

Visão Panorâmica da Responsabilidade do Transportador

SÉRGIO CAVALIERI FILHO

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

1. Origem da Responsabilidade Contratual do Transportador -

Na linha temática deste trabalho, cabe-me fazer uma resenha da evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial da responsabilidade do transportador desde os seus primórdios até os nossos dias. Sendo assim, a minha tarefa começa literalmente no *tempo da maria fumaça*, no tempo das locomotivas a vapor, que foram os primeiros meios de transporte coletivo.

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

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

Sabemos todos que, a rigor, não há diferença substancial entre a responsabilidade contratual e a extracontratual; ambas têm por essência a violação de um dever jurídico; também nas duas a noção de culpa é a mesma - a violação do dever de cuidado. Os juristas franceses, entretanto,

em busca de uma situação jurídica mais confortável, mais favorável para o passageiro, que não aquela de ter que provar a culpa do transportador, engendraram a responsabilidade contratual, na qual, diferentemente da responsabilidade extracontratual, já existe entre as partes um vínculo jurídico pré-estabelecido, e o dever jurídico violado está perfeitamente configurado nessa relação jurídica. A norma convencional, já define o comportamento dos contratantes, que ficam adstritos, em sua observância, a um dever específico. E foi justamente o contrato de transporte que serviu de cobaia, vamos assim dizer, serviu de instrumento de estudo do qual resultou a doutrina da responsabilidade contratual. Os juristas vislumbraram no contrato de transporte a cláusula de incolumidade, que gera para o transportador a obrigação de levar o viajante são e salvo ao seu destino, de sorte que, uma vez descumprida essa obrigação, exsurge o dever de indenizar do transportador independentemente de culpa.

Gaston Morin, em sua notável obra - *La Revolte du Droit Contre le Code* p. 62-, fez precisa colocação da matéria: “Antes o viajante, vítima de um acidente devia, para obter reparação, provar a culpa da companhia. Com o pressuposto de uma obrigação contratual de incolumidade, a vítima é dispensada daquela prova, na consideração de que o acidente que a atingiu constitui em si mesmo uma falta contratual geradora da responsabilidade civil do transportador, a não ser que demonstre que a inexecução do contrato provém de uma causa estranha a ele não imputável: caso fortuito, força maior, culpa da vítima”.

2. A Lei das Estradas de Ferro - Decreto 2.681/12 - No Brasil, a primeira lei que cuidou da responsabilidade do transportador foi o Decreto legislativo nº 2.681, de 1912, de todos conhecido como sendo a lei das estradas de ferro. Por ter encampado a mais atualizada doutrina da época, essa lei revelou-se avançada para o seu tempo, tanto assim que, embora destinada a regular apenas a responsabilidade civil das estradas de ferro, foi sendo aos poucos estendida analogicamente aos demais meios de transporte terrestre à medida em que foram surgindo, conseguindo assim manter-se em vigor por quase um século.

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

A lei tira a sua força não tanto da vontade do legislador, que a faz, mas, principalmente, da vontade do legislador que a conserva. Se o legislador

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

3 . **Controvérsias em Torno do Artigo 17 do Decreto 2.681/12 -**

Houve, inicialmente, uma certa indecisão da doutrina e da jurisprudência no que tange ao tipo de responsabilidade que teria sido estabelecida no art. 17 do Dec. 2.681/12. Com base na literalidade do texto - que fala em *culpa presumida* - alguns autores sustentaram que a responsabilidade do transportador, em relação aos passageiros, era subjetiva, com culpa presumida. A interpretação gramatical, entretanto, é a mais pobre de todas, não resistindo, na maioria das vezes, a um exame mais profundo do texto. E foi o que aconteceu também aqui.

