ricardo e Cláudia, e a toda minha família que sempre estão comigo e torcem por mim.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente quero agradecer a Deus, por nunca ter falhado comigo, principalmente durante o curso, fez com que eu confiasse mais Nele e em seus planos.

Aos meus pais, Ricardo e Cláudia, que sempre acreditaram no meu potencial e não me deixaram desistir. Obrigada por tudo que fazem por mim e por minhas irmãs, por se dedicarem tanto a nossa família e nos proporcionarem tudo que precisamos. Amor e apoio é o que não falta na nossa casa e isso foi essencial durante toda a minha jornada acadêmica. Vocês são tudo pra mim!

Às minhas irmãs, Isadora e Letícia, por terem paciência nos momentos de tensão e nervosismo, sempre me ajudando e apoiando naquilo que podiam. Sou muito grata por ter vocês comigo e por saber que terei duas melhores amigas para sempre.

Aos meus avós, Moacir, Guaraciaba e Diná, que sempre oraram por mim e comemoraram comigo cada conquista. Agradeço a Deus por ainda terem vocês comigo, fortes e saudáveis.

A toda minha família, que torce por mim, mas em especial a Thaís, prima querida que sempre foi uma irmã mais velha pra mim e eu admiro muito.

Ao meu namorado, que me proporciona muitos momentos felizes e não me abandona nos momentos difíceis. Obrigada por toda parceria! Sou muito grata por ter você ao meu lado.

A todos os meus amigos, mas principalmente a minha confidente e alicerce Fernanda, que permitiu o período da graduação passar voando. Obrigada por todos esses anos, por tantos sonhos e angústias compartilhados. Unidas venceremos! Obrigada a todos que colaboraram de alguma forma na elaboração deste trabalho. Agradeço a banca examinadora, por terem aceitado fazer parte deste momento tão importante para mim.

Finalmente, a minha ilustre orientadora, Ligia Maria Lario Fructuozo, por quem tenho admiração desde o primeiro contato. Obrigada pela paciência e por ter se mostrado querida com seus orientandos.

A vocês, meu muito obrigada!

RESUMO

Busca o presente trabalho analisar a responsabilidade civil nos serviços de transporte. Foi imprescindível uma análise da teoria geral do instituto, para melhor compreensão do tema em apreço. Isso porque há divergência na jurisprudência quanto a possível responsabilização do transportador por fatos de terceiro, pois buscam a análise do seu enquadramento em fortuito interno ou externo para definir o dever de indenizar, existindo situações específicas que não foram tema de consenso quanto a categoria que será enquadrada, variando quanto a procedência ou não da ação de indenização. A análise deve ser crítica em razão da presença da cláusula de incolumidade. Para tanto, utilizou-se do método científico bibliográfico, em razão da intensa pesquisa bibliográfica realizada, e que deu origem ao segundo: o hipotético-dedutivo, vez que se trouxe diversos novos conceitos à questão em estudo, principalmente pelo fato da grande divergência jurisprudencial ante a responsabilidade do transportador pela ocorrência de abuso sexual no transporte.

Palavras-Chave: Assédio Sexual. Fato de Terceiro. Indenização. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

This paper seeks to analyze civil liability in transport services. An analysis of the general theory of the institute was essential for a better understanding of the subject under consideration. This is because there is a divergence in the jurisprudence regarding the possible liability of the carrier for third party facts, as they seek the analysis of their internal or external fortuitous framework to define the duty to indemnify, existing specific situations that were not subject to consensus as to the category that will be varying as to the origin or not of the action for damages. The analysis must be critical because of the presence of the safety clause. For this, we used the bibliographical scientific method, due to the intense bibliographical research performed, and which gave rise to the second: the hypothetical-deductive, since it brought several new concepts to the question under study, mainly divergence from the jurisprudence of the carrier's liability for sexual abuse.

Keywords: Sexual Harassment. Third Act. Indemnity. Civil Responsibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	9
2.1 Histórico	9
2.2 Conceito	19
2.3 Pressupostos Gerais da Responsabilidade Civil	22
2.4 Exclusão da Responsabilidade Civil.....	26
3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	29
3.1 Responsabilidade Civil Contratual.....	30
3.1.1 Obrigação de meio x obrigação de resultado	33
3.2 Responsabilidade Civil Extracontratual	36
3.3 Responsabilidade Subjetiva	36
3.4 Responsabilidade Objetiva	38
3.5 Das Atividades de Risco.....	39
3.6 Responsabilidade Civil nas Relações Consumeristas.....	41
3.6.1 Da responsabilidade civil do fornecedor.....	43
4 DA RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR NO CONTRATO DE TRANSPORTE E A CLÁUSULA DE INCOLUMIDADE	45
4.1 Conceito de Cláusula de Incolumidade	45
4.2 Responsabilidade Civil do Fornecedor de Transporte.....	47
4.2.1 Da responsabilidade objetiva do transportador	48
4.3 O Fato de Terceiro na Responsabilidade do Transportador.....	52
4.3.1 Do transporte público	57
4.3.2 Do transporte privado	60
4.3.3 Do transporte gratuito.....	64
5 DA DISCUSSÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE A RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR ANTE A OCORRÊNCIA DE ASSÉDIO SEXUAL	66
6 CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	75

1 INTRODUÇÃO

O tema central deste trabalho é a responsabilidade civil, que atua para a reparar o dano causado por alguém. O dever reparatório pode ser do autor do dano ou terceiro responsável por imposição legal, conforme será analisado.

Em princípio toda atividade tem a possibilidade de causar danos, como também qualquer situação do cotidiano, já que não há como prever as situações danosas. O que será analisado nesta seara é a possibilidade de incidência de alguma causa de exclusão da responsabilidade, pois caso não esteja presente nenhuma hipótese excludente, haverá o dever de reparar o dano, pois caso assim não seja, há um grande descontentamento e inquietude da sociedade.

As relações que envolvem este instituto em apreço são infinitas, podendo surgir a partir de inúmeras situações entre os seres humanos e até mesmo envolvendo fato de animal, haja vista que os danos de índole jurídica devem ser reparados, sempre que houver transgressões a direitos protegidos e garantidos.

Pode ser observado que as jurisprudências e ordenamentos jurídicos visam cada vez mais acabar com as situações de injustiça envolvendo a reparação do dano, buscando não eximir de responsabilidade sempre que possível, mas ainda há divergências em alguns aspectos, como é o caso dos serviços de transporte.

Portanto, o presente trabalho científico analisou as relações consumeristas no serviço de transporte, visto haver divergência jurisprudencial quanto à responsabilidade do transportador, principalmente na hipótese de dano causado por terceiro. Neste sentido, o presente trabalho científico defendeu o que considerou ser o melhor entendimento, mesmo que seja posição jurisprudencial minoritária, ante às possibilidades de responsabilização do transportador por danos causados por terceiros a incolumidade do consumidor do serviço de transporte.

Mostrou-se a relevância das questões engendradas em vista do sentimento de injustiça dos consumidores do serviço, pois houve espécie de

banalização no sentido de não responsabilização dos transportadores pelos tribunais, principalmente no caso do fato danoso praticado por terceiro, prezando-se pela irresponsabilidade do transportador; isto porque a maioria se baseia em analisar genericamente os casos, automaticamente engradando em fortuito externo somente ao se deparar com o tema da demanda, eximindo a responsabilidade do transportador, sem analisar o caso concreto que envolve a demanda.

O presente trabalho foi dividido em seis capítulos, no qual o primeiro e o último são a introdução e a conclusão, respectivamente. O segundo capítulo tratou sobre as considerações iniciais da responsabilidade civil, abordando questões históricas, conceituais e pressupostos de existência e exclusão da responsabilidade, visando trazer um panorama geral para a compreensão do tema, pois, abordou ideias cabíveis, em regra, para todas espécies de responsabilidade civil. Entretanto, o capítulo seguinte versou sobre as peculiaridades de cada tipo de responsabilidade, para que ficasse claro a posterior análise a respeito da responsabilidade do transportador.

O quarto capítulo buscou definir o tipo de responsabilidade do transportador, conforme premissas extraídas do capítulo anterior foi possível concluir a incidência da responsabilidade objetiva (calcada na teoria do risco), por ser obrigação de resultado e relação consumerista. Além disso, explicou a atuação da responsabilidade civil nos tipos de transporte e abordou a hipótese do fato de terceiro ser considerado excludente ou não de responsabilidade do transportador. A questão foi pertinente e se mostrou importante, pois possui relação direta acerca do assédio sexual ser considerado fortuito interno ou externo a relação de transporte, conforme as jurisprudências que foram colacionadas no quinto capítulo.

A metodologia empregada para desenvolver o presente trabalho científico foi pesquisa bibliográfica, legislação constitucional, legislação infraconstitucional, jurisprudência e sites de internet. Para tanto, utilizou-se do método científico bibliográfico, em razão da intensa pesquisa bibliográfica realizada, e que deu origem ao segundo: o hipotético-dedutivo, vez que se trouxe diversos novos conceitos à questão em estudo, principalmente pelo fato da grande divergência jurisprudencial ante a responsabilidade do transportador pela ocorrência de abuso sexual no transporte.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O sistema da responsabilidade civil merece ser compreendido conforme sua teoria geral. É imprescindível a análise dos pontos principais nos quais se faz presente o dever de indenizar. Conforme a situação concreta é possível analisar qual a espécie de responsabilidade se faz presente, seus pressupostos, quem responderá pelo dano sofrido pela vítima e se há causa excludente de responsabilidade.

Os magistrados precisam desvendar e analisar a fundo todos aqueles aspectos para conseguir aplicar corretamente o sistema de responsabilidade civil e esta não é uma tarefa tão simples, razão pela qual ainda existem pontos conflitantes em determinados assuntos.

É necessário entender como este sistema surgiu, com uma breve análise da sua origem, para que faça sentido o sistema de responsabilidade civil presente no ordenamento jurídico atual.

2.1 Histórico

Desde os primórdios da humanidade, a responsabilidade civil envolveu a figura de alguém que sofre um dano e, de outra banda, alguém que foi o causador do dano e sofreria as consequências de suas ações.

Entretanto nem sempre o sistema de responsabilidade civil foi da maneira que está atualmente regradada no ordenamento jurídico, o que se faz necessário, portanto, abordar sua evolução histórica, principalmente para a compreensão das indenizações.

O início foi marcado pela fase da vingança coletiva contra o agressor que causava uma ofensa a alguém (STOCCO, 2007, p.15). O Direito Romano muito influenciou e contribuiu no aspecto da responsabilidade civil, isto porque a primeira ideia da vingança privada foi prevista na Lei das XII Tábuas, do século II a.C., dona da famosa expressão “olho por olho, dente por dente”, que muito reflete em como funcionava a ideia de punir o causador do mau injusto com outro mau injusto. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 52)

Era um sistema conhecido pela falta de proporcionalidade na punição e vigorava a ideia de responsabilidade sem culpa. Aplaudia-se a vingança privada e a justiça feita com as próprias mãos. O Estado apenas intervia para definir os casos em que a vítima teria o direito de agir para causar o dano idêntico ao que sofreu. Maria Helena Diniz (2002, p. 10) aduz que “a responsabilidade era objetiva, não dependia da culpa, apresentando-se apenas como uma reação do lesado conta a causa aparente do dano”.

A vivência dos povos romanos com esta ideia demonstrou que a falta de culpa provada gerava situações injustas e o mais adequado para a sociedade seria que a culpa fosse provada para incidir responsabilidade. Assim surge a responsabilidade subjetiva no final do século III a.C. com a *Lex Aquilia de Damno*. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 55)

O sistema de responsabilidade subjetiva passou a ser regra e influenciou as leis da época, principalmente o Código de Napoleão no Direito Francês, que estabeleceu bases da responsabilidade e criou uma maneira de indenização pecuniária, conforme aponta Maria Helena Diniz (2002, p. 10):

A *Lex Aquilia de damno* veio a cristalizar a ideia da reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse o ônus da reparação, em razão do valor da res [coisa], esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano a conduta culposa do agente.

A figura da culpa evoluiu da necessidade de ser provada para a possibilidade de ser presumida, significando dizer que em situações de difícil produção de provas passou a ser admitida a culpa presumida com a possibilidade de inversão do ônus da prova. Conforme ensinou Sergio Cavalieri Filho (2018, p. 224):

Primeiramente, os tribunais começaram a admitir uma maior facilidade na prova da culpa, extraíndo-a, por vezes, das próprias circunstâncias em que se dava o acidente e dos antecedentes pessoais dos participantes. Evoluiu-se, depois, para a admissão da culpa presumida, na qual, como já visto, há a inversão do ônus da prova. Sem se abandonar a teoria da culpa, consegue-se, por via de uma presunção, um efeito próximo ao da teoria objetiva. O causador do dano, até prova em contrário, presume-se culpado, cabendo-lhe elidir essa presunção, isto é, provar que não teve culpa, o que, sem dúvida, favorece sobremaneira a posição da vítima.

Esta fase se aproximou muito da responsabilidade objetiva, que logo depois, foi admitida pela primeira vez pelo Código Francês (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 59). A nova espécie de responsabilidade civil, na qual não havia a necessidade de culpa, fez com que surgisse, em 1897, a possibilidade de se falar em responsabilidade objetiva e na chamada teoria do risco, que lhe fundamentava, abandonando de vez a teoria da culpa. (STOCCO, 2007, p. 21)

A responsabilidade passou a estar calcada no risco de determinadas atividades no âmbito da coletividade, gerando a responsabilização independentemente de culpa a quem realizava a atividade, isto é, a culpa deixou neste momento de ser elemento da responsabilidade civil, bastando que a conduta causasse um dano, caracterizando a responsabilidade objetiva (STOCCO, 2007, p. 22).

Para determinadas atividades que englobam uma atividade de risco, aquele que quiser exercê-la automaticamente assume o risco do dano que ela pode causar. O problema era resolvido, portanto, mediante relação de causalidade, não havendo valoração de culpa em qualquer hipótese.

Os debates acerca da possibilidade de responsabilizar conforme o que a teoria do risco preconizava eram crescentes, mas logo pacificou esta possibilidade, principalmente na época da Revolução Industrial europeia.

Os juristas franceses portanto, influenciaram as legislações que se baseavam na culpa, sendo a industrialização que justificou o novo sistema de responsabilidade ser colocado em prática, em razão do crescente número de acidentes de trabalho, e depois se estendeu as relações privadas. Conforme reflexão de Arnaldo Rizzardo (2005, p. 34):

No curso da revolução industrial, as injustiças sociais e a exploração do homem pelo homem levaram à inspiração de ideias de cunho social, favorecendo o aprofundamento e a expressão da teoria da responsabilidade objetiva, com vistas a atenuar os males decorrentes do trabalho e dar maior proteção às vítimas de doenças e da soberania do capital.

Neste âmbito ficou caracterizada a responsabilidade objetiva, na qual o elemento principal a ser visado era a vítima, para que conseguisse a reparação do dano sofrido. Conforme preceitua José Cretella Junior (1991, p. 1019):

Na responsabilidade objetiva é irrelevante o nexó psicológico entre o fato ou atividade e a vontade de quem a pratica, bem como o juízo de censura moral ou de aprovação da conduta. Enquanto “a culpa é vinculada ao homem, o risco é ligado ao serviço, à empresa, à coisa, ao aparelhamento. A culpa é pessoal, subjetiva; pressupõe o complexo de operações do espírito humano, de ações e reações, de iniciativas e inibições, de providências e inércias. O risco ultrapassa o círculo das possibilidades humanas para filiar-se ao engenho, à máquina, à coisa, pelo caráter impessoal e o objetivo que o caracteriza.

Com o novo fundamento do dever de reparar sem a necessidade de culpa, desenvolveram-se princípios gerais que, conforme ensina Maria Helena Diniz (2002, p. 13), influenciaram diretamente no prisma da “extensão ou área de incidência, aumentando-se o número de pessoas responsáveis pelos danos, de beneficiários da indenização e de fatos que ensejam a responsabilidade civil”.

O princípio da responsabilidade patrimonial foi o que justificou a profundidade da indenização, pois o causador do dano responderá com seus bens pelos prejuízos causados.

A evolução da responsabilidade objetiva também influenciou o sistema brasileiro, entretanto de forma gradativa, pois só admitiu sua adoção conforme as leis foram permitindo.

Em se tratando de leis, primeiramente houve a regulação da matéria para as estradas de ferro com o Decreto-Lei 2.681/1912, que tratava da responsabilidade objetiva do transportador nos casos envolvendo os transportes ferroviários (somente revogada com o Código de 2002).

O tratamento no Código Civil surgiu após, em 1916, e foi o início do sistema brasileiro marcado pela simplicidade civilista, pois as hipóteses de responsabilização eram concentradas em apenas uma cláusula geral prevista no Código em seu artigo 159: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Sequer havia necessidade de serem realizados estudos sobre o tema, bastando o conhecimento do artigo. A responsabilidade estava definida apenas na modalidade subjetiva e com culpa provada. A culpa era tratada como elemento principal e maior vertente da responsabilidade civil, já que os casos de responsabilidade objetiva eram raros e não previstos no Código Civil.

Ao longo do século XX, a responsabilidade civil sofreu mudanças, podendo ser considerada revolucionária, principalmente pelo fato de que foi o âmbito do Direito que mais se modificou durante todo este período. Até porque foi necessário acompanhar as descobertas e conquistas da atividade humana, principalmente quanto as ciências e tecnologias, impondo uma evolução proporcional a tais fatos.

