

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

JÚLIO CÉSAR TRICOT SANTOS

***RESPONSABILIDADE CIVIL – SÍNTESE DO INSTITUTO
E SUAS TENDÊNCIAS NO DIREITO CONTEMPORÂNEO:
O CASO EMBLEMÁTICO DE ASSALTOS COM MORTE EM VEÍCULOS
DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO***

Porto Alegre
2006

JÚLIO CÉSAR TRICOT SANTOS

***RESPONSABILIDADE CIVIL – SÍNTESE DO INSTITUTO
E SUAS TENDÊNCIAS NO DIREITO CONTEMPORÂNEO:
O CASO EMBLEMÁTICO DE ASSALTOS COM MORTE EM VEÍCULOS
DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO***

Dissertação de mestrado apresentada como requisito para conclusão do Programa de Pós-graduação em Direito na área de Instituições de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas

Porto Alegre
2006

JÚLIO CÉSAR TRICOT SANTOS

***RESPONSABILIDADE CIVIL – SÍNTESE DO INSTITUTO
E SUAS TENDÊNCIAS NO DIREITO CONTEMPORÂNEO:
O CASO EMBLEMÁTICO DE ASSALTOS COM MORTE EM VEÍCULOS
DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO***

Dissertação de mestrado apresentada como requisito para conclusão do Programa de Pós-graduação em Direito na área de Instituições de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Porto Alegre
2006

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é fruto de uma reflexão que agora pretendo compartilhar, em especial com aqueles que diretamente colaboraram para a sua realização e aos quais rendo agradecimentos.

Nem sempre o “homem é lobo do homem” como pensava Thomas Hobbes. Nem sempre o mal deve ser feito de uma única vez como referia Nicolau Maquiavel. Muitas vezes, a grandeza do homem se põe a serviço do homem, e aí este, inspirado por Deus, opera verdadeiros milagres.

Assim nos mostra o livro mais lido de toda a história da Humanidade, a Bíblia. A Fé e a crença nos guiam, nos dão forças para superar, a cada dia, nossa cota de aflição, porque confiamos plenamente em Deus.

Agradeço pois a Deus por cada minuto de vida, por cada dia que tenho, por todas as bênçãos recebidas, pelas realizações pessoais, pela família maravilhosa que possuo, por ter sido possível cursar o Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do RS.

Os Mestres, sem eles nada seria possível. Quando ingressei no Mestrado, pensei que seria como um curso de aperfeiçoamento, como uma Escola Especializada. Aos poucos, vi que era muito mais, que era o despertar de uma consciência crítica, de uma nova forma de ver o mundo, de analisar as relações humanas, de compreender o Direito. Foi um renascimento jurídico, como se eu recebesse uma segunda chance de começar, de re-conhecer o Direito, de analisar os fatos no mínimo de duas formas, por dois ângulos, com duas interpretações. Aprendi a questionar o boato e a analisar o fato. Aprendi a aprender.

Isso não aconteceu por acaso, mas sim porque tive e tenho Mestres, e quem os têm, aprende a conceber e a compreender o Direito, porque o concebe e o compreende a partir dos caminhos por eles apontados. Obrigado a meus professores, dos quais tive o privilégio de absorver um pouco de seu imenso conhecimento.

Por justiça três professores exigem especial referência. O Prof. Juarez Freitas, a quem tenho o privilégio de conhecer desde a Graduação, nos idos de 1989. É um exemplo a ser perseguido como pessoa, como profissional, como Mestre. O Prof. Juarez Freitas instiga ao estudo, à pesquisa, mostra a luz, prova que sempre é possível analisarmos um fato por mais de um ângulo, é um ativo pesquisador e, incrivelmente, entre tantas atividades docentes, ainda consegue tempo para orientar os mestrandos, provando sua incansável dedicação à docência. Os mínimos detalhes de suas observações, suas críticas e sugestões enriquecem qualquer trabalho. Felizes daqueles que têm, como eu, o privilégio de conhecer Mestres, de com eles partilhar as reflexões, esclarecer dúvidas, tornando-se cada vez mais ricos na plenitude do conhecimento.

Sim, precisamos de Mestres, cada vez mais, mas Mestres não são aqueles que estão Mestres, são aqueles que são Mestres, independentemente de seus títulos. O Prof. Juarez é um Mestre, sempre prestativo, sempre acessível, diuturnamente dedicado à pesquisa científica jurídica, um exemplo a todos os estudiosos do Direito, um grande jurista. Obrigado.

A Prof. Regina Ruaro, por sua disponibilidade e compreensão, merece imensa gratidão. Pela capacidade peculiar de perceber no joio o trigo, de entender as dificuldades de cada aluno a seu tempo e de auxiliar, na plenitude de suas condições e suas forças, para a superação das dificuldades de cada mestrando.

Finalmente, faço especial referência ao Prof. Eugenio Facchini Neto, pelo notável conhecimento do direito civil comparado, pela impressionante simplicidade no relacionamento com os alunos, pela inesquecível simpatia.

Nesse sentido, igualmente rendo agradecimentos aos funcionários do Mestrado em Direito, sempre dedicados e prontos para auxiliar nos momentos mais difíceis. Também por justiça, lanço um agradecimento especial à Sra. Nelma, que muito me apoiou para a conclusão do Mestrado.

À minha esposa e companheira igualmente de profissão, Silvania, e aos meus filhos, Gabrielle e Júlio, peço que perdoem os incontáveis dias em que não pude lhes dedicar meu carinho, porque estava trabalhando em minha dissertação de Mestrado, para a qual sempre recebi apoio incondicionado.

Ao meu pai, *in memoriam*, e minha mãe, pela educação e exemplo de vida que deles recebi.

Finalmente, agradeço à CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, pois este trabalho científico somente foi possível graças ao auxílio que recebi como bolsista, o que permitiu o aperfeiçoamento da pesquisa com a maximização do tempo então disponível.

RESUMO

A responsabilidade civil tem merecido especial atenção no direito contemporâneo porque cada vez mais vinculada à atividade de todos os cidadãos em geral, que de uma forma ou outra a ela estão sujeitos. Todavia, seria pouco adequado, num sistema aberto e em construção como nosso atual direito civil, pretender propor respostas, modelos de interpretação fixos e rígidos, lançar críticas às cláusulas gerais ou as defender arraigadamente. A tarefa do pesquisador é sinalizar os caminhos que pode o direito seguir, sempre sob a ótica constitucional da dignidade da pessoa humana.

A partir dessas premissas inicia-se este trabalho, que se destina a apresentar de forma sintética e objetiva o instituto da responsabilidade civil, com ênfase à responsabilidade civil contratual do transportador e à responsabilidade civil extracontratual do Estado, nos casos de assaltos com morte em veículos de transporte coletivo urbano, e suas tendências no direito contemporâneo, dada a importância que a matéria exige, tanto nas relações sociais, especialmente em razão das famílias das vítimas desses acontecimentos, quanto por seus reflexos nas relações econômicas travadas entre fornecedor e consumidor. Será analisada também, sob a ótica da relação consumerista, a possibilidade ou impossibilidade da incidência de excludentes de responsabilidade civil.

Demonstrar-se-á que a responsabilidade do transportador é contratual, estando ele vinculado à cláusula de incolumidade, na qual o passageiro tem o direito de desembarcar em seu destino são e salvo, e o transportador tem o dever de proporcionar-lhe meios seguros de efetuar esse transporte. Esta matéria é hoje regida pelo Código Civil e, complementarmente, pelo Código de Defesa do Consumidor, como será esclarecido.

Quanto à responsabilidade extracontratual do Estado, primeiro deve-se lembrar que o Estado como organização política da sociedade visa alcançar o bem comum. Cabe ao Estado assegurar a realização do bem público, que, sendo parte do bem comum, representa o conjunto das condições necessárias ao pleno desenvolvimento da pessoa humana enquanto indivíduo e ser social.

Ver-se-á que o direito será justo, quando promover este bem comum, uma tendência da própria atividade humana. Mas, essa mesma atividade gera riscos, e riscos podem acarretar danos. Ora, o sistema jurídico visa assegurar por meio da responsabilidade civil a efetivação dessa reparação que assegura a paz social.

A modificação da responsabilidade baseada na idéia de culpa para a responsabilidade decorrente da mera existência do dano representa a manutenção da preocupação com a busca do bem comum, alicerçada na dignidade da pessoa humana. Ver-se-á que é necessário evitar excessos e impedir omissões, sempre à

luz da Constituição Federal, tanto com relação ao Estado quanto em relação aos particulares.

Por essa razão é dedicado especial capítulo à responsabilidade do Estado nos casos de assaltos com morte. Analisaremos a responsabilidade extracontratual do Estado, ou seja, os casos de danos causados por ele a terceiros, frente a situações de ação e omissão. Verificar-se-á se essa responsabilidade é subjetiva ou objetiva, as posições da doutrina e da jurisprudência, com ênfase nos tribunais superiores. Ao final, serão analisadas as excludentes de responsabilidade civil, as discussões sobre a conceituação da parêmia caso fortuito e força maior, o ato de terceiro, a culpa da vítima; enfim, situações que rompem os efeitos do nexu causal e afastam a responsabilidade civil.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Estado. Transporte Coletivo Urbano. Direito Civil.

ABSTRACT

The civil responsibility has deserved a special attention at the contemporary law because it is more and more linked to the main citizen activity, which is subordinate to it one way or another. However, it would be little adequate, in an open and developing system like our contemporary civil law to intend to suggest answers, fixed and rigid interpreting models, to criticize general clauses or to defend them strongly. Signalizing the ways the law may follow is the researcher task, always under the constitutionalist optic of the human dignity.

From these premises starts this work, which is destined to present in a synthetic and objective way the civil responsibility institute, emphasizing the contractual civil responsibility of the transporter and the State extra contractual civil responsibility, in armed robberies that lead to death inside urban collective means of transportation and their tendencies in contemporary law, given the importance this subject claims, in the social relations, specially because of the victim families of theses happenings, as much as its reflex on the economical relations fought between the supplier and the consumer. We will analyze as well, under the consumerism relation, the possibility or impossibility of the incidence of civil responsibility exemptions.

We will demonstrate that the transporter responsibility is contractual, as it is linked to the incolumity clause, whose passenger has the right to disembark on his destiny safe and sound, and the transporter has the duty to provide him safe ways to effectuate that transport. Nowadays, this subject is ruled by the Civil Code and complemented by the Consumer Defense Code, as it will be clarified.

Regarding to the extra contractual State responsibility, at first it should be born in mind that the State as a political society organization aims to reach the welfare. The State is responsible for assuring the accomplishment of the public goods, as being part of the welfare, represents the necessary conditions to the plain development of the human as an individual and social being.

We will see that the law will be fair when it promotes this welfare, a proper tendency of the human activity. But this activity generates risks, and risks may lead to damage.

Well, the juridical system aims to secure the concretization of this repairing, well, it secures the social peace, by means of the civil responsibility.

The modification of the responsibility, based on the guilt idea to the responsibility due to the mere existence of the damage represents the maintenance of the preoccupation searching the welfare, consolidated by the dignity of the human being. We will realize that it is necessary to avoid excesses and to impede omissions, always supported by the Federal Constitution, regarding to the State relationship as much as related to the individuals.

Because of this reason we dedicate a special chapter to the State responsibility in these robber and death cases. We will analyze the extra contractual responsibility of the State,

therefore, the cases of damage caused by him to a third part, regarding action and omission situations. We will verify if this responsibility is objective or subjective, the doctrine postures and the jurisprudence, emphasizing the superior courts. At the end, the civil responsibility exemptions will be analyzed, the discussions about the judgment of the axiom fortuitous case or major force, a third part act, the victim's guilty; thus, situations that tear the causal nexus effects and repel the civil responsibility.

Key-words:Civil responsibility. State. Urban collective. Civil law.

SUMÁRIO

1 RESPONSABILIDADE CIVIL	13
1.1 Breve Histórico	13
1.2 <i>Lex Aquilia</i> – Séc. III a.C.....	16
1.3 A Codificação de Napoleão – Ano 1804	18
2 CONCEITUAÇÃO	23
3 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL	26
3.1 Os Princípios e a Interpretação do Direito	30
3.2 A Análise da Responsabilidade Contratual à Luz dos Novos Princípios do Direito Contratual Contemporâneo.....	35
4 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL	47
4.1 Responsabilidade Contratual e Extracontratual: Superação da Dicotomia?	48
5 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA	51
6 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA	54
7 O NEXO CAUSAL COMO REQUISITO À RESPONSABILIDADE CIVIL	60
8 A EXISTÊNCIA DO DANO	66
9 AS TENDÊNCIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL – A EVOLUÇÃO DOS VALORES SOCIAIS – PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE	67
10 MODELOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL	72
11 O CASO EMBLEMÁTICO DO ASSALTO COM MORTE NO INTERIOR DE VEÍCULOS DE TRANSPORTE COLETIVO NOS GRANDES CENTROS URBANOS	75
12 ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO	77
13 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR	83

14 A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA CASOS IDÊNTICOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	86
15 AS CLÁUSULAS GERAIS E A POSSIBILIDADE DE EXISTIR MAIS DE UMA RESPOSTA CORRETA PARA CADA CASO JURÍDICO	94
16 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRANSPORTE DE PASSAGEIROS – SUBSÍDIOS PARA A BUSCA DA MELHOR RESPOSTA JURÍDICA.....	99
16.1 O Contrato de Transporte na Relação de Consumo.....	106
16.2 A Responsabilidade do Transportador	110
16.3 A Responsabilidade Civil do Estado na Relação Consumerista – o Código de Defesa do Consumidor.....	112
17 A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO NOS CASOS DE ASSALTO COM MORTE EM VEÍCULOS DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO.....	115
17.1 A Conduta Ensejadora da Responsabilidade do Estado – Ação e Omissão.....	127
17.2 A Responsabilidade Estatal por Conduta Omissiva.....	130
17.3 O Efetivo Dever de Responsabilidade da Administração – o Princípio da Proporcionalidade e a Constituição	143
18 AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE E SUA VINCULAÇÃO AO NEXO DE IMPUTAÇÃO E CAUSALIDADE – CASO FORTUITO– FORÇA MAIOR – FATO DE TERCEIRO – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA.....	151
18.1 O Caso Fortuito Interno e o Caso Fortuito Externo.....	155
19 DO TEXTO AO CONTEXTO – ASPECTOS RELEVANTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA NO DIREITO BRASILEIRO	161
20 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	173
REFERÊNCIAS	180

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Breve Histórico

No direito romano não houve a construção de uma teoria da responsabilidade civil. Não se pode desprezar, todavia, a contribuição dos romanistas para a evolução histórica desse instituto, que foi à época desenvolvido a partir de casos, decisões de juízes e pretores, respostas de jurisconsultos e constituições imperiais, de onde foram extraídos princípios e sistematizados conceitos. É bem verdade, como leciona Wilson Melo da Silva¹, que a responsabilidade que vigorou no início dos tempos era objetiva porque o fator culpa era de nula relevância: “Com efeito: de início, na aurora da civilização, todo dano provocava, de imediato, a reação brutal por parte da vítima. A reparação se materializava na forra, que era, por bem dizer, instintiva e reflexa.”

¹ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem Culpa*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 15: “Quem lesava contava com a reação desordenada do ofendido. Não havia, na reação, nem regras, nem preceitos limitadores. Era a eclosão do primarismo do homem bárbaro a atuar sem peias, no automatismo da reação desmedida, no golpe pelo golpe, tal como sucede com a criança que bate na árvore, no pau ou na pedra que amolesta ou machuca, como escreveu Cunha Gonçalves. E esse foi o primeiro estágio ou a primeira forma de desagravo no seio dos homens primitivos. Não se cogita aí de nenhuma idéia de culpa ou de não-culpa, por parte do autor do dano.”

Note-se que nesse primeiro estágio foi a dor que governou, de maneira soberana, o sentimento jurídico do homem. Nos dizeres de Von Jhering²: “La Pierre l’a frappé, il sent la douleur et la douleur lê pousse à la vengeance.”

Esta concepção de vingança, presente nas primeiras relações humanas, decorria, segundo alguns, da própria natureza do homem. Talvez isto explique a preocupação bíblica em desestimular a violência, incentivando não a vingança e sim a compreensão. Na seqüência temos a famosa vindita “olho-por-olho” e “dente-por-dente”, mais conhecida como lei do talião. Porém, o homem evoluiu e percebeu que às vezes seu sentimento de vingança se aplacava, em face da compensação econômica, e começou a substituir o sangue pelo ouro. Foi o chamado império dos resgates dos germanos e celtas, quando passou a caber ao lesado fixar o preço do sangue ou do resgate pela vindita de que podia abrir mão. Note-se que a evolução deu-se no sentido de substituir a forra pelo ‘preço’.

É na Pena do Talião, com a visão do delito do direito romano, pois, que se encontra o berço da responsabilidade civil, a qual evoluiu sensivelmente com o advento da Lei das XII Tábuas, que fixou o valor da pena a ser paga pelo ofensor ao ofendido.

Somente muito mais tarde, no limiar do Império Romano, é que, sob o império da *Lex Aquilia* e por influência das idéias gregas e de seus filósofos, surgiu a noção de culpa como basilar na reparação por danos. Entre os romanos não havia distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal,

² VON JHERING, R. *De La Faute en Droit Privé*. Paris: De Meulenaere, 1880. *O Espírito do Direito Romano*. Trad. port. De Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. p. 67

constituindo-se ambas numa pena imposta ao causador do dano. Evidenciava-se, na época, o caráter eminentemente punitivo do instituto.

Como observam os professores Pablo Gagliano e Pamplona Filho³,

De fato, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção da vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lúdima reação pessoal contra o mal sofrido.

A idéia de responsabilidade, portanto, segundo lembrou Heron José Santana⁴,

[...] ingressa na órbita jurídica após ultrapassada, entre os povos primitivos, a fase da reação imediata, inicialmente grupal, depois individual, passando pela sua institucionalização, com a pena do talião, fundada na idéia de devolução da injúria e na reparação do mal com mal igual, já que qualquer dano causado a outra pessoa era considerado contrário ao direito natural.

Com o desenvolvimento tecnológico e a conseqüente divisão social do trabalho, a pena deixou de ser pessoal para ser patrimonial.