Melhor examinando o assunto, a doutrina e a jurisprudência perceberam que havia no texto em exame uma erronia terminológica, porquanto a lei, embora falando em culpa presumida, havia na realidade estabelecido uma *presunção de responsabilidade*, vale dizer, responsabilidade objetiva. E assim é porque, no caso de culpa presumida, apenas inverte-se o ônus da prova, podendo o causador do dano demonstrar que não agiu com culpa, e, assim, afastar a sua responsabilidade. O mesmo já não ocorre no caso de *presunção de responsabilidade*. A culpa aí é despicienda; o responsável só se exonera do dever de indenizar se provar a ocorrência de uma das causas que excluem o próprio nexa causal: o caso fortuito, a força maior, o fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

Pois bem, o art. 17 do Decreto 2.681/12, embora fale em *culpa presumida*, como já assinalado, não admite ao transportador fazer prova de que não agiu com culpa para afastar a sua responsabilidade. Só admite, como causa exonerativa do seu dever de indenizar, o caso fortuito, a força maior e o fato exclusivo da vítima. A parte final do citado artigo diz o seguinte: “A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário algumas das seguintes provas: caso fortuito ou força maior; culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada”.

Ora, caso fortuito e força maior sempre foram causas excludentes do nexa causal e não da culpa; o mesmo se diga do fato exclusivo da vítima. Logo, à luz do próprio texto tornou-se imperioso reconhecer que a responsabilidade do transportador, em relação aos passageiros, era objetiva, embora

tivesse a lei, por errônea terminológica, falado em culpa presumida.

4. O Fortuito Interno e o Externo - Tão forte era essa presunção e responsabilidade do transportador que a moderna doutrina passou a distinguir o *fortuito interno do externo*, admitindo que apenas este último não estava abrangido pela cláusula de incolumidade. Entende-se por *fortuito interno* o fato imprevisível, e por isso inevitável, que se liga à organização da empresa, que faz parte dos riscos do negócio. O estouro de um pneu do ônibus, o mal súbito do motorista em plena viagem, o incêndio do veículo, o rompimento de uma peça de segurança, são típicos casos de fortuito interno. O *fortuito externo* é também fato imprevisível e inevitável, mas estranho à organização do negócio. E o fato que não guarda nenhuma ligação com os riscos da empresa, como fenômenos da natureza - tempestades, enchentes etc. Duas são as características do fortuito externo: *autonomia* em relação aos riscos da empresa e a *inevitabilidade*, razão pela qual alguns autores o denominam de força maior.

Pois como dizia, tão forte era a presunção de responsabilidade do transportador que, de acordo com a mais moderna doutrina e jurisprudência, nem mesmo o *fortuito interno* o exonerava do dever de indenizar; somente o *fortuito externo* por se tratar de fato estranho à empresa, sem ligação alguma com a organização do negócio.

5. O Fato Exclusivo de Terceiro - Outra questão que se tornou controvertida à luz do art. 17 da lei das estradas de ferro, e ainda hoje continua sendo, é a que diz respeito ao fato de terceiro, entendendo-se como tal alguém completamente estranho ao binômio *transportador-vítima* mas que com a sua conduta dá causa ao acidente. A controvérsia teve lugar porque o art. 17 da lei 2.681/12 não cogita do fato de terceiro, vale dizer, não o colocou entre as causas de exclusão de responsabilidade do transportador, o que levou alguns autores, entre os quais o nosso papa da responsabilidade civil - Aguiar Dias -, a sustentar não ser ele causa de exclusão de responsabilidade do transportador, ensejando-lhe apenas o direito de regresso.

