

JUSTIÇA & CIDADANIA

ISSN 1807-779X
Edição 125 - Dezembro de 2010
R\$ 16,90

DESEMBARGADOR NELSON HENRIQUE CALANDRA
PRESIDENTE DA AMB

**AMB, UMA
TRINCHEIRA DE LUTA**

Editorial: A ÉTICA E A MORALIDADE PÚBLICA. ONDE ESTÃO?

RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR, QUANTIFICAÇÃO E LIMITES DO DANO MORAL E MATERIAL

Sergio Cavalieri Filho
Desembargador aposentado do TJERJ
Membro do Conselho Editorial

Palestra proferida no VI Seminário – Questões Jurídicas Relevantes no Transporte Coletivo, realizado pela Emerj

“ O tema que me foi proposto, o transporte de passageiros, é muito extenso. Até me lembrei da história de um palestrante que tinha que abordar um tema bem complicado em um tempo bastante limitado, em meia hora. Pedi conselho à esposa, e ela, com toda sua humildade, disse a ele: ‘Fale bem devagar que você consegue, meu amor.’ Ao contrário, não seguirei esse conselho e falarei o mais rápido possível para abordar as questões mais relevantes sobre o tema.

A relevância social e econômica do transporte coletivo

O presidente Zveiter disse que veio a este encontro prestar uma homenagem ao setor de transporte. Eu gostaria, além da homenagem, de fazer justiça a este setor, trazendo à lembrança alguns fatos que são reais. Em primeiro lugar, a relevância social e econômica do transporte coletivo. Diariamente, o transporte coletivo leva 59 milhões de passageiros de casa para o trabalho e do trabalho para casa. Há algum contrato de maior relevância social e econômica que esse? Uma greve geral no setor para o país.

Segundo, 92% da demanda são atendidos por ônibus, com uma frota de 105 mil veículos. Isso é um desafio e não acontece em nenhum outro país. A maioria dos usuários é de baixa renda, e 40% usam vale-transporte. Em todo o país, 37 milhões de pessoas não têm dinheiro para pagar passagem regularmente. O setor movimenta R\$ 25 bilhões/ano e gera

500 mil empregos diretos. Isso foi publicado em *O Globo*, em 17 de agosto deste ano 2010, com base nas pesquisas feitas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA.

Não obstante essa relevância social e econômica inquestionável, é lastimável o descaso do Poder Público com esse setor durante, no mínimo, os últimos 50 anos. E falo isso por quê? O contrato de transporte sequer foi previsto no Código Civil de 1916, e o Judiciário teve que aplicar, por analogia, a Lei das Estradas de Ferro por quase 100 anos. Houve pouco ou nenhum investimento nas últimas décadas. Em razão disso, durante mais de 50 anos não se investiu em estradas, em infraestrutura, e o setor ficou entregue à própria sorte. Isso gerou inúmeros problemas, de todo tipo, e quase todos esses problemas ou a maioria chegaram ao Judiciário. Havia uma certa predisposição do Poder Público de lançar nas costas das empresas a culpa das mazelas no transporte. Quando eu era juiz de Fazenda Pública, lembro que o Brizola resolveu encampar as empresas de ônibus. Nós acreditamos que era uma boa solução. Pouco tempo depois, devolveram tudo sucateado.

Mas acredito que o pior problema enfrentado pelo setor foi a proliferação do transporte ilegal. As vans transportam 550 mil passageiros dia; tiraram 289 ônibus do páreo; em decisão inédita, empresas devolveram a concessão de 45 linhas na Zona Oeste do Rio – surgiu mais uma milícia. Outra questão importante é a total falta de segurança. Matavam bandidos no “morro”, queimava-se ônibus – e com frequência.



No mês de fevereiro de 2003, em uma única semana, foram queimados 80 ônibus, em uma verdadeira guerrilha urbana. As empresas perderam 722 coletivos em três anos; ônibus eram constantemente assaltados e sequestrados até para levar grupos armados a bailes ou a enterro de traficantes. Em suma, o setor enfrentou tremendas dificuldades por décadas e com enorme responsabilidade social e jurídica.

Os jogos olímpicos são a luz no fim do túnel, principalmente depois de o prefeito anunciar corredores especiais para ônibus. Há 20 anos atrás, entretanto, em um dos primeiros encontros como este, assisti a uma palestra em que se insistia na necessidade de corredores de ônibus. Agora, por causa dos jogos olímpicos, e não pelos milhões de passageiros que fazem uso diário desse serviço, farão isso. Que venham os corredores de ônibus, quem sabe assim o setor irá receber a necessária e devida atenção do Poder Público.