Maior evolução do instituto ocorreu, porém, com a *Lex Aquilia*, que deu origem à denominação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual, ou seja, a chamada responsabilidade civil aquiliana.

³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 177

⁴ SANTANA, Heron José. *Responsabilidade Civil por Dano Moral ao Consumidor*. Minas Gerais: Ciência Jurídica, 1997. p. 44.

1.2 *Lex Aquilia* – Séc. III a.C.

Quando se pensa em responsabilidade civil extracontratual, a primeira associação feita é a uma idéia de reparação, de pretender que alguém responda por algum dano causado diretamente pelo agente ou por alguém a ele relacionado. Trata-se de um princípio geral de responsabilidade no qual quem causa algum dano a outrem deve repará-lo.

A elaboração desse princípio foi feita com base nas disposições de uma *Lex Aquilia*, de época incerta, mas provavelmente do século III a.C., isto é, entre o final do apogeu da civilização grega e o início da dominação romana.

Consoante as disposições dessa lei, quem matasse um escravo ou animal pertencente a outrem ficava obrigado a pagar o maior valor que tal coisa tivera no ano anterior.

Note-se que surgiu uma idéia de reparação e não mais de mera punição. Era uma punição pela reparação, mas o foco estava no dano.

Era determinado, também, que no caso de ferimento de escravo ou animal alheio, bem como no de danificação de coisa alheia, o autor do dano ficasse obrigado a pagar o maior valor que a coisa tivera no último mês.

Originariamente, a sanção da *Lex Aquilia* só se aplicava ao dano causado por ato positivo e consistente em estrago físico de coisa corpórea. Assim, quanto ao primeiro requisito, não constituía dano perante aquela lei o deixar sem alimento um cavalo, causando com isso sua morte.

Quanto ao segundo, não era considerado, pela *Lex Aquilia*, como dano o deixar fugir o animal alheio, porque não ocorria estrago físico e material. Além desses requisitos a *Lex Aquilia* exigia que a danificação fosse feita *iniuria*, ou seja, contra a lei.

Mais tarde, os jurisconsultos entenderam que a palavra *iniuria* não significava apenas o ilícito, o contrário à lei, mas implicava também a culpabilidade do autor do dano. Exigiu-se então que o dano causado fosse doloso ou ao menos culposo, sendo imputável também a mais leve negligência: "*In lege Aquilia et levissima culpa venit.*"

Outrossim, as sanções da *Lex Aquilia* eram aplicadas, mais tarde, a outros casos de danificação, além das restrições originárias antes mencionadas, como aos prejuízos causados por omissão ou verificados sem o estrago físico e material da coisa.

No cálculo do valor do dano, originariamente, se limitava a estabelecer o valor objetivo da coisa, mas no período clássico incluía-se todo o interesse do proprietário relativamente a ela. Assim, desde essa época o cálculo do dano incluía, além do dano efetivo e material (*damnum emergens*), a perda de lucro (*lucrum cessans*) sofrida pelo proprietário por causa do ato ilícito do ofensor, conforme leciona Thomas Marky⁵.

Note-se aí o berço da responsabilidade civil e suas conseqüências como: a indenização pelas perdas e danos, o dano emergente e o lucro cessante. O foco estava na punição do agente pelo dano causado.

1.3 A Codificação de Napoleão – Ano 1804

Não pretendemos aqui desconsiderar o importante papel do iluminismo, tão bem apresentado por Kant, mas sob o prisma da responsabilidade civil a Revolução Francesa merece especial análise. Em verdade ela teve reflexos políticos na civilização ocidental, especialmente pelo início da ruptura Estado-Igreja. Entretanto, no campo civilista seu maior legado se encontra na codificação realizada por Napoleão Bonaparte em 1804, que, a par de suas inclinações bélicas, percebeu a necessidade da criação de leis codificadas para reger os atos da vida civil. Representou igualmente a consagração ideológica definitiva dos valores da burguesia, sempre temerosa quanto às pretensões intervencionistas do Estado. A

⁵ MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p.44

partir de então, as máximas do liberalismo e da autonomia da vontade se expandiram, foram exportadas inclusive para países em fase inicial de implantação de seus sistemas codificados, como é exemplo o Brasil. Lembra-se aqui nosso vetusto Código Comercial de 1850 e o Código Civil de 1916.

O marco paradigmático do Código Civil de Napoleão foi, sem dúvida, quanto ao assunto ora enfrentado, a consagração do princípio da atipicidade da responsabilidade civil. Houve a positivação de uma cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva.

Com efeito, o art. 1.382 do CC de Napoleão, o citado diploma legal, referiu: “Todo e qualquer fato do homem, que causa um dano a outrem, obriga o culpado a repará-lo.”

Note-se que se consagrou uma verdadeira cláusula geral, na qual a responsabilidade civil desvinculou-se da tipicidade de uma conduta. Bastaria haver o dano, decorrente de um fato do homem, que existiria o dever de indenizar.

Esse, sem dúvida, sob o prisma da responsabilidade civil, foi o grande marco da codificação de Napoleão.

Num primeiro momento, esse modelo de responsabilidade civil correspondeu às necessidades da população. Entretanto, a Revolução Industrial causou um desequilíbrio nesse sistema, haja vista o incremento de acidentes decorrentes da utilização em massa das máquinas. Esse fato dificultava, muitas

vezes, identificar a culpa do agente e impedia a reparação civil. A produção em grandes escalas e a mecanização dos sistemas de produção aumentou a produtividade e a circulação de riquezas, mas, ao mesmo tempo e à mesma proporção, aumentaram os acidentes decorrentes desse incremento na produção de bens e serviços.

Com os efeitos da Revolução Industrial e a introdução do maquinismo, o sistema da culpa (modelo subjetivo), que até então funcionava satisfatoriamente, assistiu ao aumento do número de acidentes, ficando cada vez mais difícil identificar uma “culpa” e o causador do dano. Com isso, concretizou-se um grande impasse: condenar uma pessoa não culpada a reparar um dano que tivesse sido causado por sua atividade, ou deixar a vítima sem nenhuma indenização.

Para resolver os casos em que não havia culpa das partes envolvidas, surgiu a idéia da responsabilidade objetiva, onde se descarta a necessidade de culpa (subjetiva), onde o interesse maior é a reparação do dano causado, sem o questionamento da culpa de uma das partes.

Quando se fala em responsabilidade civil, é essencial a referência ao Código de Napoleão, fruto da revolução industrial e do pensamento da sociedade burguesa, então em plena ascensão. Da mesma forma, a sociedade brasileira daquele início de século XIX se inspirava nos valores da “sociedade européia”: o que era bom para os europeus era bom também para os colonizados brasileiros. Esse era o pensamento daquela sociedade, eminentemente patriarcal, conservadora e rural.

Depois da segunda metade do século XIX teve início, a partir da doutrina, um movimento de ampliação da responsabilidade civil cujos reflexos se prolongaram por todos os séculos XX e XXI. Surgiu uma reação ao formalismo do direito napoleônico e da teoria política liberal. Pode-se afirmar que o final do século XX assistiu a uma certa revisão da ideologia centrada no individualismo, na suposta liberdade social, econômica, política e religiosa.

O Estado iniciou a ampliação de sua atuação para fora do direito público e passou a interagir com mais intensidade com o direito privado. A partir daí, se tornou essencial uma análise sobre o modelo político e social que envolvia as relações sociais e econômicas. Mudou o foco; o social passou a se sobrepor ao individual, os interesses se tornaram sociais, e não exclusivamente pessoais. Toda essa mudança não passou despercebida a nossa legislação, como adiante se verá.

É bem verdade que o antigo Código Civil Brasileiro de 1916, vigente até 2002, consagrou a culpa como alicerce do próprio instituto; ela seria a gênese da responsabilidade civil. Note-se que o pensamento social daquela época se caracterizava pelos clássicos ideais da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade. Portanto, a valorização do indivíduo estava em alta, em detrimento do pensamento social, da solidariedade, da preocupação com o próximo.

Todavia, a própria evolução social, a mudança de valores, de paradigmas de conduta trouxe significativas mudanças para a sociedade e para o

instituto da responsabilidade civil. Originou-se uma migração da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva; o centro do direito deixou de ser o “eu” e passou a ser a sociedade, ocorrendo uma coletivização do direito.

Essa evolução objetiva da responsabilidade foi possível em razão do desenvolvimento do seguro de responsabilidade, com a criação de sistemas de responsabilização coletiva, como a previdência social, os seguros de vida, de bens, acidentes de trabalho, entre outros. Partiu-se rapidamente para legislações inovadoras, e agora se fala em legislações brasileiras que culminaram por inserir no sistema pátrio a idéia da responsabilidade civil objetiva. Exemplo claro e insofismável é a legislação que disciplinou as relações nas estradas de ferro, sendo o marco da responsabilidade objetiva no Brasil.

A responsabilidade civil, pelo que se percebe de sua evolução histórica e tendências doutrinárias, tem focado em reparar, imperativamente, o dano, mais sob o prisma da vítima do que da censura de seu responsável.

Assim, em matéria de responsabilidade civil foi positiva e de relevante importância a migração da responsabilidade subjetiva para a objetiva, que prescindiu da culpa para sua caracterização.

2 CONCEITUAÇÃO

A ordem jurídica busca, em síntese, a proteção do homem que se comporta conforme o direito. Ao mesmo tempo é necessário reprimir aquele que se comporta de forma contrária ao direito.

A ordem jurídica impõe deveres de conduta, comissivos ou omissivos, destinados à proteção do homem – ser social. Há um dever geral de conduta de não prejudicar ninguém, que remonta do direito romano, até hoje utilizado nos meios jurídicos: “*neminem laedere*”.

A conduta humana omissiva ou comissiva, violadora de um dever jurídico, portanto ilícita, que causa dano a outrem, enseja um novo dever jurídico, o de reparar o dano causado. Essa conduta ilícita causadora de prejuízo é fonte geradora de responsabilidade civil.

Vale referir a classificação da responsabilidade civil em subjetiva e objetiva. Na primeira tem-se a idéia de culpa, ou seja, o agente quis ou previu o resultado, que se deu por negligência, imprudência ou imperícia, juntas ou em separado, em qualquer ordem. Na segunda, não há uma vinculação psicológica propriamente dita entre o indivíduo e seu ato, de forma que o indivíduo é

responsabilizado pelo evento danoso, independentemente de ter desejado, previsto ou permitido o ato antijurídico, bastando que exista o nexo causal que o vincule ao dano.

Essa classificação está exposta de modo exemplar por Atílio Anibal Alterini e Roberto Cabana⁶:

Kelsen también clasifica a la responsabilidad en subjetiva (o por culpa) y objetiva (o por resultado). Hay responsabilidad subjetiva cuando se requiere, para que la sanción sea aplicable, que el sujeto haya querido o previsto el resultado de su conducta antijurídica.

Como visto, o descumprimento de um dever jurídico originário, mediante conduta humana que causa prejuízo, acarreta um dever jurídico secundário de reparação desse prejuízo, ocorrendo a sucessividade da obrigação de indenizar.

Além da classificação da responsabilidade civil em objetiva ou subjetiva, há situações em que as partes, anteriormente ao evento danoso, mantiveram relação contratual e a mantinham no momento do evento, denominada de responsabilidade civil contratual, e situações nas quais as partes envolvidas no evento danoso não mantinham qualquer relação contratual à data do evento, que se denomina responsabilidade civil extracontratual, também chamada por alguns juristas de “aquiliana”.

⁶ ALTERINI, Atílio Anibal; CABANA, Roberto M. López. *La Responsabilidad – Homenaje Al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995. p. 38

No Brasil, como na grande maioria dos países com sistemas legais codificados, é acolhida a teoria dualista ou clássica, na qual se classifica a responsabilidade civil em contratual e extracontratual. Para os defensores da teoria monista ou unitária essa distinção seria desnecessária, porque os efeitos no cenário jurídico são os mesmos.

Na responsabilidade civil contratual existe sempre uma prévia relação entre as partes, um acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinadas a adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas patrimoniais.

Aliás, essa distinção está colocada de forma didática por Sérgio Cavalieri Filho⁷ ao referir que na responsabilidade contratual o dever violado pelo devedor tem por fonte a própria vontade dos indivíduos. São eles que criam para si, voluntariamente, certos deveres jurídicos e, por que não, também podem excluir por vontade própria certos deveres. A responsabilidade extracontratual, por sua vez, importa a violação de um dever estabelecido na lei ou na ordem jurídica, como por exemplo não causar dano a outrem.

⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade Civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.36

3 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL

Como bem refere Sérgio Cavalieri Filho⁸: “Quem infringe dever jurídico ‘latu sensu’, de que resulte dano a outrem fica obrigado a indenizar. Esse dever, passível de violação, pode ter como fonte relação jurídica pré-existente, isto é, um dever oriundo do contrato.”

Nesse caso, as partes – autor e vítima – estavam, sempre, vinculadas contratualmente em momento anterior ao evento causador do dano, pré-existindo obrigações contratuais cujo inadimplemento acarreta o dever de indenizar. Está-se diante do também chamado ilícito contratual. Ocorre a violação a um dever jurídico convencionalizado pelas partes, a ruptura do pacto, da lei particular, que enseja, atualmente, a possibilidade do distrato com a resolução ou manutenção desse contrato e a indenização por perdas e danos, tal como estatuído no art. 475 do Código Civil⁹.

Essa obrigação convencionalizada pelas partes pode ser de resultado ou de meio, ou seja, o transportador pode se obrigar a obter determinado resultado ou se obrigar a utilizar todos os meios necessários a determinado fim,

⁸CAVALIERI FILHO, 2003, p. 37.

⁹ Art. 475 do Código Civil: “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.”

sem, entretanto, assumir a responsabilidade pelo resultado. Nesse sentido bem esclarece Carlos Roberto Gonçalves¹⁰, ao referir que a obrigação é de meio quando o devedor promete empregar seus conhecimentos, meios e técnicas para a obtenção de determinado resultado, sem, no entanto, responsabilizar-se por ele, tal como o advogado que não se obriga a vencer a causa, mas a defendê-la da melhor forma possível, e o médico que não se obriga a curar a doença, mas a bem tratar os enfermos fazendo uso de seus conhecimentos científicos.

Na situação em que a obrigação é de resultado, o devedor se exonera somente quando o fim prometido é alcançado. Não o sendo, é considerado inadimplente, devendo responder pelos prejuízos decorrentes do insucesso. O exemplo clássico das obrigações de resultado é a obrigação assumida pelo transportador, que promete tacitamente, ao vender o bilhete, levar o passageiro são e salvo a seu destino. Nesse caso, o objetivo final é da essência do ajuste e, apenas mediante prova de algum fato capaz de romper o nexo de causalidade, tal como o fortuito, a força maior, a culpa exclusiva da vítima ou ato de terceiro, é possível ao devedor exonerar-se da responsabilidade, caso não atingido o fim a que se propôs.

Surge aqui o ponto fundamental deste trabalho, pois está na conceituação e na definição das excludentes da responsabilidade civil, a causa maior de existir atualmente, no Superior Tribunal de Justiça, posição contrária à responsabilidade civil do transportador e do Estado nos casos de assaltos com morte no interior de veículos de transporte coletivo urbano.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2004. v.2. p. 72

O transportador assume uma obrigação de resultado, ou seja, transportar o passageiro são e salvo a seu destino. Ora, a frustração desse resultado esperado pelo transportado, que é consumidor de um serviço de transporte público, acarreta, inegavelmente, inadimplemento das obrigações assumidas e a responsabilidade pelo dano causado. O transportador não se exime da responsabilidade provando apenas ausência de culpa. Afinal, ele, transportador, deve provar que o evento danoso se verificou por força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima.

Deve-se ponderar que as causas estranhas ao transporte têm sido consideradas pelo Superior Tribunal de Justiça como genericamente caso fortuito e, portanto, excludentes da responsabilidade civil. Se fossem tratadas causas inerentes ao transporte, aí sim, incidiria a responsabilidade civil, a teor do que dispõe o art. 735 do Código Civil¹¹. Lembra-se que esse dispositivo tem a mesma redação da Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal¹². Se ocorre um acidente de transporte, incide a responsabilidade civil; contudo, se acontece um acidente de fato estranho àquela atividade específica de transporte, tem-se aí a incidência do caso fortuito ou força maior e está afastada a responsabilidade civil, como tem entendido majoritariamente o Superior Tribunal de Justiça, cujas decisões serão referidas e analisadas *a posteriori*.

¹¹ Art. 735 do CC: “A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.”

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 187: “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.” Esta súmula, bem como todas a seguir, encontram-se no Apêndice A, em volume em separado.

Neste ponto, pede-se atenção para o fato de se atentar, desde logo, acerca da legislação de regência que disciplina o contrato de transporte. Como bem dispõe o art. 732¹³ do Código Civil, a lei aplicável é a geral, ou seja, o próprio Código Civil, preferencialmente, e a legislação especial, bem como tratados e convenções internacionais, são aplicados, desde que não contrariando o Código Civil. Entende-se relevante efetuar esse esclarecimento porque há, nesse caso, uma exceção à regra geral de que em princípio se aplica a lei especial e depois, complementarmente, a lei geral. No contrato de transporte essa regra geral de direito está invertida; primeiro se aplica a lei geral e depois a lei especial.

Importa referir que, se a violação a um dever jurídico não decorre de prévio contrato, está-se diante da responsabilidade civil extracontratual. Eugênio Facchini Neto¹⁴, com peculiar acuidade, esclarece que essa responsabilidade extracontratual pode ser subjetiva, por fato ilícito, ou subjetiva, por ato lícito, e na mesma obra exemplarmente leciona que a responsabilidade extracontratual pode ainda ser objetiva, na qual se dispensa o questionamento acerca da conduta do agente, bastando haver um nexo causal, um elo de ligação entre a conduta do agente e o dano causado à vítima.

Como se está falando da responsabilidade civil contratual, pensa-se que é válida a análise de princípios gerais de direito e sua interpretação.

¹³ Art. 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.”

¹⁴ FACCHINI NETO, Eugenio Neto. *O Novo Código Civil e a Constituição*. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b. p. 151 et seq.

3.1 Os Princípios e a Interpretação do Direito

No momento em que são analisados princípios, não se pode deixar de mencionar o salutar fenômeno da constitucionalização do direito civil. A Constituição Federal (1988) lançou um novo olhar sobre a ótica das regras, dos valores e dos princípios no âmbito da hermenêutica jurídica.