Nesse rumo enveredou-se a jurisprudência da Suprema Corte, quando ainda era competente para julgar a matéria, ao elaborar o enunciado da súmula 187, que dizia: a “responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por *culpa de terceiro*, contra a qual

tem ação regressiva. Não devo me aprofundar nessa questão porque, em razão de sua importância, será tema de um outro trabalho. Ressalto apenas que a súmula só se refere ao *fato culposo* de terceiro, e não ao doloso. O fato culposo de terceiro não elide a responsabilidade do transportador - esse é o sentido da súmula. Admite-se que assim seja porque o fato culposo de terceiro normalmente tem ligação com os riscos do transportador, relaciona-se com a organização do seu negócio, caracterizando o *fortuito interno*. Mas o que dizer do fato doloso de terceiro? Esse não pode ser considerado *fortuito interno* porque além de imprevisível e inevitável, não guarda nenhuma relação com os riscos do transportador, razão pela qual a melhor doutrina já vem caracterizando o fato doloso de terceiro como *fortuito externo*.

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

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

O Código do Consumidor provocou uma verdadeira revolução no direito obrigacional, mormente no campo da responsabilidade civil, estabelecendo responsabilidade objetiva em todos os *acidentes de consumo*,

quer decorrentes de fornecimentos de produtos (art. 12) quer de serviços (art. 14). A partir do Código do Consumidor podemos dividir a responsabilidade civil em duas grandes áreas - a responsabilidade tradicional e a responsabilidade nas relações de consumo, que passou a ter regras próprias. Mas, no que diz respeito à responsabilidade contratual do transportador, o CDC quase nada mudou, pois, como vimos, essa responsabilidade já era objetiva desde 1912. O que o Código fez, e isso me parece importante, foi mudar o fundamento dessa responsabilidade, que agora não é mais o contrato de transporte mas sim a relação de consumo, contratual ou não. Mudou também o seu fato gerador, deslocando-o do descumprimento da cláusula de incolumidade para o *vício* ou *defeito* do serviço, consoante art. 14 do CDC, que diz: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por *defeitos* relativos à prestação dos serviços etc... Esse defeito pode ser de concepção (que se instaura quando o serviço está sendo idealizado), pode ser de prestação (que ocorre quando o serviço está sendo executado), e ainda de comercialização (por má informação sobre a utilização do serviço). Em qualquer caso, entretanto, é irrelevante que o defeito seja ou não imprevisível. O fornecedor do serviço terá que indenizar desde que demonstrada a relação de causa e efeito entre o defeito do serviço e o acidente de consumo, chamado pelo Código de fato do serviço.

É de se ressaltar, todavia, que o fato exclusivo de terceiro como causa de exclusão da responsabilidade do transportador, após o Código do Consumidor passou a ter fundamento legal, porquanto no § 3º, do seu art. 14, incluiu expressamente a culpa exclusiva de terceiro entre as causas exonerativas da responsabilidade do fornecedor de serviços.

7. A Responsabilidade Extracontratual do Transportador - Vejamos agora, em linhas gerais, o que aconteceu com a responsabilidade extracontratual do transportador durante esse longo período. Por quase 80 anos a responsabilidade extracontratual do transportador foi subjetiva, com culpa provada, com base no art. 159 do Código Civil. O terceiro, eventual vítima de um acidente de trânsito - um atropelamento, digamos - só conseguia obter alguma indenização do transportador se provasse a sua culpa ou do seu preposto. Somente depois de provada a culpa do empregado ou preposto emergia a responsabilidade do patrão, consoante súmula 341 do STF.

Vozes autorizadas, entretanto, desde a década de setenta, entre as quais o saudoso Hely Lopes Meirelles, já se erguiam eloqüentemente contra essa modalidade de responsabilidade e com um argumento de lógica incontestável: se o Estado, quando presta serviço diretamente, responde objetivamente pelos danos que causa a terceiros, e isso já era assim desde a Constituição de 1946, porque o particular que presta serviço público responde subjetivamente? Quem tem os bônus tem que ter os ônus. Não se pode socializar os riscos e privatizar os lucros. Assim, as mesmas razões jurídicas que justificam a responsabilidade objetiva do Estado - a socialização dos riscos - justificam também a responsabilidade objetiva da empresa particular prestadora de serviços públicos.