O tema de responsabilidade civil no Brasil ganhou inúmeros tratamentos legislativos, tanto no campo constitucional quanto em leis, o que culminou na crescente literatura jurídica para interpretação e estudo das novas disposições legais. O assunto se tornou pauta e influenciou a consciência do cidadão brasileiro acerca de seus direitos, fazendo com que aumentasse os casos no judiciário envolvendo danos e conflitos provocados por atos ilícitos, vez que aquele que sofre um dano injusto e conseqüente lesão percebeu que poderia buscar reparação pela via judicial e não mais permanecendo inerte diante de tais situações.

A evolução na sistemática de tratamento do assunto foi influenciada primordialmente pela Revolução Industrial, com os novos mecanismos de produção tecnológicos e descobertas científicas, e a procura por uma sociedade justa, para o início de uma solidariedade social que só seria possível alterando a organização do Estado para que aumentasse sua intervenção social a fim de resguardar a dignidade humana dos cidadãos.

Com a Revolução Industrial instaurada, o modo de produção foi alterado, substituindo a produção manual (toyotismo) e artesanal pela produção em massa (fordismo), para conseguir atender a expansão demográfica de consumidores. Conseqüentemente também houve alteração no modo de distribuição do produto, já que a produção passou a ser em grande quantidade significa pensar que a relação entre fabricante e consumidor também foi alterada, o fabricante perdeu a possibilidade de saber quem está consumindo, pois a distribuição também passou a ser realizada em massa, e o consumidor não conhece o verdadeiro conteúdo do que compra, em razão dos lacres e embalagens dos produtos manufaturados.

O consumo também passou a ser em massa, pois uma infinidade de consumidores passou a ter acesso as mercadorias, ocasionando o conhecido

como dano coletivo, cujo responsável é impossível, na maioria das vezes, de identificar.

Começaram os movimentos em prol da sociedade pela busca de justiça social, com as novas concepções do Estado diante da necessidade de ser interventor, lutando contra os abusos e preservando a justiça e o bem estar da sociedade, fez com que se fortalecesse a solidariedade social.

Neste íterim a cláusula geral do artigo 159 do Código Civil de 1916, que tratava da sistemática da responsabilidade civil fundada na culpa provada, ficou ultrapassada ante a superação do Estado-liberal.

É certo que este sistema simples funcionou por muito tempo, mas sempre se mostrou incompleto, principalmente por existir lei anterior a vigência do Código de 1916 disciplinando responsabilidade objetiva para os transportes ferroviários, a chamada Lei das Estradas de Ferro (Decreto-Lei 2.681/1912), além das outras disposições legislativas e constitucionais que trataram do tema pós a vigência do Código.

A cláusula geral não abria espaço para a possibilidade de admitir a responsabilidade objetiva, argumento a princípio utilizado por quem defendia o sistema simplificado. Mas, com o decorrer do tempo, por exigência social e de justiça para casos determinados, observou-se que a responsabilidade objetiva deveria ser admitida, criando-se um novo sistema no qual a responsabilidade unicamente fundada em culpa deu lugar ao dever de reparar fundado apenas na prova do dano e do nexo causal. Conforme analisa Flávio Tartuce (2012, p. 297):

Entendemos que a responsabilização independente de culpa representa um aspecto material do acesso a justiça, tendo em vista a conjuntura de desequilíbrio percebida nas situações por ela abrangidas. Com certeza, afastada a responsabilidade objetiva, muito difícil seria, pela deficiência geral observada na grande maioria dos casos, uma vitória judicial em uma ação promovida por um particular contra o Estado, ou de um consumidor contra uma grande empresa.

O Código de 1916 não foi prontamente revogado e a cláusula geral continuou em vigor, restando ao legislador tratar do novo sistema por meio de leis especiais, como por exemplo a Lei de Acidente de Trabalho, Meio Ambiente, Seguro Obrigatório.

Além disso, o que era disciplinado em apenas um artigo passou a ter caráter constitucional, ganhando um tratamento revolucionário pela

Constituição Federal de 1988 que passou a dispor sobre os seguintes temas: indenização por dano moral (artigos 5º, incisos V e X), responsabilidade objetiva estatal e de seus prestadores de serviços (artigo 37, parágrafo 6º), responsabilidade por ato judicial (artigo 5º inciso LXXV), responsabilidade por danos ambientais (artigo 225, parágrafo 3º) e por dano nuclear (artigo 21, inciso XXIII, letra “c”).

Logo depois, em 1990, entrou em vigor a Lei nº 8.078/90, que trouxe disposições acerca da relação de consumo, conhecida como Código do Consumidor. Este foi o período mais avançado da evolução, pois criou um novo sistema de responsabilidade civil que consagrou a necessidade do fornecedor responder objetivamente nos casos envolvendo o consumo, tanto aqueles que decorrerem do fato do produto (art. 12) como do fato do serviço (art. 14), já que os riscos dos produtos devem ser assumidos não por quem os consomem, mas sim por quem os produz, conforme aduz Sérgio Cavalieri Filho (2018, p. 05):

O fato gerador da responsabilidade do fornecedor deixou de ser a conduta culposa, ou a relação jurídica contratual, passando a ser o defeito do produto ou do serviço. Responde o fornecedor pelo fato de ter produzido e colocado no mercado produto ou serviço defeituoso, causador de dano ao consumidor. Bastará a constatação do nexo causal entre o defeito do produto ou serviço e o acidente de consumo.

O novo sistema superou a incidência prática da cláusula geral do Código Civil, em razão do campo de abrangência ter aumentado significativamente, até entrar em vigor o novo Código Civil em 2002.

É que o Código de 2002 tratou das matérias que já tinham sido objeto de avanços tanto em Leis como na Constituição. O que pode ser observado é que o antigo Código tratava somente acerca da responsabilidade subjetiva, e passou a prestigiar a responsabilidade objetiva. Entretanto o sistema continua sendo subjetivista, pois somente nos casos expressos é que caberá a responsabilidade objetiva.

O Código de 2002 continuou prevendo uma cláusula geral para a responsabilidade subjetiva no artigo 186 e no artigo 927 que, quando interpretados juntos, há praticamente o que previa o artigo 159 do Código de 1916. Assim dispõem:

Artigo 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito

Artigo 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Quanto ao parágrafo único do artigo 927, há efetiva aplicação da teoria do risco, que se refere a responsabilidade objetiva, como também o disposto no artigo 931 e outros dispositivos do CC. O campo de incidência predominante deste tipo de responsabilidade se trata de relações entre o grupo e o indivíduo (empresas, Estado, fornecedores de produtos e serviços e outros).

No que diz respeito a relação de transportes, tema deste trabalho, está tratada no atual Código Civil em seu Título V, Capítulo XIV e as considerações acerca da responsabilização do transportador serão expostas adiante.

Por fim, é importante ressaltar o diálogo de fontes entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Isso porque o sistema de responsabilidade civil que temos hoje é muito complexo. Sergio Cavalieri (2018, p. 08) ensina:

A maioria dos Códigos Civis dos países europeus, de origem jurídica romanista, disciplina a responsabilidade objetiva de maneira casuística, como ocorria com nosso Código Civil de 1916. No nosso sistema convivem, lado a lado, várias espécies de responsabilidade – contratual e extracontratual, subjetiva e objetiva (com risco comum ou integral), a exigir do intérprete e aplicador do Direito uma tarefa muito mais complexa do que aquela que tinha que realizar quando todo o sistema estava praticamente baseado no art. 159 do Código anterior. Em face da coexistência de múltiplas normas, é preciso encontrar, com base nos princípios que regem a matéria, aquela que melhor se ajusta ao caso concreto. É o que a doutrina moderna tem chamado de diálogo das fontes.

Em uma determinada situação do cotidiano pode haver diferentes tipos de responsabilização para regular a situação de cada pessoa que tenha sofrido o dano injusto. Pela complexidade da sociedade moderna, o legislador optou em disciplinar a responsabilidade civil como um tema de caráter ideológico, legislando sobre as ideias gerais e o restante dependerá de interpretações e conceitos dos estudiosos.

Um exemplo é a condenação por um ato ilícito no âmbito penal e cível. Atualmente sabe-se que há independência do campo civil e penal, isto porque os atos contrários a estes ordenamentos não precisam guardar relação entre si para gerar o dever de indenização.

Ambas buscam uma forma de punir a conduta ilícita, mas o que as diferencia é a proteção de uma norma de Direito Público no campo penal e outra de Direito Privado no campo cível. Há ligação direta com a importância do bem jurídico tutelado, mas pode ser que uma mesma conduta caracterize dupla ilicitude, sendo punível nos dois âmbitos do direito.

A diferença também será quanto a penalidade aplicada, pois o âmbito penal aplica sanção penal, que poderá ter caráter pecuniário a depender do caso, mas o valor será a título de multa, que se destina ao ente estatal, enquanto a penalidade cível em todos os casos somente terá caráter pecuniário, mas é conhecida como indenização, podendo considerar como ensina Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 191):

A ilicitude é chamada de civil ou penal tendo em vista exclusivamente a norma jurídica que impõe o dever violado pelo agente. Na responsabilidade penal, o agente infringe uma norma penal, de direito público. O interesse lesado é o da sociedade. Na responsabilidade civil, o interesse diretamente lesado é o privado. O prejudicado poderá pleitear ou não a reparação. Se, ao causar dano, o agente transgredir, também, a lei penal, ele torna-se, ao mesmo tempo, obrigado civil e penalmente. A responsabilidade penal é pessoal, intransferível. Responde o réu com a privação de sua liberdade. A responsabilidade civil é patrimonial: é o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações.

Apesar das diferenças, ocorre que a sentença penal faz coisa julgada também no juízo cível, podendo ser cabível a chamada ação civil *ex delicto*, importando no dever de reparar civilmente uma ação punida em âmbito criminal, como é o caso de homicídio.

No que concerne ao Código de Defesa do Consumidor, ele pode ser considerado como um microssistema jurídico, com princípios e com um campo de atuação delimitado: relações de consumo. Hoje tudo é relação de consumo, saúde, alimentação, transportes, habitação entre outros. Entretanto não significa dizer que o restante do ordenamento jurídico não se aplica as relações de consumo, conforme ensina Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 16):

Assim, por exemplo, os serviços públicos continuam regidos pelas leis e princípios do Direito Público mas no que for pertinente às relações de consumo, ficam também sujeitos à disciplina do Código de Defesa do Consumidor. O mesmo se diga dos contratos em geral, seguros, transportes etc. Enfim, os institutos e contratos conservam as suas características básicas, próprias da sua natureza jurídica; ficam, entretanto sujeitos aos princípios do Código de Defesa do Consumidor no que for pertinente às relações de consumo, como por exemplo o princípio da boa-fé objetiva e da transparência, ao que veda as cláusulas abusivas, àquele outro que impõe responsabilidade objetiva e indenização integral, ou ainda ao que permite ao juiz inverter o ônus da prova e assim por diante.

Isso porque a busca pela garantia dos direitos do consumidor são o ponto chave desta legislação, que é vista como norma especial. Entretanto não pode generalizar e ser dito que as leis incompatíveis com o Código do Consumidor não prevalecerão, independentemente de serem leis gerais ou especiais, apenas coexistirão naquilo que estiver em harmonia com o CDC.

Ora, uma lei editada posteriormente a vigência do CDC não terá razão de existir portanto? O legislador ao editar novas leis assim não o faz para adaptar as mudanças sociais que se mostrem necessárias?

A reflexão aqui proposta é no sentido de que a compatibilização, na verdade, deve ser no sentido de proteger quem sofreu o dano injusto, pois podem existir normas fora do CDC, que mesmo em desarmonia, sejam benéficas a este e que não podem ficar à deriva de uma cultura da não responsabilização em determinados casos. Conforme preconiza Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2003, p. 16-17):

No que tange às regras que enunciam condutas e suas consequências, a toda relação de consumo aplica-se o Código de Defesa do Consumidor. Porém, se o Código Civil, em vigor a partir de 2003, tem alguma norma que especificamente regula uma situação de consumo, nesse caso, há de se aplicar a norma do Código Civil, isso porque se trata de lei mais recente. Como exemplo, lembro as disposições que temos hoje sobre o contrato de transporte de pessoas e coisas que integram o novo Código Civil, e que compõem um capítulo próprio, não constantes do Código Civil de 1916. Ora, todos sabemos que o transporte é uma relação de consumo estabelecida entre um fornecedor de serviço e um consumidor desse serviço. Embora o legislador tenha posto isso no Código Civil, na verdade, ele está regulando uma relação de consumo, à qual se aplica o Código Civil, não o Código de Defesa do Consumidor.

Claro que tudo deve ser analisado conforme o caso concreto, pois o intuito não é defender um desequilíbrio na relação contratual, apenas visando

a proteção de uma das partes da relação, mas sim defender a reparação do dano injusto sofrido, conforme será visto.

2.2 Conceito

A responsabilidade civil pode ser entendida como a ciência da reparação do dano injusto causado por um ato. Seu objetivo, portanto é a reparação econômica de um dano causado a alguém.

É possível perceber, portanto, duas figuras: a pessoa causadora do dano será responsabilizada, pois possui o dever de reparar o prejuízo causado a outrem; e a pessoa que foi vítima do dano, que terá o direito de ser ressarcida.

Primeiramente cabe ressaltar que o sistema brasileiro não admite a responsabilização sem a ocorrência de dano, ou seja, este é o elemento indispensável para restar caracterizado o dever de indenizar.

Entendida esta premissa, importa saber de onde provem o dever de indenizar, importante lição de Sergio Cavalieri Filho (2018, p. 13):

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano.

Para poucos doutrinadores é importante fazer distinção entre responsabilidade e obrigação, conforme Sérgio Cavalieri Filho assim entende (2018, p. 14):

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação.

O descumprimento da obrigação pode ser pela não observância de um dever contratual como de um dever que regula a vida. Os exemplos clássicos

são, respectivamente, a não prestação do serviço contratado e o desrespeito a integridade física de alguém.

Uma grande parcela dos danos ocorre por atos ilícitos, mas não se restringe somente a esta possibilidade. Os atos ilícitos conceitualmente são definidos como as lesões de direitos que causam danos e está disciplinado no artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Como ideia de lesão de direito, portanto, deve restar configurada uma lesão que cause qualquer dano, seja moral, material, estético ou outro. Isto é, havido desvio de conduta por parte de quem cometeu o ilícito (violação de um dever jurídico originário) gerando um dano para outrem, incide a possibilidade de recompor o dano via atuação da responsabilidade civil (dever jurídico sucessivo).

Fixadas estas premissas, Flávio Tartuce (2012, p. 309) entende haver a delimitação da chamada fonte geradora da responsabilidade civil sendo toda ação humana que viole dever jurídico originário e cause prejuízo a alguém, pois “diante de sua ocorrência [do ato ilícito] a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte de direito obrigacional”.

Entretanto para Maria Helena Diniz (2002, p. 06), quando analisada a Teoria do Risco, o dever de indenizar existirá independentemente da análise da ação do agente que possui o dever de reparar o dano ser ilícita ou não, bastando somente a ocorrência de um dano a vítima.

Isto porque o Código Civil trata o dever de indenizar como sendo modalidade de obrigação, conforme preconiza seu artigo 927, que surge independentemente da vontade do agente. A lição dada por Humberto Theodoro Júnior (2003, p. 18) atua neste sentido:

[...] uma obrigação-sanção que a lei lhe impõe como resultado necessário do comportamento infringente de seus preceitos. Ao contrário do ato jurídico lícito, em que o efeito alcançado, para o Direito, é o mesmo procurado pelo agente, no ato jurídico ilícito o resultado é o surgimento de uma obrigação que independe da vontade do agente e que, até, pode, como de regra acontece, atuar contra a sua intenção.

Também é a lição dada por Maria Helena Diniz (2015, p. 51):

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

É de se concluir que as causas que geram o dever de indenizar podem ser inúmeras, visto ser uma obrigação sucessiva. Neste melhor entendimento cumpre ressaltar o que ensina Sergio Cavalieri (2018, p. 16) acerca das causas que geram a obrigação de indenizar:

As mais importantes são as seguintes: (a) ato ilícito (*stricto sensu*), isto é, lesão antijurídica e culposa dos comandos que devem ser observados por todos; (b) ilícito contratual (inadimplemento), consistente no descumprimento de obrigação assumida pela vontade das partes; (c) violação de deveres especiais de segurança, incolumidade ou garantia impostos pela lei àqueles que exercem atividades de risco ou utilizam coisas perigosas; (d) obrigação contratualmente assumida de reparar o dano, como nos contratos de seguro e de fiança (garantia); (e) violação de deveres especiais impostos pela lei àquele que se encontra numa determinada relação jurídica com outra pessoa (casos de responsabilidade indireta), como os pais em relação aos filhos menores, tutores e curadores em relação aos pupilos e curatelados; (f) ato que, embora lícito, enseja a obrigação de indenizar nos termos estabelecidos na própria lei (ato praticado em estado de necessidade).

Para a responsabilidade civil o que importa é o ressarcimento/indenização da vítima que sofre um dano. Conforme a situação concreta na qual estiver submetida quando ocorrer o acidente analisa-se quem será o responsável pela indenização, isto é, quem possui o dever de indenizar.

Este instituto consistirá em medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a outrem, quer em razão de um fato danoso que ela tenha praticado, quer pelo fato de pessoas ou coisas que dela dependam, quer por simples imposição legal.

Sendo assim, quando se fala na obrigação de indenizar proveniente de um ilícito está estritamente ligada a ideia de culpa, enquanto a obrigação de indenizar legalmente determinada, liga-se à ideia de responsabilidade sem culpa.

A indenização do dano, portanto, é um importante elemento a ser analisado já que atualmente nossa legislação veda o enriquecimento sem causa.