O intérprete contemporâneo deve associar os Códigos, os Micro-Sistemas Legais, os Textos Legais, os Regulamentos, as Resoluções, as Medidas Provisórias, entre outros, com a essencial utilização dos Princípios Constitucionais. O direito infraconstitucional tem de ser analisado com os “óculos” da Constituição. Essa é a essencialidade do estudo dos princípios constitucionais, sua importância e relevância na análise de todo o ordenamento jurídico de um país.

Portanto, a antiga dicotomia direito público-privado perde espaço nesse processo de constitucionalização do direito civil que trouxe consigo o incremento das chamadas cláusulas gerais, que permitem ao intérprete flexibilidade suficiente para buscar a melhor resposta jurídica para cada caso, sempre à luz da Constituição.

Não mais se pode conceber um sistema fechado, hermético e estático. Afinal, todas as categorias jurídicas em alguma medida são permeáveis a mudanças de sentido decorrentes do processo hermenêutico, até porque, como

inteligentemente observa Perelman¹⁵, a clareza da norma muitas vezes não passa de falta de imaginação do intérprete.

Além disso, a partir da própria implantação do Estado Social, onde este passou a exercer a intervenção nas atividades econômicas e na vida social, houve inegavelmente uma miscigenação entre o direito público e o direito privado, como referido por Eugênio Facchini Neto¹⁶:

[...] houve uma certa publicização do direito privado, no sentido de que o Estado passa a intervir, de forma imperativa, em extensas áreas que antes eram deixadas ao livre jogo das vontades privadas. Parte dessa regulamentação passou a Ter tamanha importância que foi elevada à dignidade constitucional. Temos, então, o fenômeno da constitucionalização de certos princípios e institutos fundamentais do direito privado, como é o caso da família, da propriedade, da atividade econômica ou seja, passam a estar disciplinados na Constituição os princípios fundantes dos três institutos básicos do direito privado, na conhecida concepção de Jean Carbonnier – família, propriedade e contrato.

Essa relativização da própria autonomia privada permite intervenções judiciais destinadas ao reequilíbrio da comutatividade eventualmente perdida. Interessante essa tarefa, pois pode colocar em conflito no mínimo dois princípios constitucionais: autonomia da vontade, de um lado, e dignidade da pessoa humana, de outro, ou a própria função social do contrato. Com absoluta certeza, a tarefa do intérprete é espinhosa e exige extremo cuidado para que não sejam tratadas com igualdade situações desiguais.

¹⁵ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 51.

¹⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo W. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003c. p. 29.

Como leciona Paulo Bonavides¹⁷, “os princípios constituem a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada. São as premissas de todo um sistema, além de seu essencial caráter normativo”. Os princípios fundamentais encontram-se num patamar hierárquico axiológico superior às regras. Estas conformam uma unidade limitada dentro da ordem sistemática e dos valores, mais genéricos e indeterminados. Diante do enfrentamento das antinomias são os princípios que devem guiar o intérprete na direção de encontrar a segurança e o respeito ao sistema, como refere Juarez Freitas¹⁸.

Após essa sintética exegese sobre princípios e Constituição, pensa-se que será mais fácil a análise dos princípios contratuais.

A história do direito contratual clássico trouxe consigo os valores sociais típicos do pensamento da sociedade que a criou. Quando se fala em Direito Contratual e, pois, responsabilidade civil contratual, é inevitável a referência aos princípios clássicos que alicerçaram esse ramo do direito, desde o início de nossa civilização, e que assumiram contornos individualistas e liberais com a Revolução Francesa, que exportou esses valores para vários sistemas legais, inclusive o Código Civil de 1916. Nesse contexto adotam-se princípios basilares como: **a)** Autonomia da Vontade; **b)** Obrigatoriedade (*Pacta Sunt Servanda*); **c)** Relatividade dos Efeitos; e **d)** Consensualismo.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 354.

¹⁸ “O sistema jurídico verifica-se como uma rede hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram substanciados na Constituição.” Cf. FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 54.

Para melhor compreensão, em rápida síntese, pode-se definir o Princípio da Autonomia da Vontade como aquele que permite a livre contratação entre os cidadãos, que podem contratar tudo o que quiserem, conforme sua livre vontade, desde que não o façam sobre objetos ilícitos ou não permitidos em lei, como por exemplo contrato sobre a herança de uma pessoa viva. O princípio da obrigatoriedade está diretamente ligado à idéia de seriedade dos contratos. Contratos são firmados para serem cumpridos, ou não devem ser firmados. Portanto, uma vez algo contratado, as partes estão obrigadas a seu cumprimento, à realização de suas obrigações contratuais. É também conhecido como princípio *pacta sunt servanda*, que remonta do direito romano e impedia o descumprimento da obrigação, uma vez pactuada.

Já o princípio da relatividade dos efeitos está vinculado diretamente com a idéia de que os contratos somente podem atingir aqueles que neles se vincularam, sendo seus efeitos limitados às partes contratantes. Em seguida se verá que esse princípio, assim como os demais, atualmente merecem uma nova interpretação à luz dos valores sociais, éticos e econômicos da sociedade contemporânea.

Finalmente, falando ainda dos principais princípios contratuais clássicos, resta o princípio do consensualismo, que exige a livre manifestação da vontade para que se perfectibilize o contrato. Nesse caso, basta consciência de querer contratar e a manifestação omissiva ou comissiva do contratante para que se repute formalizado o contrato.

Todavia, o direito contratual contemporâneo não pode mais ser visto e nem aceito sob a ótica do pensamento liberal individualista que imperou no Código Civil de 1916. Com efeito, o vigente Código Civil trouxe a lume novos valores e novos princípios correlatos à própria evolução da sociedade e que exigem uma reavaliação dos princípios clássicos, em respeito à evolução social e em decorrência dos novos princípios consagrados no Código vigente. Mais, a idéia de dicotomia entre direito público e direito privado, no sentido de que ao Código Civil cumpria reger as relações civis, entre particulares, e à Constituição cumpria reger as relações entre o Estado e os Administrados, sucumbe frente à Constitucionalização do direito civil, ou seja, a Constituição rege as relações privadas e públicas, tal como o Código Civil dispõe de artigos aplicáveis às relações públicas e privadas.

Na sociedade contemporânea esse paralelismo dá lugar à convergência. As relações jurídicas de natureza civil, familiar, obrigacional, real ou sucessória, passam a disciplinar-se não apenas pelas normas contidas ou derivadas do Código Civil, mas igualmente por princípios e regras constitucionais.

Nesse ponto cita-se Gustavo Tepedino¹⁹, que de forma precursora já referia:

O código civil perde assim, definitivamente, o seu papel de constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas, antes reservados exclusivamente ao código civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização família, matérias típicas do direito privado passam a integrara uma nova ordem pública constitucional.

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 29

A perspectiva civil constitucional permite a análise e a interpretação empenhada em demonstrar e explorar a conexão entre a história do direito civil e a história constitucional, em especial o projeto de sociedade justa, livre e solidária.

Esses os ideais de um Estado de Direito social, humanista e politicamente democrático.

3.2 A Análise da Responsabilidade Contratual à Luz dos Novos Princípios do Direito Contratual Contemporâneo

Nesse sentido, o Código Civil – Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, foi pródigo, porque redimensionou a importância patrimonialista do Código de 1916, voltando-se para uma nova lógica axiológica na qual o ordenamento reserva sua proteção à pessoa humana, integralmente considerada, tal como a Constituição Federal o fez.

As relações civis marcadamente identificadas pelo patrimonialismo passaram a receber influência de valores outros, socialmente relevantes, e a esfera pessoal se deslocou para a esfera social; portanto, como não poderia deixar de ser, o espectro valorativo mudou do “eu” para o “nosso”, no qual os contratos ultrapassam a esfera de proteção dos titulares dos direitos subjetivos.

Serão rapidamente analisados a seguir os Princípios Contemporâneos do Direito Contratual, que são, na ordem legal: **a)** o Princípio da Função Social do Contrato; **b)** o Princípio do Equilíbrio Contratual; e **c)** o Princípio da Boa-Fé Objetiva.

O Princípio da Função Social do Contrato, diferentemente do que ocorre com os dois princípios contemporâneos já examinados, somente agora com o novo Código Civil recebeu uma positivação infraconstitucional explícita, art. 421, segundo o qual a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Significa dizer, em síntese, que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas. Ora, o contrato é a maior fonte de relações jurídicas de nosso sistema legal; é por meio dele que circula a riqueza de um País, o que evidencia sua importância para a manutenção de um Estado de Direito. Considerada sua relevância nas relações sociais é fácil compreender a importância da função social do contrato, que não pode mais ser analisado de forma míope, isolada do contexto social e com efeitos apenas entre as partes contratantes.

O contrato é um complexo de relações obrigacionais que exporta efeitos para a sociedade. Cria obrigações que devem ser vistas como uma totalidade de relações entre os contratantes e a própria sociedade. Essa análise da obrigação como totalidade comprova que o contrato é um elemento integrador das

instituições de um país, permitindo a circulação de riquezas e gerando a segurança jurídica e política das Instituições. Frise-se que o termo “política”, neste texto, é utilizado no sentido de organização social, de sociedade organizada e constituída num Estado de Direito.

Esse princípio encontra fundamento constitucional no princípio da solidariedade, a exigir que os contratantes e os terceiros colaborem entre si, respeitando as situações jurídicas anteriormente constituídas, ainda que as mesmas não sejam providas de eficácia real, mas desde que sua prévia existência seja conhecida pelas pessoas implicadas.

É a função social que torna o contrato um fenômeno transcendente dos interesses dos contratantes individualmente considerados e que o desloca do âmbito exclusivo das disposições de vontade individual para o seio da ordem jurídica.

Assim, com base nessa coexistência dos novos princípios com os clássicos, afasta-se a existência de um paradigma único e absoluto – paradigma voluntarista – e passa-se a ter diversos paradigmas, que de modo simultâneo norteiam o estudo e a pesquisa contratual.

É necessário um afastamento dos critérios essencialmente patrimoniais para se dar primazia e fortalecimento a critérios que incorporem valores

existenciais, da dignidade da pessoa humana, como bem referido pela Constituição Federal²⁰.

O direito civil constitucional reúne em torno de sua premissa básica que os princípios e valores constitucionais conformam diretamente as relações privadas, funcionalizando-as à proteção e ao desenvolvimento da pessoa humana.

A leitura do direito civil, sob a ótica constitucional, atribui novos fundamentos e novos contornos à liberdade contratual. Em meio ao processo de despatrimonialização ou de funcionalização do direito civil. A noção de autonomia da vontade sofreu profundas modificações no âmbito do contrato, posto que a autonomia negocial não constitui em si um valor.

A aplicação ao contrato dos novos princípios causou a quebra da hegemonia outrora atribuída à autonomia negocial. Os novos princípios encontram fundamento na Constituição Federal, quer como cláusula geral, art. 1º, inc. III; como princípios instrumentais da ótica solidarista ali firmada, art. 3º, inc. I; como corolários do valor social da livre iniciativa, art. 1º, inc. 4º; quer, finalmente, na condição de princípios componentes da ordem econômica constitucional, art. 170, da qual a ordem contratual é parte integrante.

²⁰ Artigo 1º, Inc. III da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: Inc. III – a dignidade da pessoa humana”.

O exame desses princípios tem por objeto demonstrar que a concepção de contrato por eles pressuposto é diversa da concepção denominada clássica, segundo a qual o princípio da autonomia da vontade explicava a amplitude da liberdade contratual, a intangibilidade do pactuado e a relatividade de seus efeitos.

A análise da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social do contrato consiste no primeiro e imprescindível passo para que se compreenda o foco deste trabalho, destinado a pesquisar a responsabilidade do transportador com relação ao transportado, em casos de assalto com morte no interior de veículos de transporte coletivo. Trata-se, em última análise, de verificar se se está diante de um inadimplemento contratual quanto ao dever de incolumidade, ou se, incidindo um evento extraordinário e imprevisível, a responsabilidade pela inadimplência, quanto ao dever de incolumidade, está afastada diante do rompimento do nexo causal.

A relação que se estabelece nesses casos é inegavelmente de um contrato; afinal, o passageiro paga a passagem para chegar ileso a seu destino, e o transportador recebe o pagamento para levá-lo ileso a seu destino. Quando isso incorre, está-se diante de evidente inadimplemento contratual, que sujeita o inadimplente à resolução do contrato e às perdas e danos²¹, ou somente às perdas e danos, conforme desejar aquele prejudicado pelo descumprimento do contrato.

²¹ Art. 475 do Código Civil.

A análise das modificações que os novos princípios acarretam no modo de se conceber a relação contratual abrirá caminho para uma melhor compreensão e uma conscientização sobre a responsabilidade civil nos casos de assalto com morte. Ver-se-á adiante que as excludentes de responsabilidade civil não podem sempre incidir, nesses casos, para afastar a responsabilidade do transportador, tanto em razão dos novos princípios do Direito Contratual Contemporâneo como em razão de uma interpretação sistemática dos conceitos de caso fortuito, de força maior e dos casos de atos de terceiros ou da própria vítima, bem como das circunstâncias caracterizadoras da prevenção e da precaução. Neste estudo, também será analisada a responsabilidade complementar do transportador como fornecedor de um serviço e sua responsabilidade à luz do “contrato de incolumidade”.

Para tanto, imprescindível a análise do direito e também dos fatos, dentro de um sistema jurídico numa perspectiva tópico-sistemática, como bem referido pelo Prof. Juarez Freitas²²:

Na perspectiva tópico-sistemática conceitua-se o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizável de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos, cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.

O Princípio do Equilíbrio Contratual expressa a preocupação da teoria contratual contemporânea com o contratante vulnerável. Em razão da disparidade de poder negocial entre os contratantes, a disciplina contratual procura

²² FREITAS, 2004, p. 54.

criar mecanismos de proteção da parte mais fraca, como é o caso do balanceamento das prestações. Conforme esse princípio, a justiça contratual torna-se um dado relativo não somente ao processo de formação e manifestação da vontade dos declarantes, mas, sobretudo, ao conteúdo e aos efeitos do contrato, que devem resguardar um patamar mínimo de equilíbrio entre as posições econômicas dos contratantes.

Assim, um contrato pactuado de maneira livre pode ser, não obstante, um contrato injusto e, nessa medida, passível de ser revisto, modificado judicialmente ou mesmo rescindindo de forma integral. A ênfase na liberdade é superada pela ênfase na paridade, tratando-se de profunda transformação no conceito de justiça contratual.

Na sociedade contemporânea as relações humanas ocorrem em sua maioria por meio de contratos, que, por ironia, também majoritariamente nascem desiguais, dado que a riqueza e a diversidade de relações contratuais mantidas a cada dia impedem a efetivação prática de contratos paritários, com prévia discussão pelas partes acerca das cláusulas contratuais, o que tornaria em princípio equilibrado o contrato.

Ao contrário, presencia-se hoje a massificação dos contratos, previamente elaborados por uma das partes, em geral pelo produtor, fornecedor ou distribuidor do produto ou serviço. Tais contratos são apenas apresentados aos consumidores, que a eles aderem manifestando seu consentimento, mas sem plena consciência da dimensão e dos efeitos que dele advirão, pois criado para proteger

os interesses econômicos de quem o elaborou, jamais daqueles consumidores que a ele apenas aderem. Por essa razão o Código Consumerista (lei 8.078/90) é destinado à proteção do consumidor justamente para buscar um nivelamento mínimo entre deveres e direitos das partes contratantes nas relações de consumo, caracterizadas em regra geral pela adesividade e, não raro, também pela abusividade.

Portanto, o princípio do equilíbrio contratual está consagrado nas relações de consumo (art. 6º inc. V, art. 51, entre outros, do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8078/1990) e recebeu especial atenção no atual Código Civil (arts. 157, 317, 421, 422, 423, 478 do CC), sendo que suas raízes se encontram no princípio constitucional da igualdade. Da constituição também se extrai a gênese do princípio da função social – princípio da solidariedade.

O Princípio da Boa-Fé Objetiva, inserido no sistema legislativo pelo Código de Defesa do Consumidor – art. 51, inc. IV – e consagrado no art. 422 do Novo Código Civil constitui, além de parâmetro de interpretação e integração do contrato, autêntica norma de conduta contratual.

Essa questão foi bem referida pela Prof. Cláudia Lima Marques²³ ao citar que a cláusula geral da boa-fé, da equidade e do equilíbrio nas relações contratuais está presente no sistema do Código de Defesa do Consumidor, representando uma das mais importantes inovações introduzidas no direito contratual brasileiro.

²³ MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Representa o valor da ética, lealdade, correção e veracidade, que ensejam irradiação difusa, e tem seu campo de atuação alargado, abrangendo todo o fenômeno contratual e repercutindo sobre os demais princípios, na medida em que a todos eles assoma o repúdio ao abuso da liberdade contratual a que tem dado lugar a ênfase excessiva no individualismo e no voluntarismo jurídicos. Sua fundamentação constitucional está na cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, em que esta é parte integrante de uma comunidade e não um ser isolado, como bem referido por Teresa Negreiros²⁴, cuja obra mostra-se um marco na história do direito contratual contemporâneo.

Este princípio tem seu sentido e alcance alargados, conformando todo o fenômeno contratual e repercutindo sobre os demais princípios, na medida em que a todos atinge o repúdio ao abuso da liberdade contratual a que tem dado lugar a ênfase excessiva no individualismo e no voluntarismo jurídicos.

A incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina uma valorização da dignidade da pessoa, em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que as relações obrigacionais passam a ser encaradas como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e sobretudo de desenvolvimento da personalidade humana.

Além disso, esse princípio tem importantíssimas funções, entre elas: a) de integração dos contratos, segundo a qual a vontade das partes contratantes deve ser analisada de forma integrada e inter-relacionada com todo o

²⁴ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato, Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

sistema legislativo, de forma sistemática e com a efetiva consideração da fase pré-contratual da execução do contrato e, posteriormente, da fase pós-contratual; b) de interpretação dos contratos, porque é regra geral a prevalência da vontade das partes e não o sentido literal, como assegura o art. 112 do Código Civil, o que permite concluir que na interpretação dos contratos sempre se deve buscar a vontade efetiva das partes contratantes sob o prisma de valores éticos, sociais, legais e morais da sociedade; c) como regra de conduta contratual, ou seja, na análise do contrato sempre merece especial atenção a verificação da conduta dos contratantes, antes, durante e após sua execução. Como assegura o art. 113 do Código Civil, a interpretação dos negócios jurídicos também deve se dar conforme os usos do lugar de sua celebração.