Esse é um setor cuja responsabilidade é das mais severas que temos. É objetiva com relação ao passageiro e é também objetiva com relação a terceiros. Mesmo o chamado fortuito interno, que é o fato exclusivo de terceiros, fato culposo, não exclui a responsabilidade do transportador, que tem que enfrentar bandidos, assaltos, insegurança e queima de ônibus.

O dono é o grande vilão da responsabilidade civil.

Qual é a questão principal para se aferir essa responsabilidade, para não torná-la absolutamente insustentável? Primeiro, a questão do dano. Se houve ou não houve dano. Depois, a questão do próprio ato ilícito.

“ O contrato de transporte sequer foi previsto no Código Civil de 1916, e o Judiciário teve que aplicar, por analogia, a Lei das Estradas de Ferro por quase 100 anos. Houve pouco ou nenhum investimento nas últimas décadas. Em razão disso, durante mais de 50 anos não se investiu em estradas, em infraestrutura, e o setor ficou entregue à própria sorte. ”

A evolução da responsabilidade civil, que foi enorme ao longo do século XX, em que começamos com a culpa provada e chegamos à responsabilidade objetiva e muitas vezes fundada no risco integral, teve por objetivo a socialização do dano, a sua efetiva reparação. A preocupação central da responsabilidade civil deixou de ser a **repreensão do comportamento** do agente (culpa) para se concentrar na **reparação dos danos causados em sociedade**. Seguiu-se, então, uma inundação de danos ressarcíveis, nada criteriosa. Foram considerados, por exemplo, dano à vida de relação; dano sexual; dano hedonístico; dano pelo custo de manutenção do filho indesejado; dano de férias arruinadas; dano de *mobbing*; dano por brincadeiras cruéis; dano por rompimento de noivado; dano por descumprimento de deveres conjugais; dano por morte; dano por abandono afetivo de filho menor. Isso levou Stefano Rodotà a afirmar: ‘O temor é que a multiplicação de novas figuras de dano venha a ter como únicos limites a fantasia do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência.’

O papel dos conceitos

Tenho como certo que conceito é o ponto de partida, a premissa básica na apreciação de toda e qualquer questão jurídica. Se partimos de um conceito correto, temos tudo para chegarmos a uma solução correta, mas se partimos de um conceito falso, equivocado, por mais lógico que seja o raciocínio, chegaremos a uma conclusão também equivocada.

A questão nodal na responsabilidade civil atual é estabelecer o critério que justifica responsabilizar alguém pelo dano sofrido pela vítima. Existem dois conceitos imprescindíveis na aplicação da responsabilidade civil. O primeiro é o próprio conceito de responsabilidade. O que é responsabilidade? Quando alguém tem que responder? Responsabilidade, na correta visão do grande San Tiago Dantas, é uma obrigação sucessiva que surge para reparar o dano decorrente do descumprimento de uma obrigação originária. Há um dever jurídico preestabelecido na lei, no contrato ou na ordem jurídica; só há responsabilidade quando alguém viola esse dever jurídico e, por via de consequência, passa a ter um novo dever, que é o de responder. Por isso, sem violar dever jurídico, ninguém pode responder por nada. Nem responsabilidade objetiva, nem subjetiva.

Vejam este exemplo real: um cidadão entrou com ação indenizatória por dano moral contra o amante da esposa. O autor alegou que, em razão dessa traição, ficou muito aborrecido e queria uma indenização pelo fato de o réu ter tido relação com sua mulher. O que vocês acham? Foi concedida indenização alta por dano moral na primeira e na segunda instância, até que o caso chegou ao STJ por recurso especial. A questão nodal era esta: havia um dever jurídico preestabelecido? Esse dever jurídico foi violado? Quem o violou? No STJ, a indenização foi afastada por não ter o réu da ação violado dever jurídico. No seu voto, o ministro Luiz Felipe Salomão (REsp 1.122.547/MG) enfrentou com maestria a questão.

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADULTÉRIO. AÇÃO AJUIZADA PELO MARIDO TRAÍDO EM FACE DO CÚMPLICE DA EX-ESPOSA. ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE NORMA POSTA. - 1. O cúmplice do cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte. 2. Não há como o Judiciário impor um “não fazer” ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta – legal, e não moral – que assim determine. O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566. inciso I, do Código Civil de 2002.