A reparação deve ocorrer na exata proporção, pois o que se busca é fazer com que a vítima retorne ao *status quo ante*, quer o ressarcimento seja *in natura* quer seja via compensação econômica, conforme preceitua o artigo 944, *caput*, do Código Civil: “a indenização mede-se pela extensão do dano.”

Isto porque no nosso sistema vigora o princípio da reparação integral, que proíbe uma indenização pela metade, para que a própria vítima não arque com os prejuízos que sofreu. Entretanto também não pode privar o causador do dano de viver com dignidade, devendo ser analisado a situação econômica do agente para a fixação.

O objetivo é o reestabelecimento do que foi afetado pelo dano injusto, não sendo certo haver acréscimo patrimonial, mas sim uma compensação em razão do dano sofrido.

É neste sentido que nos deparamos com a dificuldade em definir o *quantum* indenizatório a vítima. O parâmetro adequado encontrado foi primeiramente verificar qual a modalidade de dano sofrido, pois cada um terá seu modo de ser mensurado, mas este tema será abordado no próximo tópico. Se faz necessário neste contexto, portanto, observar quais são os pressupostos da responsabilidade civil.

2.3 Pressupostos Gerais da Responsabilidade Civil

Os pressupostos da responsabilidade civil são os elementos considerados para que surja a obrigação de indenizar, isto é, para que reste caracterizada a responsabilidade civil.

Conforme ensina Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 65), os “elementos os pressupostos gerais da responsabilidade civil são: a) conduta humana (positiva ou negativa); b) dano ou prejuízo; c) o nexo de causalidade.”

E acrescentam que a culpa não está inserida nos elementos básicos da responsabilidade, mas sim a consideram como elemento acidental, haja vista “a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescindir desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva)” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 66)

A culpa envolve seu sentido estrito e também o dolo, isto é, o comportamento intencional ou não causador do dano.

O primeiro elemento é a ação, é conhecida como conduta humana, seja ela positiva (comissiva) ou negativa (omissiva). O agente causador do dano será civilmente responsabilizado, em regra, por agir ou deixar de agir observando a culpa do agente pelo ato danoso.

Há exceção, explica Maria Helena Diniz (2015, p. 53), “o dever de reparar pode deslocar-se para aquele que procede de acordo com a lei”. Isto é, nos casos previstos pelo legislador é atribuído o dever de indenizar o dano sem analisar a culpa, como também nos casos que envolvam atividade de risco.

A conduta humana gerará o dever de indenizar quando o agente infringir um dever legal, social, contratual ou profissional, constituindo ato ilícito, que gera a responsabilidade subjetiva, calcada na análise da culpa do agente infrator.

Entretanto o dever de indenizar pode provir de determinação legal, sem que o agente tenha realizado ato ilícito, será responsabilizado pelo fato de que a lei prevê. Nestes casos incide a Teoria do Risco, sem análise da culpa do agente legalmente responsável pela obrigação de reparar o dano.

O segundo elemento é o dano ou prejuízo suportado pela vítima do fato danoso. A indenização só existe em razão de existir um dano, pois este instituto busca reparar o prejuízo sofrido, conforme aduz Sílvio Venosa (2012, p. 302) “é necessário que tenha havido decorrente repercussão patrimonial negativa material ou imaterial no acervo de bens, no patrimônio, de quem reclama.”

Há duas esferas de reparação: uma que possui valor econômico definido e outra que não possui, sendo classificados em danos materiais e morais respectivamente.

Cumprir observar que o dano pode possuir diferentes naturezas, conforme prevê o Enunciado nº 455 da V Jornada de Direito Civil: “A expressão ‘dano’ no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados a propor ação coletiva”.

Ensina Maria Helena Diniz (2015, p. 109-108) que, para distinguir o dano patrimonial do moral, o critério “não poderá ater-se à natureza ou índole

do direito subjetivo atingido, mas ao interesse, que é pressuposto desse direito, ou ao efeito da lesão jurídica, isto é, ao caráter de repercussão sobre o lesado”.

Portanto, é o interesse da vítima patrimonial ou não que será analisado para definir o dano, além da observância das consequências que o dano causou a vítima. Por isso justifica-se a possibilidade de cumular o dano material com o moral a depender do caso concreto, quando um dano, a princípio patrimonial, também causar abalos psicológicos estará configurado as duas espécies de dano, proveniente de um mesmo ato.

O dano material é aquele que afeta um bem dentro da esfera patrimonial e econômica da vítima, que facilmente pode ser calculado o valor a título de indenização; o imaterial é aquele que está dentro da esfera dos direitos de personalidade e possui dificuldades quanto sua valoração econômica.

O autor Sílvio de Salvo Venosa (2012, p. 42) diz que o dano patrimonial “é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro” e acrescenta considerações sobre o dano moral caracterizando-o como “o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima” (VENOSA, 2012, p. 46).

Para mensurar o valor das indenizações o Código Civil trouxe capítulo próprio para tratar do tema, nas quais se inserem as hipóteses de incidência do instituto indenizatório para alguns casos concretos, quais sejam: homicídio, lesão corporal, crimes contra a honra e liberdade pessoal, e usurpação ou esbulho.

São situações que tratam dos danos patrimoniais causados às pessoas. Nesta modalidade de dano, a reparação realizará os danos emergentes e os lucros cessantes, isto é, aquilo que a vítima efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de ganhar, respectivamente. É uma seara mais fácil de ser mensurada pelo judiciário para valoração quando comparada com o dano moral, pelo que dispõe o legislador ele traça o rumo a ser seguido pelo magistrado.

O legislador fornece critérios para que o juiz aplique ao caso concreto aos pedidos indenizatórios baseados em dano material, mas no caso de dano moral a indenização respeitará o que preceitua o artigo 944 do Código Civil: “a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.”

Este artigo demonstra o conhecimento do legislador sobre a impossibilidade de reparar o dano moral, pois não é um dano que possui valor estipulado. Em contrapartida, será indenizável, para tentar levar a vítima uma sensação de satisfação, ou seja, uma forma de amenizar o desconforto sofrido, é o chamado prazer compensatório, que implica em dizer que um critério para a fixação de valor que será utilizado pelo juiz é o caráter compensatório.

Ademais, o artigo em comento fala em desestímulo ao lesante, caracterizado pelo critério punitivo, visto que a maior finalidade da indenização por dano moral é controlar condutas, visando a incoerência reiterada do ato danoso, fazendo com que o responsável pelo pagamento da verba indenizatória tome atitudes para evitar tais situações.

O dano moral é cabível para situações que fogem da normalidade, que não são apenas dissabores do cotidiano, mas sim fatos que são capazes de afetar o modo de agir e/ou humor do ofendido.

A atividade do magistrado será importante, pois irá ponderar o valor adequado no caso concreto, avaliando a situação econômica de ambos os envolvidos, pois a indenização não poderá ser considerada esmola tampouco premiação. É preciso que ele possua discernimento destas questões para atender o reclamo da sociedade neste campo e agindo com a justiça que se espera, pois um valor muito baixo pode ser mais uma situação de humilhação para a vítima e fonte de estímulo à conduta, mas também não pode ser um valor muito alto para evitar que se mostre como fonte de renda e estimular a propositura de ações.

O dinheiro cumpre diferentes funções nestas duas naturezas do dano, no patrimonial é uma equivalência para ressarcir a vítima, enquanto no moral funciona como instrumento de justiça.

O último elemento essencial é o nexa causal, isto é, o liame de ligação entre a ação e o dano. Neste sentido, há divergência quanto a teoria adotada, há quem siga o rumo da Teoria da Equivalência das Condições e, em sentido oposto, há a Teoria da Causalidade Adequada.

A primeira diz respeito a teoria adotada pelo Código Penal, que permite incluir várias pessoas no nexa causal, pois seu preceito se resume na seguinte frase: tudo que concorre para o resultado final é considerado causa.

Por sua vez, a segunda avalia a causa adequada e a causa direta. Será direta a causa que levou ao resultado danoso, isto é, a responsabilidade irá se limitar ao dano que a causa efetivamente causou; e a causa adequada é aquela que produziria o resultado danoso até em uma situação normal de ocorrência. Assim, a partir da identificação da causa direta, para que gere dever de indenizar, é necessário que ela seja adequada a produzir o resultado danoso. Na hipótese da causa normalmente não produzir o dano não haverá responsabilidade.

Entretanto Rui Stocco (2007, p. 147) assim ensina:

Enfim, independentemente da teoria que se adote, como a questão só se apresenta ao juiz, caberá a este, na análise do caso concreto, sopesar as provas, interpretá-las como conjunto e estabelecer se houve violação do direito alheio, cujo resultado seja danoso, e se existe um nexo causal entre esse comportamento do agente e o dano verificado.

Não há corrente preponderante a ser seguida na seara do nexo causal. O mais correto a ser considerado é a opinião do magistrado no âmbito da responsabilidade civil, pois as situações serão as mais diversificadas possíveis e, somente com estudo e análise das provas, poderá definir se haverá o dever de reparar ou não com a análise se os pressupostos estão presentes e se não há causas excludentes de responsabilidade.

2.4 Exclusão da Responsabilidade Civil

Para ser excluída a responsabilidade civil, ou seja, o dever de indenizar o dano causado a outrem, somente será possível com a presença das chamadas excludentes.

Como a análise no presente trabalho quer abarcar as excludentes capazes de não gerarem o dever de indenizar que excluam tanto responsabilidade objetiva como a subjetiva, as situações que são capazes de atingir este objetivo são elas: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior e fato de terceiro.

A culpa exclusiva da vítima é causa que exclui a responsabilidade civil, mas o Código Civil não trouxe essa possibilidade expressamente, pois ele

tratou apenas no que diz respeito a culpa concorrente em seu artigo 945: “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada conforme a gravidade de sua culpa”.

De acordo com este dispositivo, por força da jurisprudência e doutrina, fixou-se a hipótese de culpa exclusiva da vítima, mas entendem que neste caso há o rompimento total do vínculo entre a conduta e o dano, eximindo o dever de indenizar, enquanto na hipótese de culpa concorrente o dever de indenizar não desaparece, mas o valor da indenização será repartido entre os sujeitos da relação, haja vista haver culpa de ambos, cada um responderá conforme sua culpa.

Cumprido ressaltar que a lei pode expressamente não permitir que incida a questão da culpa concorrente, mas ter previsão expressa de que a culpa exclusiva da vítima será excludente, como é o caso do Decreto Lei nº 2.681/12 (lei das estradas de ferro) e a Lei nº 6.453/77 (lei dos acidentes nucleares).

Os casos de caso fortuito e força maior não são sinônimos, mas no âmbito da responsabilidade civil são assim consideradas e ambas excluem o dever de indenizar. Estão relacionadas com eventos da natureza, como inundação, chuvas, terremotos no que concerne ao significado literal do caso fortuito, enquanto a força maior são os eventos provocados pelo ser humano, como guerras e greves. Entretanto são situações que implicam em afirmar que são de ocorrência imprevisíveis e inevitáveis, portanto nunca são relacionados com a presença da culpa do agente ofensor e, conseqüentemente, excluem a responsabilidade objetiva, pois caso constatado culpa não haverá rompimento do nexa causal.

Atualmente, dentro desta questão há outra análise a ser realizada, que visa apurar o chamado fortuito interno ou fortuito externo, pois a depender do caso não haverá exclusão da responsabilidade mesmo que seja hipótese de caso fortuito ou força maior.

O fortuito interno tem se mostrado incapaz de excluir a responsabilidade, entretanto para que reste configurado a análise do caso em apreço será casuística, visando decisões justas conforme a demanda judicial exija.

Não pode ser ignorado que há descontentamento doutrinários, como há em todas áreas do Direito, por considerarem isto como uma

relativização do caso fortuito que apenas desemboca em insegurança jurídica, mas não deve ser ignorado para o que serve o instituto da reparação do dano. Desde logo é preciso fazer uma reflexão crítica no sentido de que alguém deve reparar a desgraça sofrida pela vítima quando houver possibilidade para tanto. Caberá aos magistrados definirem estas situações e agirem conforme o caso demandar, visando decisões equânimes.

Quanto a última excludente, diz respeito ao chamado fato de terceiro. O terceiro é entendido como aquele que não é o responsável, não possui o dever de reparar, mas é ele quem comete o ato danoso.

Para a situação que envolva fato de terceiro, aquele que for responder economicamente pelo dano, pode ou não ter sua responsabilidade excluída. É necessário analisar qual é a relação em que ocorreu o dano, pois ele só irá ser causa excludente quando puder ser equiparado à força maior. Isto é, “a tendência da jurisprudência é admitir apenas excepcionalmente o fato de terceiro como excludente”, aduz o autor Sílvio Venosa (2012, p. 65).

Neste sentido, destaca-se a Súmula 187 do STF: “a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.” É nítido que os magistrados procuram sempre que possível conceder a indenização, deixando a excludente por fato de terceiro como exceção, pois há casos em que não se admite que o responsável alegue tal excludente em razão do legislador não permitir. Em contrapartida, ao responsável pelo dever de reparar o dano caberá ação regressiva contra o terceiro, mesmo que esta raramente ocorra, é um dos argumentos para que dificilmente seja admitida a excludente.

Em se tratando da responsabilidade objetiva, as excludentes só podem estar ligadas a quebra do vínculo entre o dano e o nexa causal. Sendo imprescindível abarcar o tema quanto as espécies de responsabilidade civil.

3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

As espécies de responsabilidade civil a podem ser divididas sob diferentes espécies. A classificação de Maria Helena Diniz (2002, p. 115) preceitua:

1) Quanto ao fato gerador, hipótese em que se terá: a) responsabilidade contratual, se oriunda de inexecução de negócio jurídico bilateral ou unilateral [...]; b) responsabilidade extracontratual ou aquiliana, se resultante do inadimplemento normativo, ou melhor, da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz (CC, art. 927), visto que não há vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas por uma relação obrigacional ou contratual [...]; 2) Em relação ao seu fundamento, caso em que se apresentará como: a) responsabilidade subjetiva, se encontrar sua justificativa na culpa ou dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa [...]; b) responsabilidade objetiva, se fundada no risco, que explica essa responsabilidade no fato de ter o agente causado prejuízo à vítima ou a seus bens [...]; 3) Relativamente ao agente, isto é, a pessoa que pratica a ação. Assim a responsabilidade será: a) responsabilidade direta, se proveniente da própria pessoa imputada [...]; b) responsabilidade indireta, se promanada de ato de terceiro, vinculado ao agente, de fato animal ou de coisa inanimada sob sua guarda.

Já Sergio Cavalieri Filho (2018, p. 37) traz na sua obra um quadro sinótico da responsabilidade civil. Ele divide a responsabilidade civil em duas grandes categorias: 1. Contratual; 2. Extracontratual. Entretanto, cada uma delas terá subdivisões: a primeira se divide entre obrigação de resultado e obrigação de meio; enquanto a segunda entre a responsabilidade subjetiva e objetiva.

Tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual haverá violação de uma obrigação previamente definida. O que diferencia as duas é que a primeira modalidade será aquela que deriva de disposições contratuais, ou seja, existe um negócio jurídico entre as partes contratantes e houve uma violação de algum dever; enquanto a responsabilidade extracontratual decorre de preceitos legais, há violações da própria lei.

Sendo assim, o dever de indenizar proveniente da responsabilidade contratual é o chamado inadimplemento (ilícito contratual), pois neste há uma relação jurídica entre as partes definindo seus direitos e obrigações que devem ser cumpridas; e aquele que provem do dever extracontratual é o ilícito absoluto, quando um agente desrespeitou um dever social, um preceito protegido pela lei.

Assim ensina Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 190):

O inadimplemento contratual acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art. 389 do Código Civil. Quando a responsabilidade não deriva de contrato, mas de infração ao dever de conduta (dever legal) imposto genericamente no art. 927 do mesmo diploma, diz-se que ela é extracontratual ou *aquilliana*. Embora a consequência da infração ao dever legal e ao dever contratual seja a mesma (obrigação de ressarcir o prejuízo causado), o Código Civil brasileiro distinguiu as duas espécies de responsabilidade, acolhendo a teoria dualista e afastando a unitária, disciplinando a extracontratual nos arts. 186 e 187, sob o título “Dos Atos Ilícitos”, complementando a regulamentação nos arts. 927 e s., e a contratual, como consequência da inexecução das obrigações, nos arts. 389, 395 e s., omitindo qualquer referência diferenciadora.

A divisão trazida por Cavalieri é tratada a título de roteiro, mas será utilizada neste trabalho, tratando do tema conforme esta divisão, a fim de facilitar a compreensão do sistema de responsabilidade.

3.1 Responsabilidade Civil Contratual

A responsabilidade civil contratual é dividida conforme a obrigação contratada, quais sejam: com obrigação de resultado e com obrigação de meio.

O fundamento desta responsabilidade está nos artigos 389 e 475 do Código Civil, que assim dispõem:

Art. 389: Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 475: A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

O que existe portando na responsabilidade contratual é a indenização por perdas e danos em razão do inadimplemento que cause danos. Isto porque nestas relações há uma prévia relação entre as partes que gera o dever de indenizar proveniente de convenção entre elas.

Sergio Cavalieri Filho (2018, p. 377) explica:

Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A responsabilidade contratual não está no contrato, como equivocadamente alguns a definem. O que está no contrato é o dever jurídico preexistente, a obrigação originária voluntariamente assumida

pelas partes contratantes. A responsabilidade contratual surge quando uma delas (ou ambas) descumpre esse dever, gerando o dever de indenizar.