Aliás, como regra de conduta contratual merece destaque a observação de Teresa Negreiros²⁵ ao referir que o princípio da boa-fé objetiva impõe restrições ao exercício de direitos subjetivos, reconhecendo o dever por parte dos contratantes de adotarem uma linha de conduta uniforme, proscrevendo a duplicidade de comportamento, seja do comportamento posterior incompatível com atitudes de forma indevida tomadas anteriormente – *tu quoque* –, seja nos casos em que ambos os comportamentos considerados isoladamente não apresentam irregularidade, mas consubstanciam uma quebra de confiança – *venire contra factum proprium*.

No caso específico do *tu quoque* a boa-fé objetiva visa preservar o sinalagma contratual, impedindo que o contratante que a descumpriu

²⁵ NEGREIROS, 2002, p. 142.

venha a exigir do outro que observe o contrato, como o condômino que descumpre a convenção de condomínio e pretende exigir que os outros a cumpram²⁶. A regra do *venire contra factum proprium* se faz presente no comportamento contraditório que importa na quebra de confiança, revertendo legítimas expectativas criadas na outra parte contratante, ocorrendo um desvio de conduta.

Ainda, para concluir a rápida exposição sobre o princípio da boa-fé objetiva, em sua função de limitar o exercício de direitos lembram-se as regras da *suppressio* e da *surrectio*, que se referem à vedação de direitos por carência de seu exercício em certo lapso temporal. Assim, seja no caso da extinção (*suppressio*) ou caso da criação (*surrectio*) de um direito, tem-se a mesma preocupação: vedar, repudiar atos desleais e preservar o sinalagma contratual sob o prisma da igualdade, do respeito mútuo e da cooperação²⁷.

A matéria relativa à responsabilidade contratual e aos respectivos princípios contratuais, em especial o princípio da boa-fé objetiva, é extremamente interessante e poderia ser objeto único deste trabalho. Como não o é, entende-se que o mínimo antes referido permitirá uma melhor compreensão do contexto específico da responsabilidade civil nos casos de assaltos com morte em veículos de transporte coletivo urbano.

Dá-se seqüência com uma breve análise da responsabilidade civil extracontratual. Nesta a responsabilidade decorre da violação a um dever

²⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 249-250.

²⁷ A matéria está exemplarmente abordada na obra: MARTINS COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

estabelecido na lei ou na ordem jurídica. A responsabilidade do Estado, por exemplo, nos casos de assaltos com morte em veículos de transporte coletivo, é extracontratual, dado que sua omissão enseja responsabilidade sem que haja necessidade de prévia existência de relação contratual entre as partes.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL

Quando surge um dever de indenizar em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima pré-exista qualquer relação jurídica que o possibilite, está-se diante da responsabilidade civil extracontratual.

Nesse caso, o dever jurídico violado não está no contrato, mas na lei ou na ordem jurídica. Essa responsabilidade extracontratual tanto pode alicerçar-se no fato ilícito como no fato lícito, tanto na conduta ou omissão – subjetividade – quanto meramente no nexo de causa entre agente e dano – objetiva, como foi referido de modo pontual pelo Prof. Eugênio Facchini²⁸.

²⁸ “Embora não o diga expressamente, e talvez até mesmo de forma não consciente, a sistematização do legislador revela toda a complexidade do abrangente tema da responsabilidade civil. O art. 186, por exemplo, que deve ser lido conjuntamente com o art. 927, caput, assenta a regra geral da responsabilidade extracontratual subjetiva por fato ilícito. Já o preceito do artigo 188 deve ser compreendido à luz do que dispõem os arts. 929 e 930. Da sua conjugação percebe-se a previsão de hipóteses de responsabilidade civil extracontratual por fato lícito. O art. 187, por sua vez, contém importante preceito, aplicável tanto a direitos absolutos, quanto relativos, contratuais ou não, direitos obrigacionais, reais, de família, ou outros. O parágrafo único do art. 927, e arts. 931, 933, além de outros, de forma expressa adotam o princípio da responsabilidade civil objetiva – fora aqueles que implicitamente adotam tal posicionamento, como é o caso, a título meramente exemplificativo, dos arts. 936, 937 e 938.” Cf. FACCHINI NETO, Eugenio. *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b. p. 70

Muito provavelmente tenha sido essa a primeira forma de responsabilidade civil, ainda conforme a lei de talião, antes referida. A idéia de responder à agressão por idêntica agressão dispensava preocupação coma intenção do agente, com a culpabilidade.

4.1 Responsabilidade Contratual e Extracontratual: Superação da Dicotomia?

Alguns micro-sistemas legais, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, já superaram essa dicotomia, visto que, existindo defeito do produto ou serviço, ocorre a violação a um dever de segurança, e numa relação de consumo pouco importa seu caráter contratual ou não, porque, dando causa a um acidente de consumo, surge o dever de indenização.

A divisão da responsabilidade civil em responsabilidade civil contratual e extracontratual, embora seja típica de nossa tradição jurídica, merece ser analisada. Mais correto é referir que os direitos e deveres, as pretensões e obrigações surgem dos fatos jurídicos. Nem mesmo como auxílio didático a discriminação atende aos propósitos imaginados, porquanto o direito positivo tende a borrar progressivamente os limites entre as responsabilidades contratual e extracontratual, criando regimes de responsabilidade próprios, em relação aos quais a divisão clássica não encontra lugar.

Não se olvida a distinção quanto às conseqüências, como na

contagem dos juros da mora na responsabilidade civil extracontratual, que se dá a partir da data do evento danoso, vide Súmula 54 do STJ²⁹, enquanto que na responsabilidade civil contratual os juros correm a partir da citação, como dispõe o art. 405³⁰ do CC.

Em verdade, apesar dessa circunstância relevante dos juros de mora, não parece muito salutar a manutenção da bipartição, como se tratasse de institutos opostos. É proveitoso que as responsabilidades contratual e extracontratual interajam, enriquecendo-se mutuamente para possibilitar a gradual construção de um sistema unitário de responsabilidade.

Não se desconsidera que diante do pensamento contratual contemporâneo as relações contratuais merecem uma análise sob o prisma da totalidade, no qual a relação deve ser analisada desde as tratativas preliminares, passando por sua execução e culminando com o encerramento da relação contratual. Assim, nesse contexto, quando se perquire a conduta pré-contratual para avaliação da responsabilidade civil, a distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual ganha novamente relevância, pois pode influenciar na quantificação da devida reparação, especialmente quando consideradas todas as funções da responsabilidade civil.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 54*: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.”

³⁰ Art. 405 do Código Civil: “Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.”

É claro que a responsabilidade contratual baseada na culpa pode ser excluída pelas partes, por convenção, por meio da cláusula de não indenizar, enquanto que na responsabilidade extracontratual não é possível evitar a consideração da culpa. Todavia, afora essas observações em relação às distinções dos institutos, parece de pouca relevância preocupar-se com essa dicotomia.

Pertinente se mostra a bipartição quanto à natureza do dano, se material ou imaterial, pois a reparação deve sempre partir do bem jurídico violado; daí a necessidade de perfeita identificação quanto à natureza do dano. Essa questão será enfrentada no decorrer deste trabalho, ao ser abordado o elemento dano, da responsabilidade civil.

Em resumo, quanto à responsabilidade civil extracontratual ressalta-se a inexistência de um liame jurídico anterior entre o agente causador do dano e a vítima, até que o dano injusto crie a vinculação obrigacional entre ambos.

Por fim, esclarece-se que, quando se fala em responsabilidade civil do Estado nos casos de assalto, se trata de situações que ensejam responsabilidade do Estado em face de terceiros, porque com contratados o Estado já mantém relação obrigacional. Será sempre caso de responsabilidade extracontratual, como bem referiu Toshio Mukai³¹: “Outro aspecto bastante salientado pela doutrina é aquele que se refere ao fato de que essa responsabilidade objetiva (introduzida entre nós pela Constituição de 1946) diz sempre respeito à responsabilidade extracontratual do Estado.”

³¹ MUKAI, Toshio. A Responsabilidade Contratual das Empresas Concessionárias de Serviço Público é Objetiva? *Revista Interesse Público*, Sapucaia do Sul, v. 5, n. 28, p.43-47, nov./dez. 2004.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

A responsabilidade baseada na culpa do agente é denominada de subjetiva e exige como requisito para gerar a obrigação indenizatória uma manifestação culposa, um ato humano culposo, por ação ou omissão. A responsabilidade somente se configura, se o causador do dano age com culpa ou com dolo. Trata-se da teoria clássica, também chamada de teoria da culpa, segundo a qual a prova da culpa *latu sensu* (abrangendo o dolo) ou *strictu sensu* se constitui num pressuposto do dano indenizável. Então a conduta comissiva ou omissiva culposa é o primeiro pressuposto para sua caracterização.

Essa culpa pode ser provada ou presumida. No Novo Código Civil está nos artigos 186 e 927 caput. Nas primeiras legislações de nosso ordenamento havia a responsabilidade pela culpa presumida, como exemplificativamente na lei que disciplinava as estradas de ferro, que adiante será analisada em pormenores.

Nesse contexto a análise dos elementos subjetivos e objetivos do agente se mostra relevante porque o direito pressupõe uma noção de culpa do

“homem médio”, para aferição da responsabilidade. Essa matéria foi bem analisada pelo professor Mauro Bussani³² ao referir que:

No âmbito da culpa aquiliana, o ensinamento habitual – difundido em grande parte dos sistemas jurídicos, tanto do common law quanto da civil law – quer que cada concidadão dirija a própria conduta de acordo com o parâmetro de diligência exigível do chamado “homem médio”: o comportamento de cada um deve referir-se ao nível daquela ficção de indivíduo que, hoje como no passado, se supõe dotado de consciência comum, musculatura mediana, reações ordinárias, habilidades e costumes padronizados, inteligência e memória perfeitamente normais.

Por essa razão a avaliação da culpabilidade passa obrigatoriamente pela análise de padrões abstratos e objetivos de conduta do homem médio, mas não pode dispensar, em hipótese alguma, as peculiaridades de cada agente. Assim, num caso semelhante pode haver agentes com capacidades distintas de discernimento quanto ao dano que causaram por seus atos. O adolescente de 13 anos não tem o mesmo grau de discernimento que um adolescente de 17 anos. Seus perfis subjetivos são distintos, a culpabilidade é distinta.

Da mesma forma, a avaliação da culpa pode ter seu caráter subjetivo acentuado, quando o causador de um dano automotivo é motorista profissional e mesmo assim efetua um retorno em local proibido. A senhora, motorista de finais de semana, que desconhece muitas avenidas e ruas da cidade, e efetua a mesma infração causando também danos tem, certamente, distinto grau de culpabilidade em sua conduta.

³² BUSSANI, Mauro. *As peculiaridades da Noção de Culpa*: um estudo de direito comparado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 9.

O fato é que a responsabilidade subjetiva exige uma análise das variáveis que envolveram o evento danoso, considerando-se objetivamente o homem médio, sem todavia olvidarmos aspectos subjetivos como o impacto social da ação danosa, sua intensidade, o grau de risco, o valor do dano causado, as especificidades do agente, quer por suas especialidades, quer por suas debilidades.

Pensa-se que apenas dessa forma será possível apurar da melhor forma possível a culpabilidade do agente, o que atualmente influenciará na própria mensuração da reparação.

6 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Um dos frutos da Revolução Industrial foi, como já referido, o incremento das situações de acidentes em fábricas e a necessidade de reparação desses danos. Ocorre que em certos casos não havia propriamente um agir culposo, quer fosse por negligência, imprudência ou imperícia. Simplesmente ocorria um dano e um nexo de causalidade entre esse dano e alguém que de alguma forma percebia os rendimentos daquela atividade.

Essa nova concepção descartava a necessidade de culpa, de subjetividade, de preocupação com o agir do sujeito. Encarava-se a situação apenas sob o ponto de vista da reparação do dano.

Tratando da distinção entre a responsabilidade subjetiva e objetiva, José de Aguiar Dias³³ escreve com propriedade que: “No sistema da culpa, sem ela, real ou artificialmente criada, não há responsabilidade; no sistema objetivo, responde-se sem culpa, ou melhor, esta indagação não tem lugar.”

³³ DIAS, José Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1.

Logo, o patrão que tinha proveito sobre o trabalho de seu empregado deveria responder pelos danos causados por este, independentemente de culpa. Afinal, esse proveito econômico do patrão tinha necessariamente de comportar também um risco por sua atividade. Essa teoria ficou conhecida como teoria do risco-proveito.

Como bem referiu o Prof. Facchini³⁴: “Quem recolhesse as vantagens de uma atividade alheia deveria indenizar aqueles que tivessem sido vítimas de acidentes.”

Outra concepção relativa à responsabilidade objetiva surgiu como um desdobramento da idéia de risco-proveito. Entendeu-se que o homem, muitas vezes, apenas por seu agir criaria situações de risco de dano para os demais. Aqui, sequer o proveito econômico era cogitado, mas apenas o agir do homem. Então, qualquer atividade humana que podia gerar risco aos demais era passível, quando causado dano, de gerar uma indenização. Essa teoria foi chamada de teoria do risco criado.

No atual ordenamento jurídico brasileiro, segundo leciona Sérgio Cavalieri Filho³⁵, foi adotada a teoria do risco criado, como consta expressamente no artigo 927 do NCC. O dever ressarcitório, fundado no conceito objetivo do parágrafo único, confirma a doutrina do risco criado ao dizer que, de forma independente da culpa e dos casos especificados em lei, há obrigação de

³⁴ FACCHINI Neto, Eugenio. Funções e modelos da responsabilidade aquiliana no novo Código Civil. *Revista Jurídica*, v.309, p.24, jul. 2003a.

³⁵ CAVALIERI FILHO, 2003.

reparar o dano, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, por sua natureza, implica risco para os direitos de outrem.

Parece que a maior dificuldade que persiste é justamente encontrar o significado da palavra “atividade”, que no entender deste trabalho é uma conduta reiterada, de modo habitual exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos.

Inserida nessa concepção, a responsabilidade não decorre mais de um proveito ou benefício particular, mas sim da própria atividade em geral. Qualquer ato do homem potencialmente danoso à esfera jurídica de seus semelhantes enseja a responsabilidade civil. Aqui, para melhor compreensão da questão, exemplifica-se com a situação do condutor de um veículo.

O automóvel, como se sabe, é a invenção humana que mais causou acidentes e ceifou vidas até hoje, e sua condução exige do motorista total consciência da potencialidade danosa desse agir.

Atualmente, essa interpretação, que em 1942 já estava positivada no código civil italiano, art. 2054, vem sendo acolhida em parte pelo Superior Tribunal de Justiça, como se analisará adiante.

Ao final, outra idéia imanente à responsabilidade civil objetiva é ligada à noção de garantia. Essa teoria resolve com maestria inúmeras situações em que o causador direto do dano não possui condições materiais de responder pelo

mesmo. Dessa forma, se busca efetivar uma justa indenização à vítima, o que somente pode ocorrer caso seja responsabilizado um terceiro de certa forma vinculado ao causador direto do dano.

A responsabilidade objetiva no direito brasileiro surgiu nas leis especiais, quais sejam o Dec. 2.681 de 1912 (responsabilidade das estradas de ferro por danos causados aos proprietários marginais), Lei 53.16/1967/Dec. 61.784/67, Lei 8.213/91 (legislação de acidentes do trabalho), Leis 6.194/74 e 8.441/92 (seguro obrigatório de acidentes de veículos – DPVAT), Lei 6.938/81 (referente aos danos causados ao meio ambiente – CDC), entre outras.

Atualmente, o Código Civil expressamente consagrou a responsabilidade civil objetiva – teoria do risco – prevendo várias situações nas quais é dispensado o elemento culpa, como no abuso de direito (art. 927 c/c art. 187), na atividade de risco por fato do serviço (art. 927 § único), pelo fato do produto (art. 931), por fato de outrem (arts. 932 e 933), por fato da coisa (arts. 936 a 938), do Estado e dos prestadores de serviços públicos (art. 37 § 6º da Constituição Federal), nas relações de consumo, arts. 12 e 14 do CDC, entre outros.

Como leciona Fernando Noronha³⁶, quem exerce determinadas atividades suscetíveis de causar danos a terceiros tem como contrapartida dos benefícios que auferir suportar os danos eventualmente ocasionados.

³⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. O autor esclarece à página 485 da obra que: “A responsabilidade civil objetiva, ou pelo risco, é obrigação de reparar danos, independentemente de qualquer idéia de dolo ou culpa. Ela nasce da prática de fatos meramente antijurídicos, geralmente relacionados com determinadas atividades (e por isso ainda sendo riscos de atividades normalmente desenvolvidas pelo autor do dano – Cf. Cód. Civil, art. 927, parágrafo único). Como sabemos (5.2.2; 5.4.2), a antijuridicidade é dado de natureza objetiva:

Todavia, e isso assume relevância neste trabalho, o sistema brasileiro, como entende o Superior Tribunal de Justiça, não adotou a Teoria do Risco Proveito, na qual persistiria a responsabilidade civil, independentemente da existência de excludentes de responsabilidade, como a parêmia caso fortuito e força maior, que se verá em seguida. Segundo essa teoria, o dano deve ser suportado por aqueles que retiram proveito ou vantagem do fato lesivo, sendo nesse ponto induidoso o lucro obtido pelas empresas permissionárias do transporte coletivo urbano.

Contudo, é importante desde logo frisar que, apesar da grande controvérsia que a matéria enseja, tem entendido majoritariamente o eg. Superior Tribunal de Justiça que o transportador tem responsabilidade objetiva por danos causados durante o transporte, como previsto no art. 37, § 6º da CF e no Dec. 2.681/1912, que regula o transporte ferroviário, este de maneira extensiva, e ainda subsidiariamente o próprio Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, nas relações contratuais de transporte que caracterizem relação de consumo, é claro.