O segundo conceito basilar é o conceito de dano. O que é dano? Dano é a lesão de um bem jurídico patrimonial ou integrante da personalidade. Não há dano sem um bem jurídico lesado, então não se pode, em hipótese alguma, condenar quem quer que seja por dano moral sem verificar se um bem jurídico da personalidade foi lesado. Eu me lembro de um político que queria indenização por dano moral porque o jornal publicou, por engano, uma foto dele apontando-o como um bandido das redondezas. Aí não há dúvida. Mas outro, na mesma sessão, queria dano moral porque o metrô atrasou cinco minutos e

ele perdeu o encontro com a namorada. Não houve lesão de um bem jurídico da personalidade nesse segundo caso, pelo que não houve dano moral. Por mais singelo que isso possa parecer, casos idênticos ocorrem com frequência e chegam até o Superior Tribunal de Justiça.

Vejam:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AQUISIÇÃO DE REFRIGERANTE CONTENDO INSETO. DANO MORAL. AUSÊNCIA. – A simples aquisição de refrigerante contendo inseto em seu interior, sem que seu conteúdo tenha sido ingerido ou, ao menos, que a embalagem tenha sido aberta, não é fato capaz de, por si só, provocar dano moral. O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral – REsp. 747.396/DF.

Esses me parecem os dois conceitos vitais e indispensáveis na responsabilidade objetiva. O único filtro está aí. Se há ato ilícito e, evidentemente, se há dano. Sem dano não há indenização, não basta o ato ilícito. Para haver reponsabilidade, precisa haver o ato ilícito e dano, conforme consta expressamente dos artigos 186, 927 e parágrafo único, 931, todos do Código Civil.

Quantificação e limites do dano moral

A quantificação do dano moral é outra questão a ser abordada. Hoje, já está pacificada a indenização por dano moral, dano moral acumulado com dano material, com dano estético etc. Mas duas controvérsias seguirão: a primeira delas é o que é dano moral? E a outra é o valor do dano moral. Não adianta tabela, padronização, pois essa matéria está subjugada ao arbítrio judicial.

Tanto para o dano moral quanto para o lucro cessante, o princípio vital é o da razoabilidade. É um princípio antiquíssimo. Todos temos que ter razoabilidade. Larenz, grande jurista alemão, dizia que razoável é bom senso. E quem não tem bom senso, não pode ser advogado, juiz, não pode ser profissional do Direito. Para Larenz, 'o princípio da razoabilidade, no caso de lucro cessante, é aquilo que o bom senso diz que o credor lucraria, apurado segundo um juízo de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar dos fatos, caso não tivesse ocorrido o fato ilícito'. A indenização do dano moral é, também, baseada no princípio da razoabilidade. E razoável é aquilo que é, ao mesmo tempo, adequado, necessário e proporcional.

Dano material no caso de morte da vítima

O artigo 948 do Código Civil trata especificamente dessa questão. Quando a vítima morre, ela pode ter sofrido dano emergente, ou seja, despesas com o tratamento, funeral e luto da família, facilmente comprováveis; e lucro cessante, que pode gerar prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima. As estimativas (Tabela da Previdência) apontam a vida média de 65 a 70 anos.

Nesse dispositivo, chamo a atenção para a última frase: o pensionamento deve ser calculado levando-se em conta a duração provável da vida da vítima. Essa regra é só para os casos em que a vítima morre. Se não morreu, a regra é a sobrevida real, e não provável. E se a vítima morre em um acidente, mas

sofria de uma doença grave? Se a vítima tinha doença grave, não será razoável a sobrevida provável de 70 anos. A redução da sobrevida provável da vítima, em razão da doença grave, deverá ser considerada.

O STJ pacificou a questão da pensão a filho menor pela morte dos pais; é devida até os 25 anos. O que eu acho interessante é a pensão aos pais pela morte de filho em tenra idade. Sempre entendi que só deveria haver dano moral, já que a vítima não trabalhava e não se poderia falar em lucros cessantes. No caso de família pobre, o STJ fixou outro entendimento. Concede pensão aos pais porque o filho poderia trabalhar. Para as famílias ricas, não. Por quê? No meu entender, temos aqui a “perda de uma chance”, a perda da oportunidade de ganhar algo, desde que essa chance seja real e provada. O menor, para o STJ, representa um valor econômico potencial, por isso há o direito potencial a alimentos. Isso, para mim, significa a “perda de uma chance”.

Outra questão é o caso de lesão permanente ou temporária, integral ou parcial, que afeta a capacidade laboral da vítima. Disciplina a matéria o artigo 950 do Código Civil, enfatizando que o pensionamento corresponderá à importância do trabalho para que a vítima se inabilitou ou da depreciação que ele sofreu. Aqui, como já destacado, o pensionamento será devido durante a sobrevida real da vítima, e não a provável. O que me parece relevante nessa questão é a cumulação ou não de indenização com aposentadoria ou pensão previdenciária. Com lesão ou sem lesão, uma vítima aposentada continuará recebendo aposentadoria. Ela deverá ser abatida da indenização? Não, porque a indenização é pela lesão sofrida, e não pelo que a vítima deixou de ganhar. Quem tem que indenizar é o patrimônio do causador do dano, e não o patrimônio da vítima. Se o valor da aposentadoria for abatido da indenização, a vítima estará indenizando a si própria, e a razão de ser da responsabilidade civil estará totalmente prejudicada.