E, de maneira inteligente, acrescenta:

Há, portanto, na responsabilidade contratual tudo que há na responsabilidade extracontratual – conduta (que pode ser culposa ou não), nexos causal e dano. Mas, se a transgressão se refere a um dever estabelecido em negócio jurídico, a responsabilidade será contratual; se a transgressão é de um dever jurídico imposto pela lei, a responsabilidade será extracontratual. Mínima, na realidade, é a diferença, a rigor não há distinção substancial entre a responsabilidade contratual e a extracontratual. Na essência, ambas decorrem da violação de dever jurídico preexistente. A distinção é tão singela que até já existe movimento no sentido da unificação da responsabilidade. O Código do Consumidor, como haveremos de ver, suplantou a dicotomia. Mas a responsabilidade contratual tem ainda um sentido prático muito importante. Na solução dos casos concretos bastará examinar o contrato existente entre as partes e os deveres nele estabelecido (CAVALIERI FILHO, 2018, p. 377).

Para a responsabilidade contratual ser configurada há alguns pressupostos particulares: existência de um contrato válido, inexecução do contrato, dano e nexos causal.

O primeiro deles exige que o contrato celebrado entre devedor e credor seja válido, proveniente de vontade livre e consciente das partes e ter sua forma respeitada conforme ditam as normas jurídicas.

Caso seja um contrato nulo, com vícios de forma ou validade, não produzirá nenhum efeito, direito ou dever às partes, incluído o dever de indenizar, posto que a nulidade do contrato não gera violação de dever jurídico.

A inexecução do contrato deverá ser observada conforme alguma das partes deixe de cumprir as disposições previstas no instrumento. Isto é, há obrigações definidas no instrumento, mas, caso descumpridas gera a obrigação de indenizar. Sergio Cavalieri (2018, p. 382) assim descreve:

Daí resulta evidente que uma é a obrigação decorrente do contrato e outra a obrigação resultante da sua inexecução. No contrato de transporte, por exemplo, a obrigação principal do transportador, emergente do contrato, é levar o passageiro incólume ao seu destino. Se no curso da viagem ocorre um acidente e o passageiro sofre algum dano, fica caracterizado o inadimplemento, o ilícito contratual, em razão do qual terá o transportador que indenizá-lo.

Nada impede de afirmar portanto, conforme Sergio Cavalieri (2018, p. 382) assim também o faz que “na responsabilidade contratual a indenização funciona como substitutivo da prestação contratada.”

Por fim, o último pressuposto é a existência de dano e nexos causal, posto que o Código Civil possui regra específica quanto o nexos causal na responsabilidade contratual em seu artigo 403, que aduz: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

A exigência do Código, portanto, é quanto a relação direta e imediata entre a inexecução da obrigação e o dano causado por ela, igualmente como preceitua a teoria da causa adequada do nexos causal já vista.

Portanto o que difere a responsabilidade contratual da extracontratual é o fato de que na primeira, além da relação jurídica preexistente nascida pela vontade das partes, há a culpa presumida.

Mesmo que nem sempre a responsabilidade extracontratual seja fundada em culpa, este é um elemento diferenciador. Isto porque na responsabilidade contratual sempre haverá a inversão do ônus da prova, para que o devedor produza prova que o elida de responsabilidade.

Entretanto, sobre este tema sintetiza Sérgio Cavalieri (2018, p. 380):

O que é decisivo é o tipo de obrigação assumida no contrato. Se o contratante assumiu a obrigação de alcançar um determinado resultado e não conseguiu, haverá culpa presumida, ou, em alguns casos, até responsabilidade objetiva; se a obrigação assumida no contrato foi de meio, a responsabilidade, embora contratual, será fundada na culpa provada. Na responsabilidade extracontratual subjetiva – estamos todos lembrados – a regra é a culpa provada, ônus que cabe à vítima, admitindo-se apenas excepcionalmente a culpa presumida.

É evidente que será o tipo de obrigação que possui relação direta com o tipo de responsabilidade e com a inversão ou não do ônus da prova. Será a obrigação que definirá a responsabilidade, ou seja, conforme o conteúdo da obrigação é possível analisar qual a prova cabível para se falar na responsabilidade.

3.1.1 Obrigação de meio x obrigação de resultado

A distinção entre estas duas obrigações é proveniente do Direito Francês que, como já dito na evolução histórica da responsabilidade civil, muito influenciou o sistema de responsabilidade brasileiro. A doutrina, juristas e os próprios tribunais franceses nunca deixaram de utilizar a diferenciação entre estas duas obrigações, pois sempre foi vista como auxílio ao intérprete para configurar, ou não, o inadimplemento contratual.

Apesar do Código Civil ser omissivo quanto estas classificações, o sistema jurídico brasileiro sempre a utilizou, quer em teses doutrinárias, quer em jurisprudências, havendo entendimentos consolidados acerca de específicas prestações de serviço.

Como é o caso do serviço do advogado ser classificado como obrigação de meio, não promete a vitória na ação jurisdicional, mas tão somente a aplicação de seus conhecimentos com zelo e cautela para tentar chegar no resultado esperado pelo contratante. Conforme preceitua Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 244):

As obrigações de advogado consistem em defender a parte em juízo e dar-lhe conselhos profissionais. A responsabilidade do advogado, na área litigiosa, é de uma obrigação de meio. Nesse diapasão, assemelha-se à responsabilidade do médico em geral, conforme estudamos. O advogado está obrigado a usar de sua diligência e capacidade profissional na defesa da causa, mas não se obriga pelo resultado, que sempre é falível e sujeito às vicissitudes intrínsecas ao processo.

Os contratos com obrigação de meio são aqueles em que o prestador do serviço não se compromete em chegar a um resultado, mas tão somente em utilizar os meios que ele considera possível para tentar alcançá-lo. Ao contrário do que ocorre com aqueles que possuem obrigação de resultado, pois o contratante possui a garantia de que terá o resultado que almeja no momento da contratação do serviço.

Ensina Pablo Waldemar Renteira (2011, p. 25):

Em particular, nos casos em que o credor espera obter certo resultado que, todavia, não vem a se concretizar, mostra-se fundamental averiguar se o devedor assumiu o compromisso de realizá-lo, isto é, se a obrigação é de meios ou de resultado. Afinal, é somente a partir da definição do que era devido que se pode determinar a ocorrência de

inadimplemento e dos efeitos daí decorrentes, como, por exemplo, o cabimento da resolução contratual e de indenização por perdas e danos.

E, acrescenta:

Já na obrigação de resultado, a prova da inexecução mostra-se, de fato, bem mais simples, pois a mera constatação de que o resultado pro- metido não se concretizou é suficiente para demonstrar que a prestação não foi cumprida a contento, independentemente de qualquer apreciação em relação ao comportamento do devedor. Ademais, como se observou argutamente, a não obtenção do resultado confunde-se muitas vezes com a própria produção do dano, de tal sorte que a situação da vítima fica facilitada sobremaneira, bastando provar o compromisso do devedor em obter o resultado esperado e a importância do dano a ser ressarcido para obter a condenação do devedor ao pagamento da indenização (2011, p. 26)

Isso porque a obrigação de indenizar pelo inadimplemento contratual observará qual é o objeto contrato.

Em se tratando de obrigação de meio dependerá da aferição de culpa, ou seja, analisar se o comportamento do contratante foi “incompatível com os padrões usuais de diligência profissional”, conforme entende Pablo Waldemar Renteira (2011, p. 30).

No que diz respeito às obrigações de resultado, também há entendimento pacificados quanto ao enquadramento de determinadas atividades dentro deste tipo.

Um caso clássico exemplo e importante para este trabalho é o caso do transporte de pessoas. Considera-se que o transportador possui obrigação de resultado, conforme Agostinho Alvim (1972, p. 318):

A obrigação do transportador é de fim, e não de meio. 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. Daí a apreciação rigorosa da sua responsabilidade.

O doutrinador Gustavo Tepedino (2006, p. 531) explica o que justifica este tipo de obrigação para os contratos de transporte:

[...] na cláusula de incolumidade, que nele resta implícita, ensejando verdadeira obrigação de resultado, cabendo ao transportador, em sua decorrência, evitar qualquer constrangimento funesto, conduzindo o passageiro são e salvo ao lugar de destino.

Este tipo de obrigação também é encontrado em outras atividades e em outros ramos do Direito, como por exemplo o contrato de corretagem e no Direito Empresarial, respectivamente, mas não são matérias pertinentes para o presente trabalho científico.

A distinção prática das duas obrigações é vista no Direito brasileiro de âmbitos diferentes entre os doutrinadores. Pablo Waldemar Renteira (2011, p. 34-37) assim explica:

De um lado, sustenta-se a sua pertinência no que diz respeito à distribuição do ônus da prova nas ações de responsabilidade decorrentes do descumprimento contratual. Segundo tal entendimento, nas obrigações de resultado, a não realização do resultado prometido gera a presunção de culpa do devedor, ao passo que, nas obrigações de meios, compete ao credor provar o inadimplemento culposo da obrigação por parte do devedor. [...] Em sentido diverso, tem-se afirmado que cada espécie de obrigação sujeita o devedor a regime distinto de responsabilidade civil. Desta feita a relevância da distinção consistiria em diferenciar os casos em que o inadimplemento acarreta a responsabilidade objetiva do devedor daqueles em que, ao revés, a culpa constitui pressuposto do dever de indenizar.

Portando, na prática, é importante diferenciar a obrigação de meio e obrigação de resultado a fim de definir a qual das partes pertencerá o ônus de prova quando a ação versar sobre a responsabilidade contratual; e é base que rege qual será o sistema de responsabilidade civil que o inadimplente se submeterá, traçando os casos em que a responsabilidade contratual é definida como subjetiva e objetiva.

E, para analisar se é caso que se pode falar em inadimplência do devedor, deverá ser observado o conteúdo da prestação obrigacional.

A distinção portanto, mesmo não presente expressamente no Código Civil brasileiro, é muito útil e incide em diversas relações contratuais, haja visto os entendimentos pacificados na jurisprudência e doutrina que há décadas auxiliam na resolução de casos práticos.

Por fim, cumpre destacar que no âmbito contratual pode haver a cláusula de não indenizar. Quando ela for admissível, não excluirá a responsabilidade, mas tão somente a indenização. O que importa é analisar a sua validade, a depender da relação contratada, como o clássico exemplo tem-se os contratos de adesão que não a admitem.

3.2 Responsabilidade Civil Extracontratual

É necessário diferenciar a responsabilidade objetiva da subjetiva, sendo esta a classificação muito importante para a compreensão do sistema da responsabilidade civil, já que a responsabilidade civil extracontratual se subdivide entre estas duas clássicas hipóteses de responsabilidade.

Isto também se faz necessário em razão dos dispositivos que fundamentam estas duas espécies, pois a responsabilidade objetiva somente é cabível quando a lei expressamente disser, portanto há inúmeras situações que o legislador tratou sobre o tema. No Código Civil pátrio a regra é a responsabilidade ser subjetiva, entretanto também prevê casos de objetividade, conforme disposições expressas neste sentido.

Ressalta-se que na responsabilidade extracontratual não haverá o instrumento contratual entre as partes (vítima do dano e responsável pelo dano).

Importa dizer que “duas são as modalidades de responsabilidade civil extracontratual quanto ao fundamento: a subjetiva, se fundada na culpa, e a objetiva, se ligada ao risco”, ensina Maria Helena Diniz (2015, p. 579).

Quando relacionado ao tema do presente trabalho científico, Maria Helena Diniz acrescenta (2015, p. 628):

No que atina a acidentes automobilísticos, dois são os tipos de responsabilidade: a contratual e a delitual. A responsabilidade em contrato de transporte na relação entre transportador e transportado é objetiva por força dos arts. 730 a 756 do Código Civil. Se dois carros colidirem causando danos aos veículos e aos que neles se encontrarem (não sendo passageiros), ter-se-á responsabilidade aquiliana.

Assim a importância de trazer à baila esta classificação, conforme se verá posteriormente.

3.3 Responsabilidade Subjetiva

Anteriormente o sistema brasileiro era adepto somente a Teoria Clássica no Código Civil de 1916, na qual a culpa era o elemento mais importante,

na sua falta não haveria responsabilidade, valorizava-se apenas a responsabilidade civil subjetiva.

O Código Civil de 2002 não abandonou a ideia clássica, mas ampliou o sentido de interpretação da culpa, que passou a se referir tanto ao dolo como também à culpa *stricto sensu*, e adotou a Teoria do Risco, passando a admitir a responsabilidade objetiva, que independe de culpa.

Cumprе ressaltar que a regra do sistema civilista brasileiro não deixou de ser a responsabilidade subjetiva, pois a objetiva somente é cabível para os casos expressamente previstos.

Está fundamentada no Código Civil em seus artigos 186 e 927, *caput*, conforme descreve:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Conforme ensina Arnaldo Rizzardo (2005, p. 28), a culpa pode ser entendida da seguinte forma:

A culpa no sentido estrito equivale à ação ou omissão involuntária que causa danos, e que se dá por negligência ou imprudência, no que se expande em sentidos equivalentes, como descuido, imperícia, distração, indolência, desatenção e leviandade. No sentido lato, abrange dolo, isto é, a ação ou omissão voluntária, pretendida, procurada, almejada, que também traz danos em ambas as dimensões, desrespeita-se a ordem legal estabelecida pelo direito positivo.

Portanto em se tratando de responsabilidade subjetiva, deverá analisar se o agente agiu com culpa ou dolo quando causado o resultado danoso à vítima. Além deste elemento, há os pressupostos de conduta, nexos causal e dano (cabíveis para a responsabilidade objetiva, serão analisados posteriormente).

Sendo a análise imprescindível, o agente só não terá obrigação de indenizar caso prove alguma excludente de responsabilidade, que possui como particularidade a quebra do liame entre o fato ocorrido e a culpa de quem o causou. A excludente de culpabilidade, portanto, afasta apenas os casos de responsabilidade subjetiva.

Por fim, é importante a distinção entre a culpa presumida e a culpa provada. Há casos que exigem a comprovação da culpa para gerar a obrigação de indenizar, mas em outros não é exigida.

Essa afirmativa não quer dizer que a culpa presumida é para a responsabilidade objetiva, pois esta independe de culpa. A diferenciação serve apenas para regular o ônus da prova, assim explica Sergio Cavalieri (2018, p. 58):

Autores e profissionais do Direito referem-se constantemente à culpa presumida como se se tratasse de responsabilidade objetiva. Convém, então, enfatizar este ponto: a culpa presumida não se afastou do sistema da responsabilidade subjetiva, pelo que admite discutir amplamente a culpa do causador do dano; cabe a este, todavia, elidir a presunção de culpa contra si existente para afastar o dever de indenizar.

Geralmente as hipóteses de culpa presumida ocorrem para os casos em que a vítima possui pouca possibilidade de conseguir produzir a prova da culpa do agente, considerando apenas o fato lesivo como um fato culposo. Entretanto é cabível para as hipóteses de responsabilidade subjetiva, ou seja, o agente causador do dano deverá buscar excludentes que sejam cabíveis para este tipo de responsabilidade caso queira se eximir de qualquer obrigação.

O que importa saber para este assunto se resume a estes fatos, já que o conteúdo da responsabilidade subjetiva não interfere na compreensão do tema central do presente trabalho.

3.4 Responsabilidade Objetiva

Desde que foi consagrada a Teoria do Risco da atividade, atualmente presente no Código Civil (no parágrafo único do artigo 927, artigo 931 e outros), além de estar presente na regulamentação de determinadas situações previstas em leis, é possível sustentar a responsabilidade objetiva, que deixou de considerar a culpa como elemento obrigatório, conforme aduz Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 192):

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou objetiva, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Essa

teoria, dita objetiva ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa. Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano.

Justifica-se portanto para as atividades que possui um risco de dano, devendo reparar a vítima mesmo sem o elemento da culpa na conduta, assim acrescenta Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 192) em sua explicação:

A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio de que é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*, isto é, quem auferir os cômodos (lucros) deve suportar os incômodos ou riscos); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo, em razão de uma atividade perigosa; ora, ainda, como “risco profissional”, decorrente da atividade ou profissão do lesado, como ocorre nos acidentes de trabalho.

Conforme exposto por Sérgio Cavalieri Filho (2018, p. 37) a objetividade incide nos seguintes casos: “1. Casos de Abuso de Direito; 2. Atividade de Risco – Fato de Serviço; 3. Fato de Produto; 4. Fato de Outrem; 5. Fato da Coisa; 6. Do Estado e dos Prestadores de Serviços Públicos; 7. Nas relações de Consumo.”

Todas estas situações possuem artigos regulamentando uma espécie de cláusula geral da responsabilidade objetiva, entretanto, para este trabalho científico as situações que se destacam, mostrando-se mais importantes, são as hipóteses da Atividade de Risco e das Relações de Consumo, o que justifica os próximos tópicos deste trabalho.

3.5 Das Atividades de Risco

A atividade de risco está presente no Código Civil na cláusula geral de responsabilidade objetiva do artigo 927, parágrafo único:

Artigo 927, parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Este artigo demonstra claramente a adoção do Código à Teoria do Risco, que exige somente a análise do risco que a atividade causa a terceiros, conforme ela tenha proveito econômico.

É importante analisar o significado das expressões utilizadas pelo Código para definir o que seja a atividade de risco.

Primeiramente, o sentido de palavra atividade para Sergio Cavalieri Filho (2018, p. 271) é utilizada para se referir a “conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos.” E acrescenta “a doutrina e a própria lei utilizam a palavra atividade para designar serviços. No Direito Administrativo, por exemplo, define-se serviço público com o emprego da palavra atividade”.

Conclui-se que a cláusula geral abrange as atividades entendidas e classificadas como serviços.