A questão é que, mesmo nessas hipóteses, justamente pela não adoção da Teoria do Risco Proveito, são admitidas as excludentes de responsabilidade civil como a força maior, o caso fortuito, o ato de terceiro e a culpa exclusiva da vítima, melhor analisados adiante, neste trabalho.

existe sempre que o fato (ação, omissão, fato natural) ofende direitos alheios de modo contrário ao direito, independentemente de qualquer juízo de censura que porventura também possa estar presente e ser referido a alguém.

Se a característica essencial da responsabilidade civil objetiva é prescindir-se de culpa, nela caberão também os casos ditos de presunção de culpa absoluta (jûris et de jure), que são aqueles em que não é possível à pessoa responsabilizada fazer prova em contrário.”

O próprio Código Civil, no art. 393, expressamente, afasta a responsabilidade pela inadimplência quando presente a força maior ou o caso fortuito. E, como nas situações dos assaltos a ônibus inexistiria participação do transportador e sendo ainda dever do Estado a segurança pública, não seria dever do transportador criar milícia própria. De tal sorte que, incidindo as excludentes, estaria rompido o nexo causal e, pois, afastada a responsabilidade civil do transportador.

7 O NEXO CAUSAL COMO REQUISITO À RESPONSABILIDADE CIVIL

Analisar responsabilidade civil sem dedicar atenção especial ao problema do nexo causal seria um grave equívoco, o qual com certeza não será aqui cometido. A importância do nexo causal é enorme: permite a vinculação do agente ao dano e a análise da própria extensão desse dano, que pode influir na respectiva quantificação.

Outro elemento presente igualmente na responsabilidade civil objetiva é o nexo causal, a ligação entre o agente e o dano, dado que ninguém pode responder pelo que não deu causa. O Código Penal bem conceitua o nexo causal no art 13: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa.”

Então, não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita e nem que a vítima tenha sofrido um dano; é preciso que exista entre ambos uma relação de causa e efeito. O conceito de nexo causal não é jurídico, decorre sim das leis naturais, é o vínculo, a ligação ou a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.

Várias são as teorias que buscam definir o nexo causal: quer sejam as generalizadoras - teoria da equivalência dos antecedentes causais, na qual todo efeito tem uma multiplicidade de condições causais e cada uma delas é necessária para a produção do resultado - que equiparam as causas a condições, quer sejam as teorias individualizadoras - teoria da causa próxima, teoria da causa eficiente, teoria da causalidade adequada e teoria do dano direto e imediato, entre outras -, que destacam no conjunto de antecedentes as causas das condições. Esta matéria foi objeto de recente pesquisa realizada por Gisela Sampaio da Cruz.³⁷

As teorias generalizadoras sofreram pesadas críticas por transformarem a série causal numa cadeia sem fim, na qual nunca ocorreria a interrupção do nexo causal, conduzindo a exageros e a situações injustas.

A teoria da causa próxima define que a última condição é que dá a todas as outras a força causal, valorando-se, pois, a causa derradeira. Essa teoria tem maior aceitação na Inglaterra e a crítica que sofre se refere às situações em que a carga de nocividade efetiva não está no último fator atuante, mas sim no que o precede. Não é adotada no Brasil. A teoria da causa eficiente desvincula o nexo do último acontecimento que antecedeu o dano, procurando identificar o acontecimento – condição – que estabeleceu a relação causal de maior eficiência no resultado; nessa teoria se procura a causa que produziu o resultado. A crítica que sofre está na dificuldade em estabelecer em cada situação concreta qual das diversas condições de um resultado é a mais eficiente ou preponderante para a

³⁷ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 35.

produção do dano. Ela é considerada ultrapassada e também não é adotada no Brasil.

A teoria da causalidade adequada examina a adequação da causa em função da possibilidade e probabilidade de determinado resultado vir a ocorrer, à luz da experiência comum. Aqui, a causa é estabelecida em abstrato. Considera-se o conhecimento não do autor do ato, como defendido por Von Kries, mas sim o que deveria ser conhecido pelo homem médio, como referido por Von Thur.³⁸ A crítica a ela se refere às condições extraordinárias causadoras do dano, estranhas ao conhecimento e previsibilidade do homem médio. Todavia, como o direito se refere sempre a um padrão médio de compreensão e inteligência, pensamos que a crítica não merece guarida. Esta teoria é a mais adequada à vinculação do agente ao evento danoso sendo corretamente adotada no Brasil.

Não olvidamos ainda, a Teoria do Dano Direto e Imediato, avocada por alguns como a mais adequada. É certo que nossa legislação pretende que o dano seja o efeito direto e imediato da inexecução; ela impõe a existência de um liame entre o inadimplemento da obrigação e o dano, de modo que ao inadimplemento se atribua com exclusividade a causa do dano, como bem referia Agostinho Alvim³⁹.

Entretanto, é preciso atenção para o fato de que essa causa direta e imediata nem sempre é a mais próxima do dano, mas sim aquela que efetivamente o causou. Afinal, não é a distância temporal entre a inexecução e o

³⁸ CRUZ, 2005, p. 68.

³⁹ ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

dano que rompe o nexo causal. Esta teoria não se afasta muito da Teoria da causalidade adequada, pois refere que dentre várias condições é preciso encontrar aquela condição qualificada que é a causa do evento danoso. Parece que ela em palavras distintas permite chegar-se ao mesmo resultado da Teoria da Causalidade Adequada porque poderemos ter várias condições que levam ao resultado danoso. Todavia, a Teoria do dano Direto e Imediato sofre críticas porque pode restringir demais a obrigação de indenizar, como leciona Fernando Noronha, já que a causa tem de ser necessária e suficiente para ensejar o nexo causal.

O fato é que nosso sistema adotou a Teoria da Causalidade Adequada, sem olvidar posições respeitáveis que avocam a Teoria do Dano Direto e Imediato como a mais adequada⁴⁰. A jurisprudência tem exigido a causalidade necessária para configuração da responsabilidade civil, confirmando a manutenção da causalidade adequada para configuração do nexo causal.

Nos dizeres do Ministro do eg. Superior Tribunal de Justiça, Dr. João Otavio de Noronha⁴¹: “Em se tratando de responsabilidade subjetiva, há necessidade de causa determinante do dano, ou seja, o nexo causal entre a conduta e o resultado.”

⁴⁰ “A Teoria do Dano Direto e Imediato não tem, como reconhece o próprio Agostinho Alvim, o condão de resolver todas as dificuldades práticas que o tema suscita, mas é a que de modo mais simples traduz a expressão “dano direto e imediato” disposta no art. 403 do Código Civil. Além disso, o cerne desta teoria está relacionado à idéia de interrupção do nexo causal que é tão útil para se aferir , no caso concreto, quem deve responder pelo dano que já vem sendo adotada pelos defensores mais modernos da Teoria da Causalidade Adequada. A simples demonstração de que outra concausa concorreu com a conduta do agente para a produção do dano não o exime do dever de indenizar; no máximo, atenua sua responsabilidade. Para que se exclua seu dever de indenizar, é preciso que comprove que houve interrupção da cadeia causal, com a verificação de certos pressupostos.” (CRUZ, 2005, p. 110).

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 152.360 – RS. julgado em 05/04/2005.

Deve-se ter uma seqüência lógica e imediata entre um fato e outro, um imediato relacionamento entre esses acontecimentos. Não pode existir a intercorrência de outra cadeia causal, que fatalmente estaria rompendo o nexo e, portanto, afastando a responsabilidade civil.

Sempre que o resultado decorre de um fato simples é fácil identificar o nexo causal. Todavia, nas hipóteses de causalidade múltipla, a questão torna-se mais complexa, pois é necessário analisar as concausas e identificar exatamente a causa causadora do dano e seu nexo causal.

Essa teoria estava no antigo art. 1.060 do Código Civil de 1916 e hoje consta no artigo 403⁴² do código vigente, aplicando-se tanto à responsabilidade civil contratual quanto à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva.

Nos dizeres de Agostinho Alvim⁴³ a teoria da causalidade adequada só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre e, em alguns casos, o dano indireto remoto, nas situações em que, para a realização deste, inexistente uma concausa suficiente a romper esse vínculo entre o agente e o dano.

Turma do STJ.

⁴² Art. 403 do Código Civil: “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.”

⁴³ “Os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis” (ALVIM, 1980, p.370).

A análise do rompimento do nexo causal foi brilhantemente efetuada pelo Ministro Moreira Alves no recurso extraordinário 130.764-1⁴⁴, ao prover recurso extraordinário e julgar improcedente ação indenizatória movida contra o Estado do Paraná em caso relativo a apenado foragido que, em quadrilha, efetuou um roubo 21 após a fuga. Note-se que o tempo rompeu o nexo, criando concausas, no presente caso, como o próprio planejamento do assalto.

⁴⁴ Recurso Extraordinário 130.764-1 – PR, rel. Min. Moreira Alves, j. 12.05.1992: “No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, é inequívoco que o nexo de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no art. 107 da Emenda Constitucional 1/69, a que corresponde o § 6º do art. 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão.”

8 A EXISTÊNCIA DO DANO

A responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva para serem configuradas exigem o elemento dano; afinal, sem ele não há o que indenizar. Sem dano não há responsabilidade civil. Pode até haver responsabilidade penal, mas civil, jamais. O dano é, pois, o elemento preponderante, é determinante do dever de indenizar.

O dano pode ser material (patrimonial), suscetível de avaliação pecuniária ou imaterial (extrapatrimonial), cuja grande dificuldade prática se encontra justamente na quantificação de seu valor, posto que deve compensar a vítima, e não reparar o dano.

O dano imaterial, por seu turno, tem várias subdivisões, não devendo ser confundido com o dano moral, que é apenas um dos tipos de danos imateriais. Tem-se então, além do moral propriamente dito, os danos estéticos, psíquicos, à honra, à imagem, à perda da juvenilidade, para exemplificar.

9 AS TENDÊNCIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL – A EVOLUÇÃO DOS VALORES SOCIAIS – PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

A regra geral de responsabilidade civil ainda é subjetiva, vinculada à idéia de culpa. Todavia, a concepção de responsabilidade civil objetiva, que acolhe a idéia de risco, tem-se desenvolvido significativamente nas últimas décadas com o escopo de assegurar-se, às vítimas dos danos sofridos de modo injusto, a justa indenização.

Logo, onde a responsabilidade subjetiva é afastada por ausência de culpa, deve-se lançar mão da responsabilidade objetiva para assegurar às vítimas a efetiva e justa indenização pelos danos sofridos. Nessa concepção, diminuiu-se a preocupação com a punição do causador do dano, pois esta incumbe ao Direito Penal.

Afinal, quem causa dano a outrem, ainda que de forma objetivamente negligente, tem de estar mais sujeito a reparar esse dano do que aquele que o sofreu; deve estar apto a suportar o mesmo, sem qualquer reparação.

Nesse sentido tem agido o legislador, quer nas legislações específicas, Código de Defesa do Consumidor, como nas legislações gerais – Novo

Código Civil –, como na própria Constituição Federal. Contudo, a doutrina e a jurisprudência têm sido as molas mestras, impulsionadoras desse instituto jurídico.

Com já se viu, sempre tivemos e ainda temos um mecanismo jurídico de responsabilidade civil alicerçado na culpa. Posteriormente, como complementação a esse sistema, surgiu a responsabilidade civil objetiva. Essa evolução foi decorrência de uma necessidade de efetivação da justa indenização por aqueles que injustamente sofreram danos, de modo independente de culpa do agente.

Existe atualmente um modelo misto de responsabilidade civil, no qual além da culpa temos a responsabilidade fundada no risco ou na idéia de garantia. Dessa forma, mesmo esse sistema misto tem evoluído no direito contemporâneo.

Com efeito, a idéia inicial e geral sempre estava relacionada à responsabilização individual pelos danos causados. Ou seja, quem suporta o dever de reparar o dano é o ente individual, e se direciona a pretensão ressarcitória especificamente ao responsável por esse dano.

Ocorre que existe uma tendência atual de se socializar esse dano, como uma evolução do sistema misto na qual se desvincula especificamente a pretensão reparatória de um indivíduo, para coletivizá-la.

Essa concepção, em verdade, se destina a garantir a indenização à vítima de forma eficaz, rápida e segura, e permitir que o custo, esse ônus, seja suportado pela sociedade, ao menos num primeiro momento. Em verdade, aqui se fala de uma idéia de solidariedade e segurança à vítima de receber sua indenização, pois, inclusive, pode o Estado, em parceria com a iniciativa privada, suportar esse prejuízo econômico para que, num segundo momento, reverta em benefício da sociedade esse aparente ônus, diante das vidas que podem ser preservadas e da redução dos custos sociais que acabam sendo imputados igualmente à sociedade.

Assim, as próprias empresas transportadoras deveriam colaborar com a solução desse problema, contribuindo de alguma forma com a instalação de sistemas securitários voluntários e aumento nos meios de segurança eletrônicos, para compensar-se futuramente nas relações tributárias existentes para com o Estado.

A solução securitária, por exemplo, poderia ser semelhante a um seguro, tal como ocorre com o seguro obrigatório veicular, mas evoluída de modo a permitir uma compensação dos administrados com a administração, ou permitir o pagamento de um valor extra pelo usuário, tal como funciona com o transporte público intermunicipal. Ao menos, desta forma, seria preservado o direito de livre arbítrio.

No entanto, dessa forma é possível que a responsabilidade civil estreite demasiadamente sua vinculação a uma espécie de seguro social privado, com caráter contratual, e as conseqüências daí advindas, que em certas situações podem mostrar-se ineficientes à solução dos problemas. Afinal, os contratos, na concepção clássica, limitam e delimitam direitos e deveres. Claro que, com as alterações substanciais introduzidas pelo novel estatuto civil, o contrato tem sua imutabilidade relativizada, especialmente à luz de interesses maiores, sociais e solidários. Deve-se analisar aqui o contrato de forma totalizada, investigando os princípios norteadores desse direito contratual contemporâneo que permitem que seja encontrada a melhor resposta jurídica para cada caso jurídico. Se é certo que estamos assegurando uma compensação às famílias das vítimas, também estamos limitando essa compensação.

Sem perder o foco, mas aproveitando a oportunidade, cita-se exemplificativamente a situação do seguro obrigatório de veículos automotores.

Como se sabe, toda e qualquer pessoa que sofre dano causado por veículo automotor, preenchidas as condições exigidas pela lei, tem direito à indenização, independentemente de qualquer procedimento judicial.

Apresenta-se uma situação em que uma pessoa sofre um dano causado no interior de um veículo automotor. Não houve colisão de veículos, não foi o veículo que causou o dano, mas o dano ocorreu no veículo e em face deste. Nesse caso, a vítima não está segurada, não tem direito à indenização, ao menos de forma rápida.

Parece que em alguns casos a idéia de socialização da responsabilidade civil estaria atrelada a uma securitização desta (com cálculos atuariais, prêmio, etc.) e, em consequência, a uma limitação dos deveres de indenização, salvo expressa disposição contratual, como prevê atualmente o Código Civil.

Por outro lado, estaria sendo assegurada às vítimas uma justa indenização, mesmo naqueles casos em que incidem as excludentes de responsabilidade civil, como o caso fortuito e a força maior.

10 MODELOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O direito civil brasileiro sofreu forte influência do direito francês, e por esta razão o Código Civil de 1916 (leia-se Código de Bevilácqua) fundamentou a responsabilidade civil extracontratual na idéia de culpa, conforme pode ser constatado pela leitura do art. 159: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

Tinha-se, então, no direito civil brasileiro, uma regra geral: a responsabilidade civil estaria sempre vinculada a uma idéia de culpa, de violação de direitos e de ação ou omissão do agente. Consagrou-se, desde 1916, uma cultura de responsabilidade civil subjetiva.

As hipóteses de responsabilidade objetiva, por sua vez, ficaram relegadas a pontos isolados daquele diploma legal, a exemplo do art. 1.529, que impunha a obrigação de indenizar àquele que habitava uma casa pelas coisas que dela caíam ou eram jogadas em local inapropriado.

Todavia, a evolução da responsabilidade civil exigiu o surgimento de um mecanismo jurídico que permitisse a responsabilização de

alguém, causador de um dano, independentemente de culpa. Esse modelo objetivo também já foi antes referido.

Em verdade, há hoje uma simbiose desses dois modelos, pois em regra geral incidiria o modelo subjetivo. Contudo, quando este não é suficiente a permitir a responsabilização do causador dos danos, então incide o modelo objetivo, que independe de culpa, com o escopo de evitar que alguém, injustamente atingido em sua esfera jurídica patrimonial ou extrapatrimonial, não seja justamente indenizado.

A responsabilidade civil não pode se assentar exclusivamente na culpa ou no risco, pois sempre existirão casos em que um desses critérios se revelará manifestamente insuficiente. A teoria do risco não vem substituir a teoria subjetiva, mas sim completá-la, pois, apesar da recente evolução da responsabilidade objetiva, cujo campo de atuação tem aumentado de forma sensível, quer em decorrência de novas disposições legais, quer em razão de decisões dos tribunais pátrios, por mais numerosas que se apresentem, continuam sendo exceções à regra geral da tradicional responsabilidade subjetiva.

De fato, leciona Sílvio S. Venosa⁴⁵, ao comentar o parágrafo único do art. 927 do NCC:

[...] não fará desaparecer a responsabilidade com culpa em nosso sistema. A responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que a autorize. Portanto, na ausência de lei expressa a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois esta é a regra geral no direito brasileiro. Em casos excepcionais, levando em conta os aspectos da

⁴⁵ VENOSA, Sílvio de Sálvio. A Responsabilidade Objetiva no Novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.societario.com.br>>. Acesso em: 20 ago. 2005.

nova lei, o juiz poderá concluir pela responsabilidade objetiva no caso que examina. No entanto, advirta-se, o dispositivo questionado explica que somente pode ser definida como objetiva a responsabilidade do causador do dano quando este decorrer de atividade normalmente desenvolvida por ele.