Se responsabilidade é o dever de responder pelo ato ilícito perante a ordem jurídica, e indenizar é reparar o dano dele decorrente da forma mais completa possível, segue-se como consequência não poder o causador do dano aproveitar-se do patrimônio da própria vítima para diminuir o *quantum* indenizatório. Admitir a diminuição da indenização em razão de benefício previdenciário, seguros pessoais, aposentadoria e outros rendimentos da vítima importaria em nova agressão ao seu patrimônio.

Quanto ao 13º salário, se a vítima sofreu lesão permanente, deve ser incluído na indenização? Na minha visão, caberia em qualquer caso, mas, segundo o STJ, é indevido o pagamento se a vítima não possuía vínculo empregatício (REsp 1021986). O STJ também entende que os honorários advocatícios não incidem sobre o capital constituído para a garantia das prestações vincendas (REsp.109.675).

Sobre a revisão do pensionamento, lembro um caso interessante. Quando eu era juiz substituto, uma das primeiras ações que julguei foi a de um jovem estudante de Direito que, parado em uma *blitz*, sem motivo levou um tiro na cabeça. Ele não morreu, mas ficou total e permanentemente incapacitado para o trabalho, razão pela qual foi-lhe concedida uma indenização total.

Vinte ou mais anos depois, encontrei-o recuperado e advogando plenamente. E, agora, seria possível uma revisão desse caso? Sempre entendi ser possível a revisão por se tratar de decisão que traz implícita a cláusula *rebus sic stantibus*. Hoje, o § 3º do artigo 475-Q do CPC tem regra expressa permitindo a revisão.

Prescrição

Com relação à prescrição, temos três dispositivos: o artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, que prevê prescrição em três anos da pretensão de reparação civil; no Código de Defesa do Consumidor, temos o artigo 27, que estabelece prescrição em cinco anos da pretensão à reparação por danos causados por fato do produto ou do serviço; e o artigo 1º-C da Lei nº 9.494/97, ainda um pouco desconhecido, que prevê prescrição em cinco anos do direito à indenização de danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Temos, assim, três dispositivos vigentes, cada um com o seu próprio campo de incidência. É o chamado **diálogo dos fontes**. O artigo 27 do CDC é norma especial que se aplica sempre que ocorre um **acidente de consumo** pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC). O artigo 1º-C da Lei nº 9.494/97 é também norma especial aplicável nos casos de danos causados a terceiros por pessoas jurídicas de direito público (Estado) e por pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (art. 37, § 6º da CF). Essa norma, é oportuno lembrar, revogou o vetusto Decreto nº 20.910/32, que disciplinava a prescrição contra o Estado. E como o transporte de passageiro é serviço público, aplica-se o dispositivo em exame no caso, por exemplo, de um pedestre ser atropelado por um ônibus. O artigo 206, § 3º, inciso V do Código Civil é a norma geral de prescrição aplicável aos demais casos de pretensão à reparação civil.

Há uma corrente doutrinária que sustenta ser aplicável ao transportador de passageiros a prescrição de três anos prevista no Código Civil, e não a de cinco anos estabelecida no Código do Consumidor. Como fundamento, invoca-se o artigo 732 do Código Civil, que dispõe só serem aplicáveis aos contratos de transporte os preceitos constantes da legislação especial quando não contradizem a disciplina para ele estabelecida no Código Civil. Em outras palavras, as disposições do contrato de transporte constantes do Código Civil são especiais e prevalecem às constantes de legislação especial. Ocorre, entretanto, que o artigo 206, § 3º, inciso V do Código Civil não integra a disciplina especial do contrato de transporte estabelecida nos artigos 730/756; pelo contrário, está na parte geral do Código, na disciplina comum da prescrição, pelo que não pode ser considerada norma especial do contrato de transporte.

Concluimos com a visão profética do grande Josserand, manifestada em conferência proferida na década de 30: ‘A responsabilidade civil continuará dominando todo o direito das obrigações, toda a vida em sociedade. É, e será, a grande sentinela do direito civil mundial. Sua história é a história do triunfo da jurisprudência e também da doutrina, e, mais geralmente, o triunfo do espírito e do senso jurídico.’

Muito obrigado.”