A segunda compreensão necessária se refere a natureza da atividade implicar em risco. O risco deve ser inerente, intrínseco, a natureza da atividade.

Isso quer dizer que não é possível praticar a atividade sem que implique em alguns riscos a outrem, conforme explica Sergio Cavalieri Filho (2018, p. 273):

Embora o perigo ou risco seja elemento ligado a certas atividades, a lei não proíbe a sua realização, pelo contrário, até as estimula por serem necessárias à sociedade, como, por exemplo, os transportes de qualquer natureza, serviços públicos em geral – fornecimento de luz, gás, água, telefone –, serviços médico-hospitalares e outros tantos. [...] Em nosso entender, enquadra-se no parágrafo único do art. 927 do Código Civil toda atividade que contenha risco inerente, excepcional ou não, desde que intrínseco, atado à sua própria natureza. E assim nos parece porque pela teoria do risco criado, que também pode ser chamada de risco da atividade, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade empresarial ou profissional tem o dever de responder pelos riscos que ela possa expor à segurança e à incolumidade de terceiros, independentemente de culpa. Essa obrigação é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos serviços que oferece, respondendo pela segurança dos mesmos.

O que definirá o risco ser inerente a atividade portanto é a sua própria natureza. Mas ressalta-se que não será apenas este fato que enseja a criação da obrigação de indenizar.

O legislador também diz no artigo em comento que haverá obrigação de reparar quando houver autor do dano, isto é, alguém que viola um dever jurídico. Neste sentido, não há na doutrina melhor lição que a dada por Sérgio Cavellieri Filho (2018, p. 274):

Quando se fala em risco o que se tem em mente é a ideia de segurança. A vida moderna é cada vez mais arriscada, vivemos perigosamente – de sorte que quanto mais o homem fica exposto a perigo, mais experimenta a necessidade de segurança. Logo, o dever jurídico que se contrapõe ao risco é o dever de segurança. Se o causador do dano, como já ressaltado, pode legitimamente exercer uma atividade perigosa, a vítima tem direito (subjetivo) à incolumidade física e patrimonial, decorrendo daí o dever de segurança. Com efeito, existe um direito subjetivo de segurança, cuja violação justifica a obrigação de reparar sem nenhum exame psíquico ou mental, sem apreciação moral da conduta do autor do dano. A segurança material e moral constitui um direito subjetivo do indivíduo, garantido pela ordem jurídica.

E, acrescenta uma explicação sobre a compreensão deste instituto e a distinção da obrigação de resultado e obrigação de meio:

As atividades que geram obrigação de resultado, por exemplo, terão que ser prestadas com tal segurança que o resultado alvejado seja efetivamente alcançado – o passageiro terá que ser levado são e salvo ao seu destino. Nas atividades que geram obrigação de meio não haverá que se falar em defeito da atividade, ainda que o resultado não tenha sido alcançado, desde que a atividade tenha sido desenvolvida com a segurança esperada (CAVALIERI FILHO, 2018, p. 274).

O entendimento lógico é de que a violação do dever de segurança implica em dizer que a atividade prestada foi defeituosa e, para saber o que é atividade defeituosa, se faz necessária a compreensão do instituto conhecido como fato da atividade, previsto no artigo 14 e seu parágrafo 1º do Código de Defesa do Consumidor, analisado no capítulo a seguir.

3.6 Responsabilidade Civil nas Relações Consumeristas

Conforme a classificação utilizada nas linhas anteriores, fica claro que a responsabilidade nas relações de consumo é classificada como

responsabilidade extracontratual e objetiva, mas quando se trata do Código de Defesa do Consumidor há algumas peculiaridades; em razão de ser considerado um microssistema, merece uma análise apartada.

A distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual foi superada no que concerne ao campo da responsabilidade nas relações de consumo, pois o Código de Defesa do Consumidor deixou de levar em consideração esta distinção. Já que sua finalidade é a proteção da parte vulnerável da relação, que é o consumidor, o Código deu tratamento exclusivo à responsabilidade do fornecedor quando ocorrer defeito do serviço ou produto, independentemente da relação de consumo ser classificada como contratual ou não.

O que é considerado para a responsabilização do fornecedor é o dever de segurança, obrigação que deve ser respeitada perante os consumidores. Esta é a base para o tratamento unitário dado pelo CDC para responsabilização do fornecedor, que sempre responderá objetivamente pela falta de observância do seu dever.

Para a relação do CDC deve haver a presença da figura do consumidor e do fornecedor, definidos na letra da lei como a pessoa que adquire ou utiliza produto ou serviço e a pessoa que fornece o produto ou o serviço, respectivamente. O consumidor será tratado como ente vulnerável, independentemente do grau econômico ou cultural, visando a sua proteção contra abusos do fornecedor e a igualdade entre as partes.

Neste sentido, explica o autor Sergio Cavalieri Filho (2018, p. 31) que, pelo fato das relações de consumo estarem cada vez mais predominantes, “não seria também demasiado afirmar que, a partir dele, a responsabilidade objetiva, que era exceção em nosso Direito, passou a ter um campo de incidência mais vasto do que a própria responsabilidade subjetiva”.

É importante a análise da responsabilidade do sujeito que figura na posição de fornecedor do objeto da relação comercial, já que responderá objetivamente pelos vícios.

3.6.1 Da responsabilidade civil do fornecedor

O fornecedor será responsável pelo produto ou pelo serviço quando se mostrarem defeituosos, mas em se tratando do tema do presente trabalho científico, importa a análise da responsabilidade civil do fornecedor de serviços.

São considerados como serviços para o CDC toda atividade que tenha remuneração, ressalvada apenas as atividades trabalhistas.

Quando se fala em responsabilidade do fornecedor de serviço automaticamente se relaciona com a hipótese conhecida como defeito de fato do serviço, isto é, aquele que macula a saúde e/ou segurança do consumidor e causa um dano incidindo a responsabilização do prestador de serviço.

Sempre que um prestador de serviço, no exercício de sua função, agir colocando em risco a saúde ou segurança do consumidor, além do risco natural e inerente, está diante do que preceitua o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor:

Artigo 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Conforme ensinamentos de Sergio Cavalieri Filho (2018, p. 275) “quem desenvolve atividade perigosa só terá a obrigação de indenizar objetivamente quando violar o dever de segurança, e isso ocorre quando a atividade é prestada com defeito”.

Além do defeito da atividade, o Código prevê o chamado acidente de consumo, quando o dano atinge uma universalidade de pessoas previsto no seu artigo 17: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. Todas as vítimas atingidas poderão propor ação de reparação de danos.

A responsabilidade do fornecedor é objetiva, não cabendo ao consumidor fazer prova, pois o defeito do serviço que causa dano, seja moral ou patrimonial, deverá ser indenizado.

Maria Helena Diniz (2015, p. 525) ressalta que o Código de Defesa do Consumidor “consagra a responsabilidade objetiva, ressarcindo os danos físicos-psíquicos causados ao consumidor e demais vítimas do evento (art. 17) por vício de qualidade e segurança”.

Isto porque a dignidade da pessoa humana é o tema central protegido, deve os fornecedores atuarem respeitando esta norma fundamental. Assim é o que ensina Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2002, p.144):

No que diz respeito ao aspecto específico da produção, no curso de atividades econômicas, de danos que afetem a dignidade da pessoa humana, a responsabilidade civil pode ter um papel relevante. A operacionalização desse instituto pode produzir uma intervenção na relação meios-fins da atividade econômica, tornando ineficiente aquilo que pode violar o princípio da dignidade.

O consumidor, como destinatário final, possui o dever de indenização integral, ressaltada a previsão do artigo 25 do Código que veda “a estipulação contratual e cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar”.

Para que o fornecedor consiga excluir sua responsabilidade deverá produzir as provas previstas no parágrafo 3º do artigo 14, quais sejam: prestou o serviço e o defeito inexistiu ou houve culpa exclusiva do consumidor (culpa exclusiva da vítima) ou culpa exclusiva de terceiro.

É importante estas premissas serem fixadas para que o tema do presente trabalho seja destacado, tendo em vista as considerações a serem feitas quanto a responsabilidade do transportador.

4 DA RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR NO CONTRATO DE TRANSPORTE E A CLÁUSULA DE INCOLUMIDADE

Os meios de transporte são essenciais na vida de todos os cidadãos. Independente da modalidade de transporte, é possível constatar um alto número de usuários destes serviços, seja público ou privado e por meios variados como por exemplo transportes coletivos, transportes via aplicativo, ônibus interestaduais de companhias privadas e etc.

Atualmente a relação entre o contratante do serviço de transporte e o transportador é cercada de problemáticas, a envolver situações peculiares conforme o tipo de transporte, mas o objetivo principal do presente trabalho é esmiuçar os conflitos envolvendo a incolumidade dos contratantes no que se refere as ações praticadas por terceiro, que resultam em danos ao passageiro, que têm sua segurança violada, principalmente quanto às vítimas de atos libidinosos ou assédio sexual cometido dentro do transporte.

Conforme o Direito evolui, buscando acompanhar as mudanças sociais, deve se atentar as problemáticas que as relações humanas envolvem, a fim de realizar a efetiva justiça, objetivo maior a ser alcançado. Isto não pode ser diferente quando tratar-se do serviço de transporte.

Ou seja, deve o direito se prestar para realizar a efetiva justiça punindo ou servindo como medida educativa a quem mereça, avaliando as situações atuais envolvendo este serviço, a fim de responsabilizar corretamente aqueles que descumprirem os preceitos intrínsecos desta espécie contratual, *in casu*, a incolumidade.

4.1 Conceito de Cláusula de Incolumidade

É necessário que a cláusula de incolumidade seja analisada e conceituada previamente quanto à responsabilidade do fornecedor de transporte, pois ela influenciará nas questões abordadas e compreensão do tema.

Para configurar a cláusula de incolumidade é imprescindível que o contrato de transporte esteja configurado, isto é, que exista a relação contratual

entre o “transportador” e o “passageiro” ou, em se tratando de contrato de transporte de coisas, o expedidor.

O transportador é o contratado, que se obriga, mediante retribuição, a transportar coisas ou pessoas, de um local para o outro, por meios terrestres, aquático ou aéreo até o destino final contratado. Enquanto o passageiro, ou o expedidor, é o contratante, que paga pelo serviço de transporte contratado, mediante o preço denominado “passagem”, quando for transporte de pessoas, ou paga o chamado “frete”, quando configurado o transporte de coisas.

Assim, só considera que o contrato está perfeitamente concluído com o término do transporte ao local convencionado e com a chegada incólume da pessoa, e suas eventuais bagagens, ou, em sendo transporte de coisa, sua chegada intacta.

Isso porque a cláusula de incolumidade está inserida, mesmo que implicitamente, em todos os tipos de contratos de transporte. Ela diz respeito a obrigação que o transportador possui em conduzir o passageiro ou a coisa sem qualquer interferência prejudicial até o destino final.

Entretanto, o aspecto a ser abordado neste trabalho diz respeito tão somente ao contrato de transporte de pessoas. É direito do passageiro chegar “são e salvo” ao seu destino, enquanto é dever do transportador zelar para que isto ocorra. Com isso, fica claro que os respectivos direitos e deveres das partes estão subentendidos no momento da contratação, independente da forma que foi realizada. Neste sentido preceitua Silvio de Salvo Venosa (2013, p. 905):

Se o transportador recebe o preço, o contrato de transporte está concluído, independentemente da entrega material da passagem, bilhete ou outro documento. Da mesma forma, quem acena para táxi na via pública, ingressando no veículo e com este em movimento, está celebrando contrato de transporte.

Configura-se como uma verdadeira cláusula de garantia ao contratante do serviço de transporte, pois lhe assegura que não sofra qualquer tipo de dano, ou seja, garante a segurança e integridade, em todos os aspectos do contratante, conforme ensina Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 336):

Mesmo que o instrumento contratual não explicita, é decorrência do princípio da função social do contrato e da regra ética de boa-fé objetiva que o transportador tem o dever de levar o passageiro, a salvo e em segurança, até o local de destino. A quebra desta obrigação implícita de natureza contratual impõe o reconhecimento da responsabilidade objetiva do transportador, que deverá indenizar a vítima independentemente de ter atuado ou não com dolo ou culpa.

Como consequência, justamente em razão da existência de referida cláusula, a obrigação do transportador é classificada como obrigação de resultado, e não somente de meio, já que o transportador está vinculado ao resultado da viagem do passageiro, que não deseja somente chegar ao seu destino, mas sim ter uma viagem segura até seu desembarque.

Assim, ensina Flávio Tartuce (2012, p. 540): “[...] o transportador se obriga a levar uma pessoa e sua bagagem até o destino, com total segurança, mantendo incólume os seus aspectos físicos e patrimoniais”.

A cláusula de incolumidade, portanto, está presente neste cenário, e mostra-se importante para delimitar a responsabilidade do transportador quando o passageiro sofrer eventual prejuízo ante a violação da cláusula, ou seja, quando acontecer algo negativo a ele no decorrer da prestação do serviço o transportador responderá independente de culpa, já que sua obrigação é de resultado.

4.2 Responsabilidade Civil do Fornecedor de Transporte

Vale ressaltar, por oportuno, que a responsabilidade do fornecedor do transporte de pessoas pode ser analisada diante de três dimensões distintas: em relação aos empregados, em relação a terceiros e em relação ao contratante do serviço.

Neste trabalho o aspecto mais importante diz respeito tão somente a responsabilidade civil em relação ao contratante do serviço, visto haver efetivo contrato de transporte firmado entre as partes envolvidas na relação, é o único que trata sobre responsabilidade contratual do transportador. Tal responsabilidade está intimamente ligada à existência da cláusula de incolumidade, pois, por se apresentar como cláusula de garantia, ela é uma das justificativas do tipo de responsabilidade civil do transportador, que será objetiva.

Em caso de eventual violação da cláusula que gere prejuízo ao contratante, a responsabilização do transportador configura-se independentemente de culpa, caracterizando a responsabilidade objetiva deste sujeito e evidencia a natureza da obrigação assumida pelo transportador ser de resultado. Cavalieri Filho (2012, p. 328) explica:

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 segurança. 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 [...].

Ainda que o Código Civil não possua previsão expressa acerca destas considerações, é certo que se justifica a responsabilidade ser considerada objetiva também em razão dos demais fatores, que são inerentes a este tipo de responsabilidade, a seguir pontuados.

4.2.1 Da responsabilidade objetiva do transportador

Além do fato de ser classificada como obrigação de resultado, sempre a doutrina e jurisprudência entendeu que o transportador possui responsabilidade objetiva em relação aos danos causados aos passageiros.

Primeiramente, o *caput* do artigo 734 do Código Civil prevê como excludente de responsabilidade do transportador tão somente os casos de força maior (evento proveniente de ato humano, imprevisível e inevitável). Já no que diz respeito ao caso fortuito (evento previsível ou imprevisível, porém inevitável, decorrente das forças da natureza), apesar de não estar descrito, a doutrina e jurisprudência consideram as duas expressões sinônimas na maioria dos casos, sendo cabível ser assim considerada nesta relação para ser igualmente tratado como excludente. Ou seja, evidenciando hipóteses de excludente de responsabilidade inerente a responsabilidade objetiva, pois excluem o nexo causal.

Seguindo a análise deste dispositivo do Código Civil, não se considera como excludente a cláusula de não indenizar, garantindo ao

contratante que qualquer estipulação contratual inserida no instrumento que exclua a responsabilidade do transportador será considerada nula.

Neste sentido já havia entendimento jurisprudencial anteriormente consolidado na Súmula 161, STF, assim dispondo: “Em contrato de transporte é inoperante a cláusula de não indenizar”. Mesmo que atualmente haja previsão expressa no Código Civil, assim o fez apenas aos transportes de pessoas, por isso tal orientação do STF ainda se mostra útil para ser invocada nas outras hipóteses de contratos de transporte, a fim de ser considerada nula qualquer disposição que tente retirar o dever do transportador de garantir a segurança dos contratantes, independente de qual seja tipo de transporte, já que a cláusula de incolumidade, como já dito, estará presente em todos.

Tal nulidade também se justifica porque estes contratos são de consumo e, na maioria das vezes, de adesão, portanto o contratante não tem a possibilidade de discutir as disposições contratuais, mas não significará que toda e qualquer cláusula inserida pelo contratado valerá, principalmente aquelas que demonstrarem a tentativa de eximir-se da responsabilidade civil, que nunca terão eficácia.

É evidente, portanto, a nulidade de qualquer cláusula neste sentido, visto que o contratante renunciaria um direito peculiar da sua condição de parte contratual: o direito a segurança.

Para terminar a análise do artigo 734 do Código Civil, seu parágrafo único prevê: “É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização”. Nesta parte do dispositivo nota-se a valorização da boa-fé objetiva no contrato de transporte, na medida que atribui ao contratante o dever de informar o conteúdo da bagagem para que seja prefixado eventual valor indenizatório.

É importante ressaltar que a referida declaração não é obrigatória e que o intuito do dispositivo é demonstrar a licitude da exigência de declaração, eis que visa tão somente facilitar a prova do prejuízo sofrido em eventual litígio e sem a declaração há dificuldade para provar o que está na bagagem. Entretanto, não pode supor a perda do direito a indenização caso não haja a declaração.

Isto porque a interpretação deve ser feita de forma favorável ao contratante, vez que este é consumidor, considerado como parte vulnerável da

relação, possui a proteção de destinatário final do serviço e o direito à indenização integral, previstos no Código do Consumidor.