11 O CASO EMBLEMÁTICO DO ASSALTO COM MORTE NO INTERIOR DE VEÍCULOS DE TRANSPORTE COLETIVO NOS GRANDES CENTROS URBANOS

A violência urbana é uma constante lamentável em nossa vida, quer por estarmos sujeitos ao infortúnio de um dia sermos a próxima vítima, quer pela triste constatação de ineficiência do Estado em cumprir seu dever de segurança, quer por já termos sido vítima de algum tipo de agressão física ou emocional, quer ainda porque nos sensibilizamos com os terríveis acontecimentos diariamente estampados nas colunas policiais dos jornais e periódicos semanais.

Mas, entre todas as formas de violência, aquela que atenta contra a vida é sem dúvida a mais assustadora. As seqüelas são mais graves, para os parentes, para a sociedade, para vítimas que, com sorte, sobrevivem às mais assustadoras atitudes humanas de agressão contra a vida.

Ultimamente, um caso específico tem recebido mais atenção da sociedade, seja por afrontar contra a vida, seja por transmitir uma sensação imensa de insegurança e injustiça.

Nos casos de assalto com morte no interior de veículos de transporte coletivo urbano, a jurisprudência tem se mostrado indecisa. De um lado

corajosos acórdãos de tribunais estaduais sacramentam a responsabilidade civil objetiva do transportador nesses casos; doutro lado, em sentido oposto, acórdãos dos mesmos tribunais, reforçados agora por posição majoritária da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, afastam por completo a responsabilidade civil do transportador, entendendo que ocorre o rompimento do nexos causal. A seguir, será analisada detalhadamente a questão, objeto específico deste trabalho, sem que se furte este autor, ao final, de manifestar sua opinião.

12 ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO

Conforme leciona o Prof. Claus Wilhelm Canaris⁴⁶, o direito é melhor compreendido a partir do estudo de um caso concreto. Assim, passa-se a analisar recente acórdão proferido pelo 6º Grupo Cível do Tribunal de Justiça /RS de lavra da Eminente Desembargadora Matilde Chabar Maia.

EMENTA:
RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE DE PASSAGEIRA. ASSALTO. INTERIOR DE COLETIVO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA CONCESSIONÁRIA RECONHECIDA. DEVER DE RESPONDER PELO DANO. Embargos infringentes desacolhidos, por maioria. (EI 70003464179, 6º Grupo Cível/TJ/RS)

Esse acórdão refere que não é lícito invocar como causa de exclusão da responsabilidade civil do transportador o caso fortuito ou a força maior, na medida em que se caracterizam pela imprevisibilidade e inevitabilidade, e atualmente, nas metrópoles brasileiras, o assalto à mão armada nos meios de transporte de passageiros e de cargas é uma habitual e muitas vezes trágica realidade. Segundo ele, as leis devem ser interpretadas mediante emprego do

⁴⁶ CANARIS, Claus Wilhelm. *A Eficácia Externa dos Direitos Fundamentais*. Palestra Proferida pelo Autor no Auditório da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2º sem/2003.

método evolutivo, isto é, em adequação com as transformações que a sociedade sofre ao longo dos anos.

No caso em questão o assalto ocorreu durante o transporte em linha de ônibus explorada por empresa concessionária do transporte coletivo, a evidenciar que o fato se deu em razão da existência do transporte, pois o interesse dos meliantes era o patrimônio da empresa, e na consecução desse objetivo terminaram por atingir a desditosa vítima fatalmente.

O acórdão refere ainda que existe prova robusta quanto à frequência dos assaltos a ônibus no local, a exigir maiores cautelas da empresa concessionária do serviço. A segurança no transporte coletivo e a obrigação de conduzir incólume o passageiro são deveres anexos do contrato. A responsabilidade objetiva no contrato de transporte foi plenamente configurada nessa decisão.

Esse caso envolve uma ação indenizatória em face da morte de menor, com 14 anos de idade, na época do fato ilícito, em razão de assalto dentro do ônibus de empresa de transporte coletivo.

Configurou-se no caso a responsabilidade objetiva da empresa concessionária do transporte coletivo, levando em consideração o contrato de transporte, que resulta no dever de responder pelo dano ensejado pelo risco da segurança do passageiro, que deve ser conduzido incólume até seu destino. Foram afastadas as causas de exclusão da responsabilidade da empresa embargante pelo dano sofrido, não podendo ser alegado caso fortuito ou força maior, pois se trata de

fatos habituais, devido às circunstâncias em que se encontra nosso país, frente à realidade social existente, onde assaltos a ônibus são freqüentes e corriqueiros. Não podendo ser alegada a imprevisibilidade e inevitabilidade de tais fatos. Não se falou nesse caso em rompimento do nexo causal.

Além do que, como já dito, o interesse dos meliantes estava dirigido ao patrimônio da empresa de ônibus; portanto, a existência de falha no serviço prestado restou incontroversa.

Desse modo, ficou configurado o dever da empresa de transporte coletivo em responder pelo dano sofrido pelos passageiros, sendo condenada ao ressarcimento por danos morais decorrentes da prematura morte da menor impúbere.

Mas o assunto é controvertido, divergente doutrinária e jurisprudencialmente. Inegável que foi bem enfrentado pela Desembargadora e Redatora designada Matilde Chabar Maia, quando adotou a teoria da responsabilidade objetiva, alegando que não se pode nos dias de hoje, nas grandes cidades, alegar a imprevisibilidade ou até mesmo a inevitabilidade de assaltos como sendo caso fortuito ou força maior, que, se presentes, excluem a responsabilidade de indenização frente ao dano sofrido.

Pensa-se que nesses casos deveria ser adotada uma responsabilidade civil objetiva mitigada, vinculada ao princípio constitucional da proporcionalidade. Ora, a própria evolução social, a mudança de valores, de

paradigmas de conduta, trouxe significativas mudanças para a sociedade e, como não poderia deixar de ser, para o instituto da responsabilidade civil. Iniciou-se uma migração da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva, o centro do direito deixou de ser o “eu” e passou a ser a sociedade, ocorrendo uma coletivização do direito.

Não se quer com isso a aplicação de uma Teoria do Risco Integral; ao contrário, pretende-se uma adequação do risco do negócio à responsabilidade do transportador e do Estado pelo respeito e preservação dos direitos fundamentais.

A própria evolução objetiva da responsabilidade foi possível em razão do desenvolvimento do seguro de responsabilidade, com a criação de sistemas de responsabilização coletiva, como a previdência social, os seguros de vida, de bens, acidentes de trabalho, entre outros. Presentes, portanto, os direitos fundamentais. Daí partiu-se rapidamente para legislações inovadoras, e agora fala-se em legislações brasileiras que culminaram por inserir no sistema pátrio a idéia da responsabilidade civil objetiva. Exemplo claro e insofismável é a legislação que disciplinou as relações nas estradas de ferro, que adiante será analisada em detalhes.

Essa objetivação da responsabilidade civil foi o marco da caracterização da preocupação com a sociedade, com a solidariedade em razão dos danos característicos daquela própria sociedade e suas relações em pleno desenvolvimento. Esses fenômenos colaboraram eficazmente para a socialização

dos riscos e evidenciaram a redução da idéia de responsabilidade subjetiva com o surgimento e crescimento da responsabilidade objetiva.

Assim, em matéria de responsabilidade civil foi brilhante e de relevante importância a migração da responsabilidade subjetiva para a objetiva, que prescindiu da culpa para sua caracterização.

Hoje, a responsabilidade civil objetiva se apresenta nas mais variadas situações de nosso cotidiano, não apenas quando a lei expressamente a contempla, mas também quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implica, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem. Nesse diapasão é indispensável a referência aos micro-sistemas legais, em especial ao Código de Defesa do Consumidor, que consagrou, nas relações de consumo, a responsabilidade objetiva.

É bem verdade que, ao mesmo tempo em que consagrou a responsabilidade objetiva, serviu também para consolidar e definir as situações excludentes dessa responsabilidade, como o fato de terceiro e a parêntese caso fortuito e força maior, que serão a seguir analisados, juntamente com a legislação que inseriu em nosso sistema a idéia de responsabilidade objetiva.

O fato é que a moderna responsabilidade civil comporta tanto a culpa quanto o risco. Quando a culpa não pode fundamentar o direito à indenização, passa, então, a atuar o modelo objetivo, no qual ela é dispensada. Entende-se assim devido a que, numa sociedade mais justa, todo dano injusto deve ser reparado.

O acórdão posiciona-se pela teoria do risco da atividade empresarial exercida pela empresa de transportes, onde não é possível alegar a presença de caso fortuito ou força maior, pois estes só podem ser verificados no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Cabe à empresa de transporte oferecer a seus passageiros o mínimo de segurança durante o trajeto percorrido, e ficou claro e provado nos autos que a respectiva linha de ônibus era suscetível a assaltos, comprovando-se previsibilidade do fato. Caberia à empresa garantir a segurança de seus passageiros, pois em sua atividade empresarial estaria assumindo o risco e, com isso, a responsabilidade pelos danos causados.

O julgado decidiu por adotar ao caso em tela a teoria da responsabilidade contratual objetiva da empresa frente ao dano causado por terceiro, determinando sua indenização, não podendo ser invocadas as excludentes de responsabilidade, por assim entender como não sendo fato imprevisível e inevitável.

Logo, a responsabilidade da transportadora é de natureza contratual. E contra essa presunção só se admite prova consistente em caso de alegação de caso fortuito e força maior. A habitualidade dos assaltos afasta as excludentes da responsabilidade civil de indenizar.

13 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR

Em importante súmula o egrégio Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre a matéria. Veja-se o conteúdo sumulado.

A súmula 161 do STF:

EM CONTRATO DE TRANSPORTE, É INOPERANTE A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR.

O contrato de transporte de passageiros pode ser classificado como de adesão, ou seja, quem toma um ônibus, tacitamente celebra um contrato de adesão com a empresa transportadora. Com o pagamento da passagem, o transportado adere ao regulamento da empresa. Esta, por sua vez, assume a obrigação de conduzi-lo a seu destino são e salvo.

Prende-se a responsabilidade do transportador, portanto, ao próprio risco do empreendimento que assume com intuito de lucro. Sua responsabilidade não advém exclusivamente dos atos em geral verificados no exercício da atividade, mas de todos aqueles que possam ser esperados como possíveis ou previsíveis, dentro de um leque mais amplo de variáveis inerentes ao meio, interno ou externo, em que trafega o coletivo.

Atualmente, com a vigência do Novo Código Civil, busca-se a reparação do dano causado com a adoção da teoria objetiva em detrimento da tão utilizada teoria subjetiva. No artigo 927, em seu parágrafo único, está consagrada a aplicação da teoria objetiva, reconhecendo-se a obrigação de reparar os danos independentemente de culpa, quando a atividade em geral desenvolvida pelo autor do dano implica, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Confirmando a tendência há muito percebida em nosso ordenamento jurídico, avançou-se significativamente na direção da objetivação da responsabilidade civil. O Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal já previam, em alguns casos, a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, demonstrando a tendência do legislador de se posicionar pela reparação do dano, em se tratando de responsabilidade civil.

Com base nisso, bem decidiu a redatora do acórdão citado, ao adotar a teoria objetiva baseando-se no risco da atividade desempenhada pela empresa de transporte coletivo, que, com sua atividade, assume o risco de possíveis assaltos, colocando em risco os passageiros ao optar por desempenhar tal atividade. A existência de falha no serviço prestado é incontroversa, eis que a segurança no transporte coletivo e a obrigação de conduzir incólume o passageiro são deveres anexos do contrato de transporte, decorrendo do princípio da boa-fé.

Portanto, é evidente e claro que inerentemente à atividade empresarial surge o dever de indenizar os danos sofridos, advindos da própria atividade destinada à circulação de riquezas e, de modo inegável, ao lucro, ficando

responsável por atos de terceiros que vierem a prejudicar seus “clientes” (passageiros). Cabe, portanto, a indenização pelo dano sofrido, sem discutir-se a ocorrência de culpa por parte de quem deve indenizar.

Da análise pode-se concluir que o magistrado deve ser sensível às noções correntes na comunidade sobre o que se pode entender por periculosidade da atividade, que deve ser uma qualidade pré-existente, intrínseca, mediante análise tópica de cada caso, bem como estar atento a entendimentos jurisprudenciais consolidados ou tendenciais, pois não se trata aqui de simples aplicação de “decisionismo” judicial, e sim adequação à transcorrência dos fatos.

14 A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA CASOS IDÊNTICOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O conflito jurídico que existe atualmente nos casos de morte de passageiro em assalto a ônibus é a incidência ou não das situações excludentes de responsabilidade civil, como o caso fortuito e a força maior.

No caso do TJ/RS, como visto antes, a decisão do 6º Grupo Cível, no julgamento dos Embargos Infringentes nº 70003464179⁴⁷, por maioria, afastou as excludentes de responsabilidade civil no caso de assalto a ônibus.

Percebe-se com clareza, nessa decisão, que a responsabilidade da empresa decorreu do afastamento das excludentes de caso fortuito e força maior, porque perfeitamente previsível a ocorrência de assalto em ônibus de passageiros.

Por outro lado e para que se faça o adequado contraponto, encontrou-se decisão antagônica no mesmo tribunal gaúcho, merecendo destaque o

⁴⁷ Neste acórdão, foram desacolhidos os Embargos Infringentes propostos pela Empresa de Transporte Coletivo Viamão Ltda., sendo vencidos os Desembargadores Bayard Ney de Freitas Barcellos e Manoel Velocino Pereira Dutra que entendiam pela incidência das excludentes de responsabilidade civil. Os votos vencedores foram proferidos pelos Desembargadores Ana Maria Nedel Scalzilli, Orlando Heemann Júnior, Naele Uchoa Piazzeta, Carlos Eduardo Zietlow Duro e Matilde Chabar Maia, sendo esta última a redatora designada. O julgamento ocorreu em 27 de Setembro de 2002.

acórdão da Apelação Cível nº 70005170089⁴⁸, julgado pela 10ª Câmara Cível, cuja ementa referiu:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ASSALTO A ÔNIBUS. MORTE. DANOS MATERIAIS E MORAIS. INOCORRÊNCIA.

Não há responsabilidade objetiva do Estado, nem da concessionária de serviço público por assalto a ônibus, do qual resultou a morte do filho dos requeridos, pois se trata de caso fortuito derivado de ação de terceiros. Em relação à empresa, também não pode ser imputada responsabilidade decorrente de contrato de transportes, pois não se insere nos riscos daquela atividade. Apelo Improvido.

No voto condutor desse acórdão consta interessante manifestação do digno Relator:

Em que pese o lamentável e irreparável infortúnio sofrido pelos autores, penso que a pretensão não mereça prosperar.

Por certo que a Constituição Federal de 1988 adotou, em seu art. 37§6º, a responsabilidade objetiva do Estado por ações ou omissões danosas praticadas por seus agentes (inclusive empresas privadas na prestação de serviços públicos). Entretanto, não estamos diante de caso de aplicação de tal instituto, mas sim diante de uma de suas excludentes, a responsabilidade de terceiros (caso fortuito).

Mas, em novo contraponto, cita-se decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que entende pela inaplicabilidade das excludentes, comprovando que a matéria apresenta grande controvérsia:

PROCESSUAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ASSALTO A ÔNIBUS. VÍTIMA QUE É ATINGIDA EM INTERIOR DE COLETIVO EM TROCA DE TIROS ENTRE PASSAGEIROS E ASSALTANTES. ALEGADO FATO DE TERCEIRO EVIDENCIADOR DE FORTUITO EXTERNO. INOCORRÊNCIA EM FACE DA PREVISIBILIDADE DO EVENTO DANOSO. OMISSÃO DOS EMPRESÁRIOS NA TOMADA DE PROVIDÊNCIAS QUE MINOREM OU EVITEM AS

⁴⁸ Este acórdão foi relatado pelo Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima, cujo voto foi acompanhado pelos Desembargadores Luiz Lúcio Merg e Jorge Alberto Schreiner Pestana. O julgamento ocorreu em 19 de Fevereiro de 2004.

OCORRÊNCIAS. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. PENSÃO QUE DEVE LEVAR EM CONTA OS GASTOS DA VÍTIMA COM A SUA MANUTENÇÃO. JUROS, QUE POR SE TRATAR DE RELAÇÃO CONTRATUAL, CONTAM-SE DA CITAÇÃO. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARCIAL.⁴⁹

O acórdão refere que o caso fortuito é a expressão especialmente usada, na linguagem jurídica, para indicar todo caso que acontece, de maneira imprevisível, atuado por força que não se pode evitar. Mas ressalva que incorre caso fortuito nos assaltos a ônibus numa região como a da avenida Brasil em Bonsucesso/RJ, onde infelizmente os assaltos se sucedem com frequência.

Em interessante trecho, o referido acórdão aborda o questionamento de como evitar os assaltos, o qual as empresas não enfrentam, pressupondo que se faça de conta tratar-se de acontecimentos inevitáveis. Ora, graças ao avanço tecnológico, as empresas em verdade conhecem muito bem as formas de se coibirem certos eventos como os assaltos.

Mais que previsíveis, assaltos e homicídios no interior de veículos de transporte coletivos são acontecimentos comuns nas grandes capitais. O risco de trafegar em certos horários impõe ao transportador o dever de proteger os passageiros, e as empresas devem saber a espécie de proteção a ser desenvolvida para que reste efetivado o contrato de transporte. O fato de terceiro, então, não pode servir para afastar a cláusula de incolumidade física do passageiro, que, ao ingressar no coletivo, firma contrato de transporte com o escopo de elevá-lo ao destino da viagem com suas normais e regulares condições de vida.

⁴⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 2001.001.15218. Relator: Des. Gilberto Fernandes, 16 out. 2002.

O dolo de terceiro jamais poderia se prestar para elidir a responsabilidade do transportador, pois é previsível e passa a estar diretamente relacionado com o fato do transporte.

Enquanto o Judiciário, divorciado do real papel no contexto social, continuar entendendo que não são indenizáveis os danos decorrentes dos assaltos no interior de coletivos, as empresas de ônibus continuarão indiferentes às lágrimas, às dores, ao luto e ao desamparo daqueles que as sustentam, através de contrato de transporte regidamente retribuído – *ubi periculum, ibi et lucrum collocetur*: onde está o perigo, aí seja colocado o lucro. Ou seja, as vantagens e as comodidades devem tocar a quem arrisca. O fato era e é perfeitamente previsível e faz parte do risco da atividade econômica.