O constituinte de 1988 encampou essa corrente doutrinária ao estender, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, responsabilidade objetiva idêntica a do Estado. E isso foi feito, como sabemos, no art. 37, § 6º da Constituição Federal que agora diz: “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*. A palavra terceiros não está aqui por acaso pelo que não pode ser desconsiderada. Terceiro é alguém estranho à Administração, que com ela não tem nenhum vínculo contratual anterior. Logo, a palavra *terceiros* foi inserida no § 6º do art. 37 da Constituição para indicar que a responsabilidade ali disciplinada é apenas a extracontratual.

E foi assim que a responsabilidade extracontratual do transportador passou a ser também objetiva, tal como a do Estado, a partir da Constituição de 1988. Se assim é, temos então que admitir, por uma questão de lógica, que se a responsabilidade do Estado, fundada no risco administrativo - e não no risco integral -, pode ser afastada pelas causas que excluem onexo causal, tais causas afastam também a responsabilidade extracontratual do transportador - o caso fortuito, a força maior, o fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

O dispositivo constitucional em exame (art. 37, § 6º) comporta mais uma observação. As entidades de direito privado, prestadoras de serviços públicos, *respondem em nome próprio, com o seu patrimônio*, e não o Estado por elas e nem com elas como alguns chegaram a sustentar, sem sucesso, logo após a vigência da Constituição de 1988. O objetivo do constituinte, como vimos, foi estender aos prestadores de serviços públicos responsabilidade objetiva idêntica a do Estado, e não fazer o Estado responder por eles - quem tem o bônus deve suportar os ônus. Ademais, sendo os prestadores

de serviços públicos detentores de personalidade jurídica, são seres distintos do Estado, sujeitos de direitos e obrigações, pelo que agem por sua conta e risco, e respondem com seu patrimônio por suas obrigações. Nem mesmo de *responsabilidade solidária* é possível falar neste caso, porque a Constituição não fala em solidariedade, inexistindo nenhum outro dispositivo legal que a estabeleça. Antes pelo contrário, o art. 25 da lei que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos (Lei nº 8.987/95), estabelece responsabilidade direta e pessoal do prestador dos serviços por todos os danos que vier a causar aos usuários ou terceiro. O máximo que se poderia admitir seria a *responsabilidade subsidiária* do Estado no caso de insolvência do prestador de serviços públicos. Exaurido o patrimônio deste, parece-me que o Estado deva responder pelo restante da indenização. Afinal de contas, foi o Estado que escolheu aquele a quem atribuiu a execução de serviços públicos. Se quem paga mal paga duas vezes, quem escolhe mal deve responder pela má escolha.

8. Repercussão do Código do Consumidor na Responsabilidade Extracontratual do Transportador - Encerrando, resta uma última indagação: que consequência teve o Código do Consumidor sobre a responsabilidade extracontratual do transportador? Aquela mesma que teve sobre a sua responsabilidade contratual. Nada mudou quanto à natureza dessa responsabilidade porque já era objetiva a partir da Constituição de 1988; mudou, entretanto, a sua base jurídica. Não mais necessitamos agora do mecanismo *da responsabilidade pelo fato de terceiro* porque o transportador não responde pelo fato do preposto (art. 1.521, III do C. Civil), mas sim por fato próprio - o defeito do serviço.

E mais, na medida em que o Código do Consumidor, em seu art. 17, equiparou ao consumidor todas as vítimas acidente de consumo, ainda que estranhas a uma relação contratual, ficou aqui superada a clássica dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual. Vale dizer, a distinção estabelecida pelos juristas franceses nos primórdios da responsabilidade do transportador para ensinar-lhe uma responsabilidade mais severa em relação ao passageiro, perdeu a sua razão de ser com o Código do Consumidor. A responsabilidade nas relações de consumo ficou submetida a uma disciplina única, tendo em vista que o fundamento da responsabilidade do fornecedor, em qualquer hipótese, é o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que vem a dar causa a um acidente de consumo. ◆