Conforme ensina Claudio Luiz Bueno Godoy (2019, pag. 742): “O CC, nos arts. 733 e 734, parece ter pretendido, na esteira do comando constitucional do art. 5º, V e X, estabelecer a completa reparação dos prejuízos provocados pelo fato do transporte aos passageiros e ou à sua bagagem”.

Referida conclusão é baseada no posicionamento do Entendimento n. 369 do CJP/STJ, aprovado pela IV Jornada de Direito Civil, que preza pela utilização das normas do CDC mais favoráveis ao consumidor quando restar configurada a relação de consumo no contrato de transporte, conforme descreve:

Diante do preceito constante no art. 732 do Código Civil, teleologicamente e em uma visão constitucional de unidade do sistema, quando o contrato de transporte constituir uma relação de consumo, aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor que forem mais benéficas a este.

Como consequências deste Enunciado, observa-se que não existe colisão entre as legislações do Código Civil e do Código do Consumidor, já que esta será aplicada apenas no que beneficiar o consumidor.

Além de esgotar as dúvidas sobre a possibilidade de enquadrar a relação de transporte do transportador nos contornos de uma relação de consumo, não restam argumentos contrários sobre o passageiro ser acobertado pelo instituto da proteção ao destinatário final do serviço previsto no Código de Defesa do Consumidor, já que desta forma terá o resguardo das disposições das normas consumeristas que forem benéficas a ele.

Tal fato se justifica pela possibilidade do diálogo das fontes entre as duas leis em questão, já que trata-se de contrato em espécie a ser regulado primordialmente pelo Código Civil em seu título VI e capítulo XIV, mas envolve uma relação de consumo, aplicando-se as normas do Código de Defesa do Consumidor em complementaridade. Neste sentido os doutrinadores exemplificam o chamado diálogo sistemático de coerência, para Flávio Tartuce (2012, p. 160) são as hipóteses que permitem os conceitos e as regras básicas relativas aos contratos em espécie serem retirados do Código Civil mesmo sendo

o contrato de consumo. Isso ocorre para a compra e venda, para a prestação de serviços, para a empreitada, para o transporte, para o seguro, dentre outros.

Sendo assim, vislumbra-se mais uma justificativa ao argumento da responsabilidade do transportador ser considerada objetiva, já que o CDC impõe este tipo de responsabilidade ao fornecedor de serviço. Analogicamente, sendo esta relação reconhecida como de consumo, o fornecedor de serviço será o transportador e o consumidor será o passageiro, aplica-se aos contratos de transporte o disposto no *caput* do artigo 14 desta legislação:

Artigo 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Ou seja, este dispositivo do CDC sempre atua nas hipóteses do prestador de serviço que, no exercício de sua função, age colocando em risco a saúde ou segurança do consumidor, além do risco natural e inerente. No âmbito dos contratos de transportes deve-se analisar, portanto, quais seriam os riscos que não podem ser considerados naturais e inerentes para gerar a responsabilização do transportador, conforme diante se exporá.

Para deixar claro, cumpre ressaltar que a relação jurídica envolve entes com capacidades técnico-financeiras distintas, por esta razão deve ser garantido o princípio da segurança, sendo conveniente a lição de Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 256):

Na verdade, como fornecedor de serviço o transportador responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. E o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar (art. 14, § 1º, CDC). Eis aí o princípio da segurança no qual se estrutura todo o sistema de responsabilidade civil nas relações de consumo.

O consumidor como parte vulnerável da relação deve ser amparado e, dentro da relação contratual de transporte, a proteção se dá quando o transportador oferece a segurança legítima esperada, respeitando a cláusula de incolumidade implícita. Em caso de violação dessa obrigação, ficam

caracterizadas frustrações do dever de incolumidade e da devida proteção ao consumidor.

Finalmente, além das excludentes do nexo causal já analisadas, previstas no artigo 734 do Código Civil, também é cabível ao transportador a prova de culpa exclusiva do consumidor para eximir-se do dever de reparar, já que o artigo 14, parágrafo 3º, inciso II do Código de Defesa do Consumidor assim considera.

Já quanto a hipótese de culpa exclusiva de terceiros tratada no mesmo inciso, apesar de ser prevista no CDC como excludente, não poderá ser alegada na relação de transporte, já que se mostra incompatível com este tipo de contrato. Isso porque a súmula 187 do Supremo Tribunal Federal prevê: “A responsabilidade contratual do transportador, por acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

A súmula foi identicamente reproduzida pelo artigo 735 do Código Civil, que foi visto como inovador por contrariar os preceitos do CDC, entretanto assim o fez visando beneficiar o contratante do serviço de transporte já que o transportador deverá zelar pela segurança do passageiro, inclusive contra atos de terceiro.

Tal previsão do Código Civil não solucionou completamente as questões práticas relacionadas a atribuição de responsabilidade ao transportador nestas hipóteses, pois, a depender do caso concreto, pode ter ou não afastada sua responsabilidade em razão de fato de terceiro.

Diante de uma análise casuística, portanto, é possível observar divergências nos Tribunais quanto a responsabilização dos transportadores, destacando-se a seguir tais aspectos na relação consumerista atual.

4.3 O Fato de Terceiro na Responsabilidade do Transportador

A doutrina e jurisprudência discutem sobre quais situações concretas caracterizam as excludentes de responsabilidade do transportador em razão do dano causado por fato de terceiro, ante a existência de interpretações divergentes do artigo 735 do Código Civil: “A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.”

Os aspectos abordados pela jurisprudência para definir quando a responsabilidade do transportador é elidida ou não são baseados na divisão entre fortuito interno ou fortuito externo, sendo importante diferenciá-los.

A doutrina faz essa distinção conforme o acontecimento se apresente, ou não, ligado à organização inerente à atividade do transportador – vale dizer, mostre-se estranho, ou não, ao transporte – considera-se o fortuito interno como imprevisível e inevitável que possui relação direta com a atividade; enquanto o fortuito externo trata-se de acontecimento imprevisível e inevitável, mas não possui relação com a atividade.

A maior parte da jurisprudência entende que nestes casos de casos de danos causados por terceiros o transportador somente exime-se de responsabilidade quando caracterizado como fortuito externo, mas no caso de constatar fortuito interno haveria responsabilização.

Entretanto, atualmente esta teoria não é tão simples de ser colocada em prática, conforme afirma Caio Mário da Silva Pereira (2015, pág. 304) “a dificuldade reside, no entanto, em identificar os fatos de terceiro que configuram fortuito interno e aqueles que encerram fortuito externo”.

Alguns entendimentos jurisprudenciais mostram situações consideradas reiteradamente como fortuito interno, a exemplo do defeito mecânico ou um mal súbito do condutor, passíveis de responsabilização do transportador; e outras como fortuito externo, a exemplo do roubo, disparo de arma de fogo, prática de ato libidinoso, disparo de pedras contra o transporte que atinge passageiro.

Todavia há entendimento jurisprudenciais que mostram seguir uma melhor linha de raciocínio, que é defendida neste trabalho, ao considerar de maneira diferente algumas destas situações e entender ser hipótese de responsabilização do transportador, contrariando a maioria jurisprudencial que preza pela exclusão de responsabilidade do transportador nos casos em que há ocorrência de ato libidinoso ou assédio sexual praticado dentro do transporte contra passageiro. Esta será a hipótese abordada com mais ênfase neste trabalho.

Fala-se em melhor linha de raciocínio, pois se mostraram melhores julgados por realizarem a análise casuística de cada caso concreto, diferente dos entendimentos majoritários que, na maioria das vezes, se mostram genéricos,

contentando-se em afastar ou não a responsabilidade conforme o tema envolvido no litígio já ter sido objeto de reiteração pelos tribunais superiores, sem realizar uma análise minuciosa da demanda.

A análise é imprescindível, pois o mesmo fato pode se mostrar como excludente ou não, a depender do contexto que se observar. Assim exemplifica a Ministra Relatora Nancy Andrichi (Superior Tribunal de Justiça, 2018, p. 01) quando trata do fato de terceiro:

O fato de terceiro, conforme se apresente, pode ou não romper o nexo de causalidade. Exclui-se a responsabilidade do transportador quando a conduta praticada por terceiro, sendo causa única do evento danoso, não guarda relação com a organização do negócio e os riscos da atividade de transporte, equiparando-se a fortuito externo. De outro turno, a culpa de terceiro não é apta a romper o nexo causal quando se mostra conexa à atividade econômica e aos riscos inerentes à sua exploração, caracterizando fortuito interno.

Ou seja, a análise não importa tão somente em dizer se é fortuito interno ou externo, isto é, ligado ou não a atividade, mas sim se o evento danoso guarda relação com os riscos da atividade de transporte ou se é conexo à atividade econômica e aos riscos inerentes a sua exploração.

Isto porque é inegável que o transporte implica inevitavelmente a uma atividade que cria especial risco, conforme o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Por ser assim considerada, vale ressaltar os Enunciados 446 e 448, aprovados na V Jornadas de Direito Civil e o Enunciado 555, da VI Jornada de Direito Civil, vejamos:

Enunciado 446: A responsabilidade Civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade;

Enunciado 448: A regra do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do CC aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas experiências;

Enunciado 555: Os direitos de outrem” mencionados no parágrafo único do art. 927 do Código Civil devem abranger não apenas a vida e a integridade física, mas também outros direitos, de caráter patrimonial ou extrapatrimonial.

Isso porque o legislador não definiu ao certo o que seria a atividade de risco especial, como seria constatada e quais seriam os direitos de outrem acobertados referidos no texto de lei. É sabido que nas atividades de risco especial a responsabilidade é objetiva, mas importa em considerar os Entendimentos fixados para melhor compreensão.

Além deste fato, caberá a verificar o fato de terceiro neste tipo de atividade, destacando-se a lição dada por Claudio Luiz Bueno de Godoy (2019, p. 749):

Parece mais se afeiçoar aos pressupostos atuais da responsabilidade civil, máxime em atividades indutivas de especial risco como é a de transporte (art. 927, CC), a verificação sobre se o fato atribuível ao terceiro se coloca ou não dentro dos limites razoáveis do risco criado, e assim assumido, pela atividade do transportador.

Diante desta lógica e pela análise do disposto no Enunciado 448 da V Jornada de Direito Civil, alguns entendem ser necessário observar se as situações possuem ocorrências reiteradas ou não para ser classificada como excludente de responsabilidade, entretanto a lição de Claudio Luiz Bueno de Godoy (2019, p. 747) mostra-se mais eficaz ao considerar desnecessárias, conforme preceitua:

[...] Mas não é o que se admite dar substrato à responsabilidade pelo risco da atividade, inclusive levada, agora, à disposição geral do art. 927, parágrafo único, bastando aferir se a atividade desempenhada, de que decorrente o prejuízo havido, induz risco diferenciado aos direitos, bens e interesses alheios, ou seja, se o evento lesivo se favorece pelo exercício da atividade, dado o risco especial que ela enseja.

Assim, a análise da reiteração, apesar de importante, não é imprescindível a todo e qualquer caso, pois a atividade apresenta um risco especial, configurando a responsabilização quando o fato lesivo se favorecer pelo exercício da atividade. A reiteração na verdade se caracteriza como elemento bônus que, quando configurado, não poderia haver a exclusão da

responsabilidade de forma alguma, pois o fato passaria a ser considerado evitável e previsível, sem caber discussões. Entretanto, o risco especial da atividade combinado com o dever de incolumidade do transportador evidencia que o zelo pela segurança do contratante deve ser efetivo.

Cumprе ressaltar que não se nega a possibilidade de que o fato de terceiro pode sim excluir a responsabilidade do transportador. Isto ocorrerá quando a causa do evento danoso se der unicamente por conduta praticada por terceiro que não se favoreça pelo exercício da atividade, pois somente neste sentido restará equiparado ao fortuito externo, visto que não possuirá relação entre os riscos da atividade de transporte nem com a organização do negócio. Ou seja, o fato de terceiro pode ou não romper o nexo de causalidade. Destaca-se o entendimento da ministra relatora Nancy Andrighi (2018, p. 13): “A análise é casuística, sendo necessário avaliar, na hipótese trazida a julgamento, se o dano sofrido pelo passageiro extrapola ou não os limites da cláusula de incolumidade do contrato”.

O que deve ser investigado é se o terceiro realizou uma conduta que está dentro ou não dos limites do risco assumido pelo transportado. Acerca disso, a Ministra (2018, p. 08) também ensina:

O critério para que dado fato de terceiro seja considerado inserido na cadeia causal entende-se que seja o da sua associação com a conduta que deu causa ao dano. Por outro lado, se na atividade do agente se insere risco que abrange mesmo o fato de terceiro (caso da atividade do transportador, por exemplo). Ou ainda, no direito do consumidor, quando aquele que deu causa ao dano, embora não sendo o agente principal, também integra a cadeia de fornecimento do produto, o fato de terceiro não se considera como causa excludente do dever de indenizar. O exame do nexo causal é imprescindível também para identificar-se o fato exclusivo de terceiro.

Todos estes aspectos são importantes para a análise das ocorrências de danos sofridos pelos passageiros, observando cada situação.

Terminada a exposição destes elementos e as questões suscitadas neste tópico, é necessário a observância das disposições gerais trazidas pelo Código Civil acerca de cada tipo de transporte.

Em razão da legislação ter se preocupado em trazer separadamente a disciplina de cada um deles, assim também serão analisados

a seguir, a fim de analisar as situações peculiares de cada um deles, inclusive a responsabilidade civil de cada transportador.

Considerando as questões que foram suscitadas neste tópico, a fim de responsabilizar o transportador a depender do tipo de transporte serão tratados separadamente a seguir O passageiro está sujeito a situações danosas em todos os tipos de transporte, mas a diferença está em quem será responsabilizado em cada um deles.

4.3.1 Do transporte público

Para entender os aspectos e ocorrências a serem abordados é preciso fazer algumas considerações sobre este tipo de transporte e suas categorias, visto que se enquadram no artigo 731 do Código Civil, que assim dispõe: “O transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão, rege-se pelas normas regulamentares e pelo que for estabelecido naqueles atos, sem prejuízo do disposto neste Código”.

Está em sintonia com o artigo 175 da CF que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

A interpretação deste artigo feita por Claudio Luiz Bueno de Godoy (2019, p. 740) assim ensina:

O atual Código, por estabelecer normas de direito privado, cuida, fundamentalmente, fixando-lhe as regras contratuais, do chamado serviço privado de transporte. Apenas ressalva, todavia, no artigo em comento, que, quando o transporte for objeto de serviço público, será regido primariamente pelas normas correspondentes e regulamentares de direito público. Noutros termos, tem-se que, inclusive em decorrência de comando constitucional, em alguns casos a exploração de serviços de transporte é cometida necessariamente ao Poder Público, que disso pode se desincumbir de forma direta ou mediante delegação de sua execução ao particular, por meio de concessão, permissão ou autorização, como sucede no transporte coletivo remunerado (arts. 21, XII, c, d e e, 30, V, da CF/88). Nesses casos, a ordenação do transporte deve atender, antes de tudo, aos parâmetros obrigatórios de prestação de serviço público, e que se contêm, primeiramente, na própria CF (arts. 37, caput e § 6º, e 175). Depois, as regras incidentes são aquelas regulamentares e constantes dos próprios atos de delegação. Tão somente de forma complementar e subsidiária, aplica-se o regramento do CC sobre o contrato de transporte, como se viu voltado, essencialmente, ao serviço privado de deslocamento de pessoas ou coisas.

Os transportes públicos são aqueles administrados tanto por empresas públicas como por empresas privadas, isto é, não pertencem aos usuários, e sim ao governo. O ente estatal pode realizar a administração destes transportes ou dar concessão para que outras empresas realizem o serviço. Salienta-se que os meios de transportes públicos subdividem-se em individuais (táxis, por exemplo) e coletivos (ônibus municipal, intermunicipal, metrô, trem, etc.).

O transporte público coletivo se trata de um direito dos cidadãos assim como o direito a um trânsito seguro, conforme constam no Código de Trânsito Brasileiro (CTB), incumbindo aos órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito a promoção e implantação de medidas para a garantia destes direitos.

No geral são regidos pelo direito administrativo e outras matérias de direito público, portanto o atentado contra a segurança dos passageiros destes transportes será de responsabilidade do Estado.

Entretanto, é fato que, na hipótese de prestações de serviços estatais indiretos, o ente estatal somente será responsabilizado de forma subsidiária, ou seja, em regra a responsabilidade será da concessionária (*in casu*, a empresa de transporte público) e, caso não consiga arcar com todo o custo, o Estado será acionado.

A exploração deste serviço pelo Estado, de maneira direta ou não, é regida primariamente pelas normas correspondentes e regulamentares de direito público e deve atender os princípios de prestação de serviço público e preceitos constitucionais, conforme artigos 37, caput e parágrafo 6º da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Dentre os preceitos descritos no caput, para esta análise destaca-se a garantia da eficiência do serviço que, ao ser analisado no contexto dos

transportes, é a garantia a segurança, pois, em razão da existência da cláusula de incolumidade para ser eficiente deve ser seguro. O ente administrativo deve zelar, independentemente de estar realizando o serviço de maneira direta ou não, pela garantia da segurança. Ou seja, é imprescindível a observância do fato de que o Estado será responsabilizado ou terá, ao menos, responsabilidade subsidiária quando ocorrer violação de algo que deve ser por ele garantido, *in casu* a segurança nos transportes públicos.

Já o parágrafo 6º deste dispositivo faz menção a responsabilização do Estado quanto aos danos causados a terceiros por atos dos agentes públicos, que se entende pela possibilidade do Estado responder objetivamente quando o ato ocorrer em razão do exercício da função ou facilitado por ela, cabendo o regresso contra o agente público. Entretanto isso não exclui a incidência do que dispõe a súmula 187 do STF, já que o dispositivo e a súmula tratam de danos causados por pessoas distintas.