Fácil notar que para casos fáticos idênticos, ou seja, com inegável similitude fática, houve decisões antagônicas num mesmo sistema jurídico. Contudo, o que fez a diferença? A interpretação da lei, a exegese, o trabalho do intérprete, os valores subjetivos ou as cláusulas gerais?

Aliás, as cláusulas gerais, com sua “porta aberta” ao poder discricionário do juiz, permitem a segurança e a preservação dos direitos e garantias fundamentais em cada caso concreto, bastando ao intérprete efetuar a leitura da lei, com os “óculos” da Constituição Federal.

Igualmente no egrégio Superior Tribunal de Justiça existem posicionamentos distintos:

Transporte. Assalto com arma de fogo. Responsabilidade. Precedentes da Corte.

1. Afirmando o Acórdão recorrido que houve assalto com arma de fogo no interior do ônibus, presente o fortuito, os precedentes da Corte afastam a responsabilidade do transportador.

2. Recurso especial não conhecido (Resp nº 286.110 – RJ (2000/0113695-0)).

Em sentido contrário sustentava a 4ª Turma, quando composta na seção de julgamentos pelos eminentes Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Transporte coletivo. Assalto. Responsabilidade da empresa transportadora.

O assalto a cobrador de ônibus não é fato imprevisível nem alheio ao transporte coletivo, em zona de freqüentes roubos, razão pela qual não vulnera a lei a decisão que impõe à empresa a prova da excludente da responsabilidade pela morte de um passageiro.

Precedente desta Quarta Turma (Resp nº 50.129/RJ, Rel. Min. Torreão Braz)

Recurso exclusivamente pela alínea “a” não conhecido.

Considerando a divergência de posicionamentos no Superior Tribunal de Justiça foi a matéria submetida, em 09/10/2002, à Seção de Direito Privado e terminou prevalecendo a seguinte orientação:

A simples circunstância de serem comuns hoje, no Brasil, delitos de natureza semelhante à versada nesta causa, não é o bastante para atribuir-se responsabilidade à transportadora, que não deu causa alguma ao fato lesivo, sabido que a segurança pública dos cidadãos se encontra afetada às providências do Estado. Em nosso País, com as tarifas cobradas dos usuários, em que não incluso o prêmio relativo ao seguro, que seria a forma escorregada de proteger o passageiro contra atentados desse tipo, descabido é transferir-se o ônus à empresa privada (Resp 435865/RJ, 2ª Seção, rel. o em. Min. Barros Monteiro, j. em 09/10/2002).

A orientação predominante no Superior Tribunal de Justiça é pela incidência das excludentes de responsabilidade civil, afastando-se a responsabilidade das empresas privadas.

Todavia, esse acórdão da 2ª Seção permite dois questionamentos: o primeiro relativo à responsabilidade das empresas concessionárias de serviço público, pois, apesar de serem empresas privadas, são também concessionárias de um serviço público. O segundo, relativo ao fato de que esse acórdão não impediu a responsabilização do “Estado” nesses casos, pois expressamente refere que a segurança pública se encontra afetada às providências do Estado.

Em 3 de agosto de 2004, foi julgado o Resp nº 262682-MG, que confirmou a orientação da 2ª Seção de Direito Privado, pois, segundo o Ministro Barros Monteiro, relator do recurso, a particularidade do caso, conforme consta no processo, está em que o autor do disparo e alguns amigos passaram a fazer baderna no interior do coletivo e que, cerca de 15 minutos depois, sem motivo justificável, Jairo Ferrette sacou da arma e disparou o tiro que veio a atingir a vítima.

A decisão do tribunal mineiro considerou a empresa responsável, pois o trocador e o motorista nada fizeram. Para o Ministro, não se pode imputar culpabilidade aos dois empregados:

A ocorrência de confusão, baderna ou gracinhas feitas por pessoas desprovidas de educação durante a viagem do coletivo não é de ser fiscalizada ou impedida pelo motorista ou cobrador, até mesmo porque se tornam ambos passíveis de sofrer o risco de agressão em caso de alguma medida de advertência ou repreensão.

Em outra decisão, publicada em 18/04/2005, cujo relator foi o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no Resp 598248/RJ, da 3ª Turma, constou novamente:

Transporte coletivo. Assalto à mão armada no interior do ônibus. Precedente da Segunda Seção.

1. A Segunda Seção já assentou ser excludente da responsabilidade da empresa transportadora "o fato inteiramente estranho ao transporte em si, como é o assalto ocorrido no interior do coletivo". (Resp n. 435.865/RJ, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ de 12/05/03)

2. Recurso especial conhecido e provido.

Constatou-se, então, que ainda prevalece no Superior Tribunal de Justiça a orientação de que, nos assaltos a ônibus com morte, incidem as excludentes de responsabilidade civil do caso fortuito e da força maior.

Todavia, ousa-se discordar dessa posição e pensa-se que uma revisão do instituto da responsabilidade civil, sob o prisma da história da própria posituação, auxiliará esta pesquisa e permitirá que cada um, partindo de seus valores pessoais, com o auxílio dessa relembração legislativa, possa formar sua livre convicção, quer apoiando a atual posição do eg. Superior Tribunal de Justiça quer dela discordando.

Essa discordância ocorre porque as pessoas possuem valores éticos, morais, pessoais, profissionais, entre outros, diferentes. Trata-se de conceitos distintos do que é certo e do que é errado.

Entretanto, isso decorre da própria natureza humana e da riqueza das relações jurídicas, porque sempre que houver um litígio, um procedimento contencioso, e não transigindo as partes, será proferida uma decisão que, aplicando o direito aos fatos, decidirá a contenda. É usual que se tenha então uma parte vencida, exatamente porque o direito não acolheu sua pretensão.

15 AS CLÁUSULAS GERAIS E A POSSIBILIDADE DE EXISTIR MAIS DE UMA RESPOSTA CORRETA PARA CADA CASO JURÍDICO

Essa discussão se apresenta justamente quando o direito está com ambos os litigantes, mas a decisão acolhe uma ou outra tese. Nessas situações a decisão proferida é efetivamente a única resposta correta para todo caso jurídico? Existiria outra decisão amparada pelo Direito que se contrapusesse à decisão efetivamente proferida? Pensa-se que sim.

Ora, as cláusulas gerais, ao permitirem a abertura do sistema, ensejam a cada intérprete a possibilidade de aplicação do direito ao caso concreto conforme premissas e valores éticos e morais subjetivos, limitados sempre aos princípios constitucionais.

Nos casos anteriores, restou provado de forma cabal que todo caso jurídico comporta mais de uma decisão correta. Aliás, esse questionamento foi objeto de interessante trabalho realizado por Robert Alexy⁵⁰. Vale mencionar que Alexy refere-se mais precisamente a situações em que existe uma lacuna no ordenamento jurídico, mas, dada a clareza de sua exposição, vários argumentos são também aplicáveis aos casos em que inexistente uma lacuna na legislação, ou seja, a

⁵⁰ Este texto é a resenha de um texto de Robert Alexy, traduzido para o idioma espanhol por Manuel Atienza, relativo à palestra proferida nas IV Jornadas Internacionais de Lógica e Informática Jurídicas, ocorridas em San Sebastian, em Setembro de 1988.

situação está regulada pela lei, mas é possível ao intérprete encontrar soluções distintas, com base numa Teoria da Justiça.

Quando um caso se insere no espaço vazio do sistema jurídico, o juiz não está vinculado ao sistema, devendo decidir por meio de fundamentos extrajurídicos, de forma assemelhada à do legislador. Nesse caso, não se pode falar em uma única resposta jurídica correta.

Pois bem, mas e quando o sistema possui cláusulas gerais? Note-se que não há lacuna na lei, há, isto sim, liberdade na lei para que o julgador, partindo de valores pessoais, subjetivos, decida a controvérsia.

Já Ronald Dworkin sustenta a utilização de um sistema de princípios, composto por regras e princípios jurídicos que permitiriam a existência de uma única resposta correta. Dworkin lembra a possibilidade de um juiz “Hércules” que possui uma grande experiência, muita habilidade, extrema sabedoria, paciência e perspicácia extraordinárias. Então, esse juiz, sim, poderia encontrar a única resposta correta.

Ora, forçosamente é preciso concluir que pode haver dois juízes Hércules, com valores pessoais diferentes, e portanto, em casos jurídicos idênticos, podem existir respostas distintas, ambas amparadas no sistema jurídico, o que reforça a posição de Alexy.

Portanto, a tese sustentada por Dworkin se fragiliza diante dessas colocações que a expõem à riqueza de valores pessoais que possui cada ser humano.

Uma constituição que contenha princípios como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da democracia, do Estado de Direito e do Estado Social incorpora as formas principais do direito racional da modernidade e permite mais de uma resposta correta para o mesmo caso jurídico.

Os princípios constitucionais não são simplesmente normas vagas, mas norteiam uma tarefa de otimização de todo o sistema.

Como já referido, toda colisão entre princípios pode expressar-se como uma colisão entre valores e vice-versa. O problema das relações de prioridade entre princípios está diretamente ligado ao problema de uma hierarquia de valores. Talvez aqui esteja a justificação das controvertidas decisões que envolvem a responsabilidade civil nos casos de assaltos com morte no interior de veículos de transporte coletivo urbano.

A análise de uma hierarquia de valores tem comprovado que não é possível uma ordem que conduza, em cada caso, precisamente a um resultado. Justamente porque valores e princípios não podem ser expressos nem considerados de uma forma numérica inflexível.

Colisões de princípios devem resolver-se diante dos casos em concreto. A decisão para um caso concreto pode ter uma relação de prioridade e ser importante para a decisão de novos casos. Assim, a existência de novos casos com novas combinações e características afasta a possibilidade de ter-se, para cada caso, precisamente uma decisão.

É impossível aceitar para cada caso jurídico, precisamente, uma resposta. Isso ocorre não apenas pela limitação do poder de conhecimento humano (mesmo por um juiz Hércules, porque cada juiz Hércules pensa de forma diferente), mas também por razões lógicas em sentido mais amplo. Mesmo a Teoria dos Princípios não permite encontrar uma única resposta correta para cada caso.

De modo correto sustenta Alexy, com o que concordamos, que não existe nenhum procedimento que permita, com a segurança necessária, chegar em cada caso a uma única resposta correta. As diferenças antropológicas fazem com que possam existir casos sem uma única resposta correta.

A tarefa do intérprete é, sim, procurar em cada caso a única resposta correta, e para tanto a utilização da Teoria da Justiça, a utilização das regras e dos princípios e a utilização da argumentação jurídica racional destinadas a encontrar uma única resposta, ao menos relativamente correta. Nesse ponto igualmente converge-se para a tese defendida por Ronald Dworkin, porque se deve procurar sempre a resposta mais adequada para cada caso jurídico.

Agora, após essa rápida análise da impossibilidade da existência de uma única resposta correta para todo caso jurídico, onde se constata que efetivamente ela não existe, pode-se, com mais tranquilidade, aceitar a existência de decisões antagônicas no Superior Tribunal de Justiça, em casos com grande similitude fática.

Será melhor compreendida a Justiça em casos idênticos com decisões opostas, ambas amparadas num mesmo sistema jurídico. O fato é que inegavelmente não existe uma única resposta correta para todo caso jurídico; o que pode existir é a melhor resposta para cada caso.

16 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRANSPORTE DE PASSAGEIROS – SUBSÍDIOS PARA A BUSCA DA MELHOR RESPOSTA JURÍDICA

A necessidade de deslocamento caracterizou o homem em toda sua história. Desde as primitivas comunidades nômades, algumas ainda existentes – indígenas, africanas e muçulmanas –, até as atuais megalópolis, com suas impressionantes concentrações humanas, de uma forma geral devidamente organizadas sob os aspectos políticos e sociais.

Ora, o transporte de bens e de pessoas é material, concreto e efetivo, o que exige dificuldades muito maiores. Note-se que a evolução social é bastante complexa e merece ser analisada tanto em seus aspectos positivos quanto negativos. Assim, ao tempo em que evoluíram as condições de transporte, evoluíram mais ainda as diferenças sociais geradoras de desequilíbrios e anomalias, remetendo a sociedade contemporânea a um sério questionamento.

Viu-se⁵¹ que, junto com a evolução social, ocorreu a evolução de problemas sociais como: furtos, assaltos, homicídios; enfim, todas as formas de demonstração da capacidade de irracionalidade da conduta humana, cuja natureza foi impressionantemente analisada por Thomas Hobbes.

⁵¹ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

Além disso, o transporte apresenta várias dificuldades materiais, porque depende de condições físicas, climáticas, logísticas, de segurança, entre outras.

Portanto, no contrato de transporte, pelo qual o transportador se compromete a levar pessoa ou coisa a um destino, por terra, mar ou ar, se insere com grande pertinência a problemática da responsabilidade civil.

A legislação nacional já em 1850 – Código Comercial – tratou da questão em seu artigo 102, que referia correr por conta do dono o risco que as fazendas sofressem, proveniente de vício próprio, caso fortuito ou força maior, sendo que a prova incumbia ao condutor desse transporte. Note-se que já nesse dispositivo, a contrário senso, estava definido que o transportador somente se eximia de responsabilidade ao provar vício próprio da coisa, caso fortuito ou força maior. Aqui, a regra da *res perit domino* estava relativizada, pois se transferia ao transportador a responsabilidade pela perda da coisa. Logo, a perda durante o transporte já não cabia ao dono, exceto nos casos excepcionais antes referidos.

Importa lembrar que o Código Comercial se destinava ao transporte de bens, nada referindo sobre transporte de pessoas, sendo que posteriormente a doutrina e a jurisprudência a ele estenderam esse princípio.

Como visto, o contrato de transporte contém obrigação de resultado, ou seja, entregar a coisa ou a pessoa a seu destino, nada mais, nada menos. Afinal, esse contrato traz em seu conteúdo, além do dever de incolumidade,

o dever de segurança. Assim, em nosso sistema, desde o início houve uma forte presença da idéia de responsabilidade objetiva a regular as relações de transporte mercantil, diante da exigência de uma culpa presumida, que inegavelmente muito se aproxima da responsabilidade, sem discussão de culpa, para efetivação da responsabilidade do transportador. Note-se que a responsabilidade civil com culpa presumida, apesar de ainda se situar no campo da responsabilidade subjetiva, está inegavelmente muitíssimo próxima da responsabilidade objetiva.

Importa esclarecer que a responsabilidade em relação ao transportador e ao transportado é sempre contratual, ou seja, decorre do contrato de transporte realizado entre as partes. Existe um prévio ajuste, um contrato que cria deveres e obrigações recíprocas, sendo um acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações. Já com relação a terceiros, ou seja, aqueles que não estavam previamente vinculados ao contrato de transporte, a responsabilidade é extracontratual.

Porém, retornando à seqüência histórica de nossa legislação sobre responsabilidade civil nos contratos de transporte, houve o Decreto 2.681, de 07 de dezembro de 1912, que seguiu a mesma orientação do Código Comercial, consolidando então a responsabilidade pela culpa presumida, arts. 1º e 17º, e a responsabilidade objetiva, especialmente no art. 26, adiante analisado. Serão estudados também os artigos 730 a 742 do Código Civil, que disciplinam de forma geral o contrato de transporte, sem olvidar, é claro, o Código de Defesa do Consumidor e a própria Constituição Federal.

Nesse sentido e pela ordem citada, primeiro será analisado o art. 1º deste dispositivo legal, que assim refere:

Art. 1º - As estradas de ferro serão responsáveis pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que receberem para transportar.

Será sempre presumida a culpa e contra esta presunção só se admitirá algumas das seguintes provas:

1º caso fortuito ou força maior.

Em relação aos danos pessoais o citado dispositivo legal no art. 17 assim referiu:

Art. 17: As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea.

A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário algumas das seguintes provas:

I – caso fortuito ou força maior

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

Em seguida, o mesmo diploma referiu no art. 26, e aqui se pensa que se trata de responsabilidade civil objetiva, porque nada é considerado sobre culpa presumida, que:

Art. 26 - As estradas de ferro responderão por todos os danos que a exploração de suas linhas causar aos proprietários marginais. Cessará, porém, a responsabilidade, se o fato danoso for consequência, da infração, por parte do proprietário, de alguma disposição legal ou regulamentar relativa a edificações, plantações, escavações, depósito de materiais ou guarda de gado à beira das estradas de ferro.

Esse diploma legal era relativo ao ônus da prova e à culpa presumida da estrada, mas tanto a doutrina como a jurisprudência o consolidaram como o grande marco da responsabilidade objetiva nos contratos de transporte.

Desse modo, tanto com relação às mercadorias quanto em relação aos passageiros e aos proprietários lindeiros, foi estabelecida a responsabilidade objetiva da estrada, que apenas era afastada, se provada culpa exclusiva da vítima ou nos casos de caso fortuito ou força maior. A responsabilidade nesses casos é contratual, pois, no momento em que o transportador recebe o passageiro e sua bagagem, assume a responsabilidade de conduzi-los incólumes a seu destino, respondendo pelos danos que vierem a ocorrer no percurso.

De forma sistêmica também está disciplinado no Código Civil o contrato de transporte, ao menos em linhas gerais. O art. 730 do Código Civil dá seu conceito ao referir: “Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas.”

A partir desse dispositivo verifica-se, com clareza, que se trata de um acordo de vontades bilateral, porque apresenta obrigações recíprocas: de um lado o dever de transportar e de outro o dever de pagar pelo transporte. Além disso é também oneroso, pois exige disposição patrimonial recíproca, sendo também comutativo diante da equivalência das prestações.

Ainda se pode classificar esse contrato definido no art. 730 do Código Civil como majoritariamente de adesão, porque se opera na maioria das

vezes sem qualquer possibilidade de discussão acerca das condições contratuais. O caso emblemático analisado neste trabalho, por exemplo, relativo ao transporte coletivo urbano, é inegavelmente de adesão. Então, estudado o dispositivo legal que inicia as disposições contemporâneas sobre o contrato de transporte, entende-se relevante o art. 732 do mesmo diploma legal: “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.”

Constata-se que o Código Civil – lei geral – tem aplicação preferencial nas relações que envolvem contratos de transporte, o que excepciona a regra geral de hermenêutica. Adicionalmente, esse mesmo dispositivo abre a porta do Código Civil para que sejam aplicados aos contratos de transportes outros dispositivos legais e/ou decorrentes de tratados internacionais, com o que incidem inegavelmente os dispositivos, por exemplo, da Lei 8.078/90, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor, nas relações consumeristas envolvendo contratos de transporte.