Além disso, cumpre ressaltar a consideração de Flavio Tartuce (pag. 536, 2012): “o serviço público também é considerado um serviço de consumo, nos termos do artigo 22 do CDC.”

O *caput* do artigo supramencionado preceitua que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos e o parágrafo único aduz que no caso de descumprimento, total ou parcial, de alguma destas obrigações, serão as pessoas jurídicas (isto é, a empresa concessionária de serviços públicos) compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, conforme for previsto no CDC.

Não se pode negar que realmente o serviço de transporte se encaixa em tal disposição do CDC, mas merece algumas observações. Primeiramente uma das obrigações descritas é a prestação segura do serviço que, no âmbito do serviço de transporte, é nada menos que uma menção a cláusula de incolumidade e, quanto ao seu parágrafo, há a previsão que a forma de responsabilização será regida pelo CDC, entretanto no contexto deste serviço já foi analisado que somente se aplicam as regras do CDC benéficas ao consumidor.

Neste tipo de transporte caberá, portanto, há a possibilidade de defender o cabimento de denúncia da lide ao Estado, para que ele responda pela empresa concessionária de transporte público quando for relação de concessão, pois cabe ao ente Estatal assegurar as garantias sociais. Isto também é possível pelo fato de que muitas empresas buscam se eximir da responsabilidade alegando que o responsável é o Estado. Para estes casos, há nitidamente a incidência do que dispõe a Constituição Federal sobre a responsabilidade do Estado perante atos de seus agentes, conforme artigo supramencionado.

Todavia, no julgamento de recurso extraordinário representativo da controvérsia (RE 591.874/MS, publicado no DJe de 21.11.2008), ficou determinado pelo Supremo Tribunal Federal que “a pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público, ostenta responsabilidade objetiva em relação a terceiros usuários ou não usuários do serviço público, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição da República de 1988”, que também deve ser interpretado em associação ao que dispõe o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor já mencionado.

Estas disposições devem ser consideradas para avaliar a responsabilidade do transportador, quando se tratar de danos ocorridos com passageiros em transporte público, considerando conjuntamente os aspectos descritos no tópico anterior.

4.3.2 Do transporte privado

Quanto aos serviços de transporte privado também se dividem em individuais e coletivos. Entretanto, em razão do serviço não ser gerenciado pelo poder público e não ser de responsabilidade deste ente, a relação irá ser guiada pelo que preceitua o artigo 732, do Código Civil: “aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais.”

Enquanto o artigo anterior previa uma relação do Direito Civil com o Direito Administrativo, este prevê a possibilidade de relação com o Direito Internacional. A maior importância quanto a isto se dá aos transportes aéreos

em razão da existência do Código Brasileiro de Aeronáutica e a Convenção de Montreal.

O que terá importância aqui são alguns exemplos de transporte privado os ônibus de empresas privadas (transporte coletivo), aviões (transporte coletivo), aplicativos de transporte (transporte individual).

Neste trabalho o foco será apenas ao que diz respeito a responsabilidade dos ônibus de empresas privadas e os aplicativos de transporte, excluindo a hipótese dos aviões, pois possuem legislação específica que não é o tema aqui abordado.

Quanto aos ônibus de empresas privadas não há muito o que se discutir além do que fora abordado, isto porque não resta dúvidas de que nesta modalidade de transporte também deve ser respeitada a cláusula de incolumidade. Havendo pagamento para o transporte ser realizado, o consumidor tem a garantia de sua segurança, a empresa transportadora responderá de maneira objetiva e todas as outras questões analisadas anteriormente são cabíveis.

Este contrato entre os particulares é o mais evidente quanto a relação de consumo e a possibilidade de responsabilizar a empresa transportadora quando o passageiro sofrer danos a sua segurança conforme os aspectos pontuados para tanto.

Já quanto aos aplicativos de transporte remunerado privado individual, pode haver entendimentos divergentes sobre qual ente recairá a responsabilização haja vista que a empresa administradora do aplicativo e o transportador (motorista cadastrado) são pessoas distintas, mas neste trabalho é defendido a corresponsabilidade entre elas.

Isto porque neste tipo de relação é defendido que se aplica o disposto no artigo 733 do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 733. Nos contratos de transporte cumulativo, cada transportador se obriga a cumprir o contrato relativamente ao respectivo percurso, respondendo pelos danos nele causados a pessoas e coisas.

§ 1º O dano, resultante do atraso ou da interrupção da viagem, será determinado em razão da totalidade do percurso.

§ 2º Se houver substituição de algum dos transportadores no decorrer do percurso, a responsabilidade solidária estender-se-á ao substituto.

Ou seja, para os transportes contratados via aplicativo aplicam-se as regras do chamado transporte cumulativo, isto é, “aquele em que vários transportadores se obrigam a cumprir o contrato por um determinado percurso” (TARTUCE, 2012, p. 540) haja visto que o artigo 756 do Código Civil, em complemento, prevê a responsabilidade solidária aos transportadores do transporte cumulativo.

Conforme se observa na jurisprudência há a possibilidade de responsabilização do aplicativo por danos ao passageiro. Isto porque admite-se que a relação seja tratada como relação de consumo e, conseqüentemente, os integrantes da cadeia de fornecimento deste tipo de relação devem responder de forma solidária ante os prejuízos causados ao passageiro (consumidor), de forma que a “empresa que inseriu o aplicativo no mercado integra a cadeia de fornecimento do serviço prestado pelo motorista, mediante remuneração”, conforme ensina o Relator Fernando Sastre Redondo (2018, p. 01).

No mesmo sentido a lição do Relator Eduardo Henrique Rosas (2017, s.p.):

Se, de um lado, a relação jurídica que se estabelece entre a pessoa jurídica UBER e os motoristas por ela habilitados ostenta natureza civil, por outro, a relação contratual existente entre autor (passageiro contratante) e ré é de natureza consumerista, haja vista as partes estarem inseridas nos conceitos de fornecedor e consumidor previstos no Código de Defesa do Consumidor. Nesse contexto, aplicam-se ao caso em comento as regras de proteção do consumidor, inclusive as pertinentes à responsabilidade objetiva na prestação dos serviços.

[...]

Todos aqueles que participam da cadeia de consumo, auferindo vantagem econômica ou de qualquer outra natureza, por intermediarem transações entre o consumidor e terceiros devem responder solidariamente aos prejuízos causados (§ 2º, do artigo 3º, parágrafo único, do art. 7º, § 1º, do art. 25, todos do CDC). A responsabilidade é objetiva, ou seja, independe da demonstração da culpa, porque fundada no risco da atividade econômica. Em sendo assim, a UBER é parte legítima a participar da lide, ingressando no polo passivo, se é apontada falha na prestação de serviço por parte do motorista acionado pelo autor, através do aplicativo que ela disponibiliza.

Conforme este entendimento, é uma modalidade de transporte na qual há dois tipos de relações com naturezas distintas.

Primeiro, a relação jurídica entre a pessoa jurídica do aplicativo de transporte e os motoristas por ela habilitados ostenta natureza civil. Isto porque, o condutor do veículo cadastrado na plataforma do aplicativo de transporte tem

um contrato com o aplicativo de transporte que deve ser respeitado, havendo entre eles uma relação puramente contratual, mas não relação de consumo.

Segundo, a relação entre o passageiro e a pessoa jurídica do aplicativo de transporte terá natureza consumerista, já que se enquadram nos conceitos de fornecedor e consumidor previsto no CDC. Do mesmo modo é a relação do passageiro com o motorista cadastrado, sendo esta de consumo. Ante esta análise, há a possibilidade de serem corresponsáveis pelos danos causados ao passageiro pelo motorista, configurando-se a responsabilização solidária com base no § 2º, do artigo 3º, parágrafo único, do art. 7º e § 1º, do art. 25, todos do CDC.

Como requisito do contrato firmado entre a pessoa jurídica do aplicativo e o motorista está o zelo pela segurança do passageiro, ou seja, caracteriza-se uma espécie de cláusula de incolumidade que deve ser respeitada, sob pena de descredenciamento do condutor cadastrado em aplicativo. Conforme ensina o Desembargador Elói Estevão Troly na Apelação Cível nº 1005073-73.2018.8.26.0011:

Peculiaridade das reclamações, atinentes à conotação sexual na fala travada com passageiras e imprudência/imperícia na condução do veículo, revelam justa causa para imediato descredenciamento, por questão de segurança dos passageiros e do sistema, que se sobrepõe ao interesse pessoal do autor. A natureza das avaliações desabonadoras, como neste caso, impõe que a plataforma tome providência imediata, desprovida de oportunidade à eventual melhora de pontuação relativa à avaliação ou observância à notificação prévia.

E acrescenta em seu voto:

Deve a plataforma primar pela segurança dos passageiros que dela se utilizam e não pode se omitir, deixando de descredenciar pessoas com perfil inadequado tão logo verifique postura ou comportamento que divirja do decoro ou de direção que revele diligência, prudência e perícia.

Portanto, na hipótese do motorista que pratica conduta lesiva ao passageiro, tendo sua incolumidade violada, é medida imperiosa que haja o descredenciamento do condutor, entretanto a empresa que inseriu o aplicativo no mercado será corresponsável pelo ato lesivo, visto que entre o passageiro e a empresa desenvolvedora/administradora de aplicativos faz jus a aplicação das

normas mais benéficas do Código de Defesa do Consumidor que visem a proteção do consumidor.

Após estas análises, é certo que são cabíveis as questões gerais abarcadas no tópico anterior.

4.3.3 Do transporte gratuito

Para esta modalidade de transporte, é importante observar a distinção que o Código Civil faz em seu artigo 736, pois o *caput* diz respeito ao transporte puramente gratuito, enquanto o parágrafo único dispõe acerca do transporte aparentemente gratuito, assim preceitua:

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 auferir vantagens indiretas.

O transporte gratuito ou benévolo é o popularmente conhecido como “carona” e, para ser assim caracterizado, é necessário que não haja nenhum tipo de remuneração ou vantagem a ser auferida pelo transportador.

Para estes, há a Súmula 145, STJ: “No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”. Ou seja, não está subordinado às normas do contrato de transporte.

Conforme ensina Flávio Tartuce (2012, p. 547):

Observe-se, neste contexto, que no transporte por cortesia não há responsabilidade contratual objetiva daquele que dá a carona. A responsabilidade dele é extracontratual, subjetiva, dependendo de prova de culpa.

Todavia, não é considerado gratuito o transporte aquele que auferir vantagens indiretas, mesmo que seja realizado sem remuneração. São os casos dos transportes aparentemente gratuitos, nos quais a responsabilidade do transportador é considerada contratual objetiva.

Neste sentido, Flávio Tartuce e Daniel Neves (2014, p. 98) afirmam:

De início, cumpre esclarecer que, apesar de a lei mencionar expressamente a remuneração, dando um caráter oneroso ao negócio, admite-se que o prestador de serviço tenha vantagens indiretas, sem que isso prejudique a qualificação da relação consumerista.

É certo que a análise do se enquadra como “vantagens” é casuística, como exemplo a maior parte da jurisprudência reiteradamente considera que configura a vantagem indireta nas hipóteses do transportado realizar o pagamento de combustível ou pedágio.

Fica caracterizada a importância quanto a observância dos entendimentos jurisprudenciais, conforme exposto no próximo capítulo.

5 DA DISCUSSÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE A RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR ANTE A OCORRÊNCIA DE ASSÉDIO SEXUAL

A tendência jurisprudencial é não afastar a responsabilidade pelo fato de terceiro nas relações de transporte, questão ora relevante para o presente trabalho científico.

No presente capítulo, destaca-se as demandas judiciais envolvendo casos de assédio sexual ou atos libidinosos praticados dentro do transporte contra passageiras – situação que ainda não foi tema apreciado pelas doutrinas, principalmente quando comparado com os casos envolvendo de furto, roubo, arremesso de pedras contra o veículo, acidente de trânsito e outros repetitivamente invocados pelos doutrinadores.

Conforme as premissas apresentadas nos capítulos anteriores, observa-se que o papel do Poder Judiciário tem total relevância e importância na definição das questões indenizáveis ou não.

Neste sentido, os magistrados devem atuar visando a equidade com decisões justas, não deixando à deriva vítimas de situações de desgraçadas, principalmente no âmbito dos transportes.

O julgado recente do Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial nº 1.662.551-SP, julgado em 14 de maio de 2018 pela Ministra Relatora Nancy Andrichi, condenou a empresa de transporte a indenizar o assédio sexual sofrido por passageira.

Os argumentos da Ministra foram usados como referência no presente trabalho científico. Isto porque ela defende que “a cláusula de incolumidade é ínsita ao contrato de transporte, implicando obrigação de resultado do transportador”. Assim, há violação da cláusula quando ocorre assédio sexual ou ato libidinoso contra passageiro, ferindo a incolumidade física e psíquica da vítima.

A Ministra entendeu que o fato de terceiro que envolver o assédio sexual não será apto a afastar a responsabilidade do transportador, pois pode ser considerado inerente a exploração da atividade econômica e possui conectividade com o serviço, sendo considerados fortuito interno. Além disso, sustenta que os transportes públicos têm concorrido para tais eventos danosos

e pode ser considerado risco da atividade, o que justifica a responsabilidade do transportador ser objetiva, conforme a ementa:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATO LIBIDINOSO PRATICADO CONTRA PASSAGEIRA NO INTERIOR DE UMA COMPOSIÇÃO DE TREM NA CIDADE DE SÃO PAULO/SP (“ASSÉDIO SEXUAL”). FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. RESPONSABILIDADE DA TRANSPORTADORA. NEXO CAUSAL. ROMPIMENTO. FATO EXCLUSIVO DE TERCEIRO. AUSÊNCIA DE CONEXIDADE COM A ATIVIDADE DE TRANSPORTE. 1. Ação ajuizada em 02/07/2014. Recurso especial interposto em 28/10/2015 e distribuído ao Gabinete em 31/03/2017. 2. O propósito recursal consiste em definir se a concessionária de transporte de trens metropolitanos da cidade de São Paulo/SP deve responder pelos danos morais sofridos por passageira que foi vítima de ato libidinoso ou assédio sexual praticado por outro usuário, no interior de um vagão. [...] 4. A cláusula de incolumidade é ínsita ao contrato de transporte, implicando obrigação de resultado do transportador, consistente em levar o passageiro com conforto e segurança ao seu destino, salvo se demonstrada causa de exclusão do nexo de causalidade, notadamente o caso fortuito, a força maior ou a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. 5. O fato de terceiro, conforme se apresente, pode ou não romper o nexo de causalidade. Exclui-se a responsabilidade do transportador quando a conduta praticada por terceiro, sendo causa única do evento danoso, não guarda relação com a organização do negócio e os riscos da atividade de transporte, equiparando-se a fortuito externo. De outro turno, a culpa de terceiro não é apta a romper o nexo causal quando se mostra conexas à atividade econômica e aos riscos inerentes à sua exploração, caracterizando fortuito interno. 6. Na hipótese, conforme consta no acórdão recorrido, a recorrente foi vítima de ato libidinoso praticado por outro passageiro do trem durante a viagem, isto é, um conjunto de atos referidos como assédio sexual. 7. É evidente que ser exposta a assédio sexual viola a cláusula de incolumidade física e psíquica daquele que é passageiro de um serviço de transporte de pessoas. 8. Mais que um simples cenário ou ocasião, o transporte público tem concorrido para a causa dos eventos de assédio sexual. Em tal contexto, a ocorrência desses fatos acaba sendo arrastada para o bojo da prestação do serviço de transporte público, tornando-se assim mais um risco da atividade, a qual todos os passageiros, mas especialmente as mulheres, tornam-se sujeitos. 9. Na hipótese em julgamento, a ocorrência do assédio sexual guarda conexidade com os serviços prestados pela recorrida e, por se tratar de fortuito interno, a transportadora de passageiros permanece objetivamente responsável pelos danos causados à recorrente. 10. Recurso especial conhecido e provido.

Esta linha de raciocínio é seguida em outros julgados. Primeiramente, destaca-se a o julgamento de Agravo Interno no Recurso Especial, aos 17 de setembro de 2019, com Ministro Relator Moura Ribeiro da 3º Turma do STJ.

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCP. AÇÃO

INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. PASSAGEIRA VÍTIMA DE ASSÉDIO SEXUAL NO INTERIOR DE VAGÃO DO METRÔ. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 568 DO STJ. RESPONSABILIDADE OBJETIVA CONFIGURADA. EXCLUDENTE DE ILICITUDE. INOCORRÊNCIA. REFORMA. NECESSIDADE DE REEXAME DOS FATOS DA CAUSA. SÚMULA Nº 7 DO STJ. JUROS DE MORA. RELAÇÃO CONTRATUAL. TERMO INICIAL. CITAÇÃO VÁLIDA. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO NCPC. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA. [...] 3. O assédio sexual ou ato libidinoso praticado por um passageiro contra outro dentro de vagão de composição férrea constitui fortuito interno passível de indenização. Precedentes. [...]

Apesar da maior parte ter versado sobre questões processuais, também restou admitida a hipótese do ato sexual praticado contra passageiro ser considerado fortuito interno, não sendo fato de terceiro apto a atuar como excludente de responsabilidade civil.

Do mesmo modo, há condenações em outras Turmas, com decisões monocráticas, destaca-se alguns. O primeiro é o Recurso Especial nº 1.748.194 – SP, com a Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti.

A Ministra Relatora Maria Isabel deu uma lição quanto aos argumentos utilizados pelas empresas transportadoras que visam afastar sua responsabilidade por adotarem medidas que se “não se mostram suficiente para evitar o dano causado à autora. Isso porque os trens comumente param lotados nas estações, contribuindo para que o ato delitivo persista ou seja facilitado dentro dos vagões, porquanto os usuários não têm sequer espaço para se movimentar”.

Além disso, destaca que é dever da empresa transportadora prestar o serviço de forma eficiente e que a comprovação de haver prestado atendimento a vítima não tem aptidão para afastar a responsabilidade, assim dispondo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Indenização por danos morais - Assédio sexual no metrô - Contrato de transporte - Sentença de parcial procedência que fixou indenização em R\$ 10.000,00 - Inconformismo da ré que pleiteia a improcedência da demanda e da autora que pede a majoração da indenização e a fixação de danos materiais - Descabimento de reparo material consistente em trezentas vezes o valor da passagem - Apesar do infortúnio ocorrido durante o percurso, a autora conseguiu chegar ao destino - Ausência de descrição e comprovação de danos materiais específicos ocasionados pelo retardo do retorno a sua residência - Danos morais configurados - Condições

de transporte dos passageiros que contribuíram para o dano causado à autora - Apesar das medidas de precaução relatadas pela ré, é sabido que as condições de tráfego de pessoas, especialmente em horários de pico, merecem maior supervisão da empresa dedicada ao transporte, cujo dever é o de levar incólume o passageiro ao seu destino - Depoimento do segurança do metrô que afirma ter sido acionado por outros passageiros relatando a ocorrência de assédio sexual - Responsabilidade objetiva em contrato de transporte - Incidência do artigo 734 do Código Civil e do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor - Indenização majorada para R\$ 15.000,00, observando as peculiaridades do caso concreto - Sentença reformada em parte - Não provido o apelo da ré e parcialmente provido o recurso adesivo da autora.

A ministra também analisa o *quantum* é devido à indenização da vítima e traça considerações relevantes sobre a valoração do dano moral sofrido, majorando a indenização da vítima em razão do “caráter repressivo e inibitório para o ofensor e compensatório para a vítima”:

Segue-se que a indenização decorrente de danos morais deve ser fixada de maneira equitativa e moderada, observando as peculiaridades de cada caso, para que não se tenha a dor como instrumento de captação de vantagem. (...) Tem-se, portanto, que montante arbitrado pelo juízo de origem, a título de danos morais foi módico, em desacordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Dessa forma, considerando-se as circunstâncias do caso e o **caráter repressivo e inibitório para o ofensor e compensatório para a vítima**, entendo adequada a majoração para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). (grifo nosso)

Também merece destaque o Recurso Especial nº 1.814.016 – SP, Ministro Relator Paulo De Tarso Sanseverino, que baseou a decisão conforme o julgamento do REsp nº 1.662.551/SP, Relatora Ministra Nancy Andrichi, supramencionado.

DANO MORAL. TRANSPORTE COLETIVO. ASSÉDIO SEXUAL. INCOLUMIDADE DO PASSAGEIRO. DESRESPEITO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. RECURSO PROVIDO. [...] O voto da Ministra Nancy Andrichi responde todas as questões que poderiam ser suscitadas a respeito da circunstância de estar esse fato conexo, ou não, com a prestação de serviço, dispensando comentários. Ademais, a jurisprudência da Segunda Seção está consolidada no sentido de que a responsabilidade decorrente do contrato de transporte de pessoas é objetiva, sendo obrigação do transportador a reparação do dano causado ao passageiro quando demonstrado o nexo causal entre a lesão e a prestação do serviço, pois o contrato de transporte acarreta para o transportador a assunção de obrigação de resultado, impondo ao concessionário ou permissionário do serviço público o ônus de levar o passageiro incólume ao seu destino. É a chamada cláusula de

incolumidade, que garante que o transportador irá empregar todos os expedientes que são próprios da atividade para preservar a integridade física do passageiro, contra os riscos inerentes ao negócio, durante todo o trajeto, até o destino final da viagem.

(REsp 1318095/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2017, DJe 14/03/2017).

Também é possível vislumbrar condenações no âmbito estadual, conforme alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Apelação – Ação de indenização – Contrato de transporte coletivo de passageiros – Trem – Ato libidinoso praticado por terceiro, no interior do vagão, contra passageira – Sentença de rejeição do pedido – Irresignação procedente. Hipótese em que a responsabilidade do transportador é objetiva, nos termos do art. 734 do CC e do art. 14 do CDC. Ato do terceiro que, no caso, não tem o condão de afastar a responsabilidade da ré, por não demonstrado por esta última a adoção das providências que razoavelmente se espera para evitar ou desencorajar a verificação de lamentáveis episódios como o tratado nestes autos, cada vez mais frequentes. Cenário diante do qual é de se esperar, no mínimo, a implantação de um sistema ostensivo de captação e gravação de imagens no interior dos vagões, afora campanhas educativas, como as adotadas em outros países. Dano moral sem sombra de dúvida caracterizado. Indenização que se arbitra na importância de R\$ 7.000,00, sobretudo à luz da técnica do desestímulo. Sentença reformada, com a proclamação da procedência da demanda. Deram provimento à apelação.

(TJSP; Apelação Cível 1133595-16.2016.8.26.0100; Relator (a): Ricardo Pessoa de Mello Belli; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 34ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/08/2019; Data de Registro: 22/08/2019)

RESPONSABILIDADE CIVIL TRANSPORTE COLETIVO - Alegado cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide - Inocorrência Hipótese em que os documentos juntados foram suficientes para viabilizar o julgamento Preliminar repelida. RESPONSABILIDADE CIVIL TRANSPORTE COLETIVO Assédio sexual praticado dentro de vagão da CPTM - Falha na prestação do serviço de transporte Responsabilidade objetiva da Ré, não elidida por fato de terceiro Dano moral configurado Fixação do montante indenizatório em R\$ 7.000,00 Pretensão à majoração Acolhimento Elevação para R\$15.000,00 Juros moratórios a partir da citação Responsabilidade contratual - Recursos parcialmente providos.

Assim, resta evidente que também são considerados pelos magistrados estaduais a questão da adoção de providências que evitem ou desencorajem a prática de assédio sexuais e a falha na prestação de serviço em razão da violação da cláusula de incolumidade.

Entretanto, o entendimento sobre o tema ainda não é pacífico havendo insegurança jurídica da vítima de assédio sexual quanto a procedência

ou não de sua ação indenizatória, tanto nos tribunais estaduais quanto superiores.

O REsp nº 1.748.295 - SP, Relator para Acórdão Ministro MARCO BUZZI, 4º Turma, julgado em 13.12.2018, indeferiu o direito a indenização para a vítima de assédio sexual, conforme dispõe:

RECURSO ESPECIAL - DIREITO CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ATO LIBIDINOSO PRATICADO CONTRA PASSAGEIRA NO INTERIOR DE UMA COMPOSIÇÃO DE TREM DO METRÔ PAULISTA - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA TRANSPORTADORA - FATO EXCLUSIVO DE TERCEIRO E ESTRANHO AO CONTRATO DE TRANSPORTE - PRECEDENTES DO STJ. INCONFORMISMO DA AUTORA. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, não há responsabilidade da empresa de transporte coletivo em caso de ilícito alheio e estranho à atividade de transporte, pois o evento é considerado caso fortuito ou força maior, excluindo-se, portanto, a responsabilidade da empresa transportadora. Precedentes do STJ. 2. Não pode haver diferenciação quanto ao tratamento da questão apenas à luz da natureza dos delitos. 3. Na hipótese, sequer é possível imputar à transportadora eventual negligência pois, como restou consignado pela instância ordinária, o autor do ilícito foi identificado e detido pela equipe de segurança da concessionária de transporte coletivo, tendo sido, inclusive, conduzido à Delegacia de Polícia, estando apto, portanto, a responder pelos seus atos penal e civilmente. 4. Recurso especial desprovido. (REsp 1.748.295/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 13.12.2018, DJe de 13.2.2019)

Entretanto, o voto vencido do Ministro Luis Felipe Salomão, fez considerações pertinentes, comparando a possibilidade de indenização em casos que a conduta lesiva é concorrente entre a vítima e a transportadora com a conduta de reparação pela concessionária a passageira que sofre assédio sexual cometido por outro passageiro que se comporta inadequadamente perante a sociedade:

"[...] a pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público, ostenta responsabilidade objetiva em relação a terceiros usuários ou não usuários do serviço público, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição da República de 1988[...]. Cuida-se de responsabilidade objetiva, pois fundada na teoria do risco do empreendimento (ou 'risco da atividade' ou 'risco criado'), assim consagrada no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil [...] Nessa trilha, ao versar sobre o transporte de pessoas, o Código Civil determina que 'o transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade' (artigo 734)". "[...] o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, preceitua que o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela

reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços". "[...] se é possível reconhecer o dever indenizatório da transportadora (ainda que concorrente) nos casos em que a conduta lesiva é praticada pela própria vítima (a exemplo da queda do usuário que viaja como 'pingente'), revela-se plausível o direito de reparação deduzido em face da concessionária por passageira que sofreu abuso cometido por outro usuário, que se comportou de forma totalmente inadequada aos padrões de civilidade". "[...] no tocante ao transportador, a jurisprudência desta Corte tem adotado a exegese de que o fato de terceiro que apresente vínculo (conexidade) com a organização do negócio caracteriza fortuito interno e, por conseguinte, não exclui a responsabilidade objetiva do prestador do serviço. [...] o ato libidinoso (obsceno) ofensivo à liberdade sexual de usuária do serviço público de transporte, praticado por outro usuário, caracteriza, a meu ver, fato conexo à atividade empreendida pela transportadora". "Tal negligência da transportadora - que falha por não tomar providências necessárias e efetivas a fim de, ao menos, reduzir a ocorrência de casos de "assédio sexual" em suas composições (o que, como dito anteriormente, guarda, sim, conexidade com a prestação de serviço) - é, a meu ver, causa suficiente, também, para justificar sua condenação ao pagamento de indenização a título de danos morais.

Cumprе ressaltar, que o Superior Tribunal de Justiça, especificamente a Secretaria de Jurisprudências, elabora os chamados Informativos de Jurisprudência, é um periódico que destaca teses jurisprudenciais firmadas pelos órgãos julgadores do Tribunal nos acórdãos incluídos na Base de Jurisprudência do STJ, não consistindo em repositório oficial de jurisprudência, entretanto visam orientar os ministros.

Quanto ao tema em análise há o Informativo nº 0628, publicado em 03 de agosto de 2018, fixou que "a concessionária de transporte ferroviário pode responder por dano moral sofrido por passageira, vítima de assédio sexual, praticado por outro usuário no interior do trem", baseado no REsp 1.662.551-SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, por maioria, julgado na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, não tem força jurisprudencial e há acórdãos do Tribunal Superior que, infelizmente, destoam deste raciocínio, fazendo com que reste dúvidas acerca da atuação do instituto da responsabilidade civil quando versar sobre as relações de transporte. O problema sempre guarnece a questão do fato de terceiro ser considerado excludente de responsabilidade ou não, isto é, fortuito interno ou externo e o acolhimento das teses apresentadas pela empresa transportadora sobre medida adotadas para reprimir a prática dos atos de abuso sexual.

6 CONCLUSÃO

Embora a divergência seja no âmbito do fato de terceiro, o enfoque no presente trabalho científico versou sobre a possibilidade de responsabilizar a empresa transportadora – ou o Estado na hipótese de transportes públicos para quem sustente o cabimento da denúncia da lide – quando há ocorrência de ato libidinoso, assédio sexual ou outras hipóteses de constrangimentos sexuais contra passageiros.

A reflexão, ou melhor a crítica, é que realmente o dano moral causado por assédio sexual ou outros atos libidinosos praticados são contra passageiras mulheres ou do gênero feminino, que são vistas pelos homens como objeto sexual ou “sexo frágil” que as agridem se convencendo que elas abaixarão a cabeça. Entretanto, quem figura no polo ativo das ações indenizatórias são estas vítimas mulheres, que sofrem o dano e tentam se socorrer apelando ao judiciário. A situação é de pura humilhação e desagrado, pois além da dificuldade perante advogado e juiz na descrição dos fatos, há síndrome/bloqueio quando se depara com a necessidade de entrar em um transporte com passageiros homens. O sentimento de aversão a esta situação é inevitável.

O que se vê é uma tendência jurisprudencial ao combate do acolhimento de teses supérfluas, como por exemplo a realizações de campanhas de conscientização e panfletos serem utilizados como tentativa de demonstrarem que são empresas diligentes com a questão. A segurança dos passageiros deve ser respeitada efetivamente, conforme esta situação tem se apresentado nos dias atuais, medidas eficientes devem ser tomadas. Como por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro há vagões de transporte coletivo específicos para mulheres e até mesmo no transporte privado já é possível notar mudanças. Nos ônibus interestaduais, por exemplo, há algumas companhias que adotaram a medida de poltronas reservadas para mulheres, que garantem a elas que viajará somente ao lado de outra mulher, reservando a compra da poltrona somente para alguém do gênero feminino. Além disso também há aplicativos de transporte destinados apenas para este gênero, tanto para a motorista quanto para a passageira.

Convém ressaltar que tais medidas são possíveis em razão da cláusula, aparentemente discriminatória, trazida pelo próprio Código Civil no seu

artigo 739, que permite a recusa de passageiros no transporte quando possa oferecer risco a saúde ou segurança dos demais. Esta norma visa proteger um interesse público superior, e por isso seu caráter discriminatório é apenas aparente, pois, em verdade, é norma que veio para evidenciar o princípio da igualdade e a garantia de proteção dos usuários dos transportes.

O Poder Judiciário exerce importante papel nestas demandas e a sociedade espera que ele cumpra com seu dever de justiça, analisando a fundo tais casos, buscando afastar a responsabilidade apenas das empresas de transporte que realmente demonstram se importar com a segurança de seus passageiros, isto é, aquelas que adotam medidas efetivas visando evitar danos físicos e psicológicos as pessoas transportadas.

Se os danos físicos, que podem gerar deficiências físicas totais ou parciais permanentes ou não, causados ao passageiro em razão de um abarrotamento de veículos, sempre serão motivos de procedência do pedido indenizatório, assim também deve ser à passageira que tem sua dignidade humana e sexual afetada por atos libidinosos ou outros constrangimentos sexuais, pois é inevitável que resultará em deficiência – obviamente não físicas – serão permanentes e totais.

. O serviço de transporte de pessoas deve sim ter sua importância evidenciada, pois transporta o maior dos bens, de valor imensurável: a vida humana.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. *In: Revista da EMERJ*, v. 6, nº 24/2003. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_15.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

ALMEIDA, Thiago de. Responsabilidade civil objetiva da empresa de transporte. **Site Jus Brasil**, 2017. Disponível em: <https://thiagodealmeida.jusbrasil.com.br/artigos/495425780/responsabilidade-civil-objetiva-da-empresa-de-transporte>. Acesso em: 19 set. 2019.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1972.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. 1.662.551-SP. Segredo de Justiça. Relatora Min. Nancy Andrighi: Brasília, 14/05/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/empresa-transporte-responde-assedio.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13ª edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Civil, Obrigações e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, v. VII, 29ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

DISTRITO FEDERAL. 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. **Acórdão**. 1085757. Roberto Casali Junior x Uber Brasil Tecnologia Ltda. Relator Des. Eduardo Henrique Rosas: Distrito Federal, 23/03/2018. Publicado no DJE: 10/04/2018. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/565978086/7227885420178070016-df-0722788-5420178070016/inteiro-teor-565978216?ref=juris-tabs>. Acesso em: 01 mai. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, v. III, 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Código Civil Comentado**. 13ª edição. Barueri [SP]: Manole, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: parte geral, Coleção Sinopses Jurídicas**, v. I, 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **A responsabilidade civil por danos produzidos no curso da atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano eficiente, in diálogos sobre o direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002

QUEIROZ, Mônica. **Direito Civil IV (Contratos em Espécie e Atos Unilaterais)**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RENTEIRA, Pablo Waldemar. **Obrigações de meios e resultado**. Coleção Rubens Limongi, V. 09. Rio de Janeiro: Método, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil: lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SÃO PAULO. 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação**. 1005073-73.2018.8.26.0011. Bruno Anderson Fernandes da Silva x Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Relator Des. Elói Estevão Trolly: São Paulo, 21/08/2012. Publicado no DJE: 22/04/2019. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=12423467&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_8c6001f1c0c44e308b31827338e42ac6&vICaptcha=FBPTk&novoVICaptcha=. Acesso em: 01 mai. 2019.

SÃO PAULO. 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação**. 1023935-25.2017.8.26.0562. Leonardo Maia Costa x Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Relator Des. Fernando Sastre Redondo: São Paulo, 17/10/2018. Publicado no DJE: 19/10/2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11922384&cdForo=0>. Acesso em: 01 mai. 2019.

STOCCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **A teoria geral dos contratos de adesão no Código Civil: Visão a partir da teoria do diálogo das fontes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil: direito civil**. V. 2. 7ª edição. São Paulo: Método, 2012.

TARTUCE, Flávio. Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil. **Site Flávio Tartuce Advogado**, 2013. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/enunciados/201304072017540.VI%20JORNADA1.pdf>. Acesso em: 19 set. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Teoria Geral dos Contratos em Espécie**: direito civil. V. 3. 7ª edição. São Paulo: Método, 2012.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: direito material e processual. 3ª edição. São Paulo: Método, 2014.

TEPEDINO, Gustavo Tepedino; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**, v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**, 12ª edição, vol. IV. São Paulo: Atlas, 2012.