Mesmo pensando ser despiciendo referir, entende-se que a análise do instituto da responsabilidade civil nos contratos de transporte deve ser feita com a utilização harmônica e conjunta do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor, das legislações especiais e, sobretudo, da Constituição Federal, porque o objetivo maior é o ser humano, a preservação de sua dignidade, do respeito a seus direitos constitucionais fundamentais, como a vida.

Para concluir, é imprescindível a análise de mais dois artigos do Código Civil Brasileiro, constantes na Seção II, intitulada “Do Transporte de Pessoas”. O primeiro é o art. 734, que refere: “O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.”

A leitura desse dispositivo permite conjecturar que a responsabilidade do transportador é objetiva; afinal, ele responde pelo simples fato do transporte, que é seu negócio. Outra não pode ser sua interpretação. Então, o transportador deve responder pelo dano, sem perquirir culpa, bastando ocorrer o dano, salvo motivo de força maior. Ora, conforme se verá adiante, força maior e caso fortuito são institutos distintos, sendo a força maior relacionada a eventos naturais, da natureza, sem a intervenção humana, irresistíveis. Assim, por disposição literal da lei, somente a força maior estaria impedindo a responsabilidade do transportador, ou seja, somente ela, força maior, por disposição legal romperia o nexo causal entre o agente e o dano, impedindo a responsabilidade civil do transportador.

Frisa-se que, conforme consta na lei – vontade de uma maioria –, o caso fortuito não impede a responsabilidade do transportador pelos danos causados às vítimas.

Pois bem, além do caso fortuito, há situações em que ocorre o dano por culpa exclusiva de terceiro. Sem aqui se entrar na discussão acerca de estar incluída ou não a culpa exclusiva de terceiro no caso fortuito, o Código Civil foi

mais uma vez inovador ao referir em seu art. 735: “A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.”

Forçoso concluir que o transportador responde perante o transportado, mesmo em casos de danos causados por terceiros, no decorrer do contrato de transporte. Trata-se, em verdade, da consagração do direito de incolumidade que tem o transportado de chegar incólume a seu destino. Trata-se igualmente de um dever de segurança que tem o transportador de entregar são e salvo seu passageiro no destino almejado.

16.1 O Contrato de Transporte na Relação de Consumo

O art. 741 do Código Civil impõe responsabilidade ao transportador, mesmo no caso de acontecimentos imprevisíveis no decorrer do trajeto, devendo ele assumir as despesas em caso de interrupção do transporte e disponibilizar outro veículo.

Como visto, o transportador responde independentemente de culpa, de caso fortuito e de ato de terceiro, perante o transportado, como de forma literal refere o Código Civil Brasileiro.

Vale esclarecer que, com relação aos terceiros não envolvidos na relação contratual antes referida, como por exemplo, os proprietários marginais, a

responsabilidade é extracontratual, pois inexistia prévio contrato entre o transportador e a eventual vítima. Para estes a regra da responsabilidade civil observará o art. 186 do atual Código Civil, antigo artigo 159 do CC de 1916, nos quais se afigura presente a responsabilidade civil subjetiva, vinculada à idéia de culpa. Da mesma forma, aplicável o art. 187 do mesmo diploma, cuja amplitude de abrangência é importante inovação.

Além dos dispositivos legais antes referidos, é de suma importância menção ao Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), especialmente os arts. 14 e 17, que estatuem como regra geral a responsabilidade civil objetiva nos contratos de transporte regidos pelo diploma consumerista. Por essa razão, nas relações de consumo se verifica uma unificação da responsabilidade civil contratual e extracontratual quanto ao defeito do serviço, definindo como objetiva a responsabilidade civil nesses casos.

Dispõe o art. 14 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, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e risco.

O art. 17 complementa o art. 14 e refere, de modo sintético:

Para efeitos desta seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Assim, a responsabilidade civil nas relações de consumo, nas quais se insere a maioria dos contratos de transporte, é objetiva, ou seja, dispensa a

análise da conduta do agente e/ou de seus atos e se preocupa em especial com a caracterização do defeito do serviço: o fornecedor de produto ou serviço é responsável, desde que se demonstre nexos causal entre seu produto e/ou serviço e o respectivo defeito na prestação desse serviço ou fabricação do produto.

Nas relações de consumo, a responsabilidade será sempre objetiva, ou seja, para caracterização do dever de indenizar ou reparar ou compensar é dispensável o elemento culpa, o ato volitivo do ser humano.

Nesse sentido a Prof. Claudia Lima Marques⁵² refere que:

A responsabilidade objetiva do transportador terrestre e ferroviário é complementada por legislação especial, como o Dec. 2.681/1912, e é considerada unanimemente como obrigação de resultado. Em matérias de excludentes, esta legislação especial é mais favorável ao consumidor, pois não inclui o § 3º, II, do art. 14 do CDC (culpa exclusiva de terceiro) devendo o transportador responder também nestas circunstâncias, como risco profissional. A Súmula 187 do STF continua a ser usada em ambas as legislações compatibilizadas a favor do consumidor-vítima. A evolução da jurisprudência brasileira é no sentido de valorizar os deveres anexos do fornecedor de transporte, em especial o de cuidado e cooperação.

O Artigo 22 do mesmo diploma legal dispõe que a responsabilidade pelo fornecimento inadequado ou ineficaz do serviço público será regida pelas regras desse código. Portanto, responsabilidade objetiva.

Não se olvida o art. 14, § 3º, inc. II do Código de Defesa do Consumidor, que afasta a responsabilidade do transportador, quando ocorre culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

⁵² MARQUES, 2005, p. 290.

Ora, se é certo que há um rompimento do nexo causal, nesses dois casos, a afastar a responsabilidade do transportador, também é certo que no caso de assaltos com morte no interior de veículos de transporte coletivo urbano não há culpa exclusiva de terceiro, mas no mínimo concorrente, por parte do transportador, porque os assaltos não são mais acontecimentos imprevisíveis, e os ‘terceiros’ poderiam ser afastados com procedimentos preventivos simples, que resultariam no ganho de vidas humanas e que não são implementados por redundarem em diminuição do lucro dos empresários, em sua atividade econômica.

A alegação de que se trataria de um ato exclusivo de terceiro não afasta a responsabilidade, dado que existe uma culpa concorrente pelo dever de segurança que deve ser prestado aos consumidores. Medidas simples podem ser adotadas para inibir a ação dos meliantes e não o são devido ao prestador do serviço se recusar a reduzir suas margens de lucro.

A instalação de câmeras nos ônibus é medida efetiva, de baixo custo e que reduz significativamente os assaltos. Da mesma forma, a manutenção dos vidros traseiros dos ônibus sem anúncios de publicidade permitiria mais transparência, aos demais veículos que estão atrás, sobre o que está ocorrendo no interior do veículo. São medidas simples que não são adotadas devido ao fato de que os empresários se encontram em situação confortável diante das decisões do egrégio Superior Tribunal de Justiça, por essa razão preferindo manter inatingidas suas margens de lucro, às custas, muitas vezes, de vidas inocentes.

Ora, o estatuto consumerista contém dispositivos legais suficientes à responsabilização dos empresários nessas situações, bastando apenas que se mude o enfoque da responsabilidade do transportador, os valores por ele preservados, e se analise a dignidade da pessoa humana.

Se é fato que os assaltos podem ocorrer a qualquer momento, também é fato que as empresas têm este conhecimento e poderiam adotar medidas para evitá-los, não o fazendo por interesses econômicos, e não sociais. Nossa Constituição Federal, de cunho tão admiravelmente social, infelizmente não tem estado presente nas decisões excludentes da responsabilidade civil dos empresários do transporte coletivo urbano, nem tampouco a preservação da dignidade da pessoa humana.

16.2 A Responsabilidade do Transportador

Trata-se aqui de responsabilidade denominada de “contratual”, erigida inicialmente sob o manto da idéia de culpa presumida, tendo evoluído para a responsabilidade objetiva, centrando-se os estudos no fato do serviço e na responsabilidade do transportador.

Embora nossa jurisprudência tenha afastado a aplicação da Teoria do Risco Proveito, na qual está assentada a idéia de que o dano deve ser suportado por aqueles que retiram proveito ou vantagem do fato lesivo, sendo que nesse ponto é indubitoso o lucro obtido pelas empresas de transporte urbano, não

se pode afastar integralmente a responsabilidade do transportador pelo fato do serviço.

Entretanto, presente uma excludente de responsabilidade, está rompido o nexo causal. Porém, é preciso especificar qual é a excludente apta a romper o nexo causal entre o transportador e o dano. Afinal, nem toda excludente pode romper este nexo.

Parece que o cerne da discussão está na previsibilidade – ou não – do evento assalto. Ou seja, se o assalto é um elemento comum, diário e perfeitamente previsível, ou não. Ele é irresistível? Ele é um fato exclusivo de terceiro? E, ainda, esta freqüência eventual de assaltos seria um inegável indicador de falta de segurança por parte do transportador e por parte do Estado?

O defeito do serviço prestado pelo transportador é que merece relevância e enseja a responsabilidade desse pelo risco do negócio. Note-se que quem recebe os bônus de uma atividade, obviamente, tem de suportar os ônus dela advindos, como indenizações em caso de assaltos com morte ocorridos no desenvolver do percurso. O serviço prestado pelo empresário é defeituoso, porque não assegura ao consumidor o mínimo, que é levá-lo íntegro e com segurança a seu destino.

É preciso analisar cada situação pontual para verificar se de fato, naquele caso, havia uma situação capaz de romper o nexo causal. Ora, no caso do transporte de passageiros, por disposição legal, apenas a força maior pode

romper este nexos. Sob o prisma consumerista e considerando a aplicação conjunta de legislação especial, nem o §3, inc. II do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (culpa exclusiva de terceiro) pode ser invocado para excluir a responsabilidade.

Frise-se que a responsabilidade do transportador terrestre é objetiva; quanto ao fim, trata-se de uma obrigação de resultado. Como lembrado pela Prof. Cláudia Lima Marques, a jurisprudência brasileira é no sentido de valorizar os deveres anexos do fornecedor de transporte, em especial o de cuidado e cooperação.

16.3 A Responsabilidade Civil do Estado na Relação Consumerista – o Código de Defesa do Consumidor

Nesse breve tópico será enfrentada a questão da responsabilidade civil contratual do Estado como prestador de serviços ou fornecedor de produtos. Em rápidas palavras se estudará a situação do Estado como fornecedor de produto ou serviço.

O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 14, combinado com o artigo 3º, atribui ao Estado, enquanto fornecedor de serviço público, a responsabilidade objetiva por danos decorrentes da “falta do serviço público”, incluindo assim a responsabilidade por conduta omissiva.

O Estado é considerado fornecedor de serviço público, logo devendo obedecer a todos os princípios e regras protetores do consumidor, inclusive ao princípio contido no inc. X do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, que expressamente determina ser direito do consumidor “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”.

As pessoas jurídicas de direito público – centralizadas ou descentralizadas – podem figurar no pólo ativo da relação de consumo como fornecedoras de serviços. Por via de consequência, não se furtarão a ocupar o pólo passivo da correspondente relação de responsabilidade.

Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, são responsáveis objetivamente a União, os estados, os municípios e o Distrito Federal. Também o são: as autarquias, as fundações públicas, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as concessionárias e permissionárias de serviço público.

O Estado somente é considerado fornecedor e, portanto, está sujeito às regras do Código de Defesa do Consumidor – responsabilidade objetiva –, quando é produtor de bens ou prestador de serviços remunerados por “tarifas” ou “preços públicos”. Por outro lado, não são aplicadas as normas do Código de Defesa do Consumidor aos casos em que aquele é remunerado mediante atividade tributária em geral – impostos, taxas e contribuições de melhoria.

Sob a análise do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do Estado, pelo serviço público remunerado por tarifa ou preço público, é de natureza objetiva, tanto para as condutas comissivas como para as omissivas.

17 A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO NOS CASOS DE ASSALTO COM MORTE EM VEÍCULOS DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO

Até este momento foi analisada a responsabilidade civil como instituto jurídico, relativamente à responsabilidade da empresa concessionária ou permissionária do serviço público de transporte e circulação urbana de passageiros, bem como a possibilidade da identificação do Estado como fornecedor de produto ou serviço.

Passa-se a analisar a responsabilidade civil do Estado nos casos de assalto com morte no interior de veículos de transporte coletivo urbano. Ela é subjetiva, ou objetiva, afinal? Para tanto, essencial também a análise das modalidades do risco da administração.

O direito francês⁵³ exerceu forte influência na formação de nosso direito administrativo; daí a importância de o estudo ser realizado a partir dos marcos fundamentais do direito administrativo daquele país. Inicialmente, vigia o princípio da irresponsabilidade do Estado, em matéria de direito público. Todavia, mesmo naquele momento, admitia-se a responsabilização, quando leis específicas a previssem explicitamente. Além disso, esse princípio da irresponsabilidade era

⁵³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 35.

temperado, dado que se admitia a responsabilidade do funcionário, quando o ato lesivo pudesse ser diretamente relacionado a um comportamento pessoal.

Vale lembrar o princípio da irresponsabilidade total do Estado, típica dos Estados despóticos ou absolutistas. Esse pensamento estava alicerçado nos seguintes pressupostos: a) o Estado, por ser pessoa jurídica, não tem vontade própria; b) o Estado age por intermédio de seus funcionários; logo, quando há a ocorrência de algum ato ilícito, a responsabilidade recai no funcionário, já que este é o executor do ato; c) quando os funcionários agem fora dos parâmetros legais, presume-se que não agiram como funcionários, e assim não há responsabilidade do Estado.

Esse pensamento foi combatido ao mesmo passo em que as sociedades evoluíram em sua organização sócio-política, com o fim dos Estados Absolutos. As críticas eram as seguintes: a) o Estado possui vontade autônoma, pois a teoria da ficção legal foi superada; b) o Estado, como pessoa dotada de capacidade, incorre em culpa *in eligendo* e *in vigilando* com relação a seus funcionários; c) o Estado é sujeito de direitos e obrigações.

Já ao final do século XVIII, com a Revolução Francesa e os efeitos sociais e políticos que dela decorreram, surgiu a diferenciação entre atos de gestão e atos de império, como uma técnica jurídica com o objetivo de reduzir os prejuízos com os quais poderia ter de arcar o tesouro francês, já praticamente insolvente. Por essa razão, os atos de gestão eram aqueles em que o Estado praticava como se fosse um particular, ao administrar seu patrimônio. Os atos de

império eram os que o Estado praticava no exercício do poder de polícia, que lhe é imanente, como bem esclarecido pela doutrina desde o inesquecível Rui Barbosa⁵⁴.

Diante dessa dicotomia, surgiu a teoria de que apenas pelos atos de gestão caberia a ação indenizatória, pois não seria questionável a soberania do Estado. Doutro lado, era essencial a ocorrência do elemento culpa – imprudência, negligência ou imperícia – como condição para a responsabilização do Estado.

Nesse contexto lembra-se a teoria da culpa civilística, que aplicava à responsabilidade do Estado a mesma regra do direito privado, ou seja, deveria haver culpa do agente estatal para que se configurasse a responsabilização do ente público. Assim, de início, apenas o funcionário responderia perante o lesado, e somente num momento mediato seria atingido o Estado.

No Brasil, conforme leciona Amaro Cavalcanti⁵⁵, nunca se ensinou ou prevaleceu a teoria da irresponsabilidade do Estado pelos atos lesivos de seus representantes. Inclusive, o inesquecível mestre, para sustentar a afirmação, cita Rui Barbosa: “Na jurisprudência brasileira nunca logrou entrada a teoria da irresponsabilidade da Administração pelos atos de seus empregados.”

Verdade seja dita, nossos tribunais sempre responsabilizaram a Administração pelos danos causados aos direitos dos particulares. Assim procederam os tribunais tanto quanto à responsabilidade penal, quanto em relação à

⁵⁴ BARBOSA, Rui. *A Culpa Civil das Administrações Públicas*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1898.

⁵⁵ CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade Civil do Estado*. Atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. Tomo II, p. 611.

responsabilidade civil, num segundo momento. Vale lembrar, como bem explanado por Cavalcanti na obra antes referida, à fl.614, que desde 1857 já existiam no Brasil legislações especiais que disciplinavam a responsabilidade civil da Administração, como o Dec. 1930, de 26 de Abril de 1857 (responsabilidade da administração da estrada de ferro por danos causados por seus funcionários), ou o Código Comercial, de 1850, art. 99 (para os casos de extravio ou avarias de mercadorias), ou, ainda, pelo Dec. 1663, de 30 de janeiro de 1894 (responsabilidade da Repartição Geral dos Telégrafos quanto à colocação de suas linhas de transmissão).

Nesta rápida evolução da responsabilidade civil do Estado importante mencionar também a Lei Federal 939, de 29 de dezembro de 1902, relativa à organização do Distrito Federal, que assegurava ao particular lesado o direito de reclamar judicialmente as perdas e danos que lhe cabiam em razão de ato administrativo ilegal ou cometido mediante excesso de poderes.

Já as discussões sobre o projeto do Código Civil de 1916 envolveram importantes debates, desde 1902, sobre a responsabilidade civil do Estado em razão de proposições do próprio Clóvis Bevilácqua, que não foram acolhidas integralmente, como esclarecido por Amaro Cavalcanti.⁵⁶

⁵⁶ “No Projeto primitivo, elaborado por Clóvis Bevilácqua, a responsabilidade civil estava expressamente articulada nestes termos: As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos causados por seus representantes: 1º Quando estes obrarem no exercício da porção de poder público que lhes é confiado, se a lei não tiver determinado, para o caso, a simples responsabilidade do funcionário; 2º Quando, em nome delas praticarem atos de direito privado, dentro dos limites de suas atribuições (proj. cit. Art. 42). E consoantemente, no título das obrigações resultantes dos atos ilícitos, se dizia: A responsabilidade da União, dos Estados e dos Municípios, a que se refere o art. 42, n. I, pode provir da omissão do funcionário no cumprimento dos deveres que lhe incumbem, ou do mau uso da porção de poder público que lhe é confiado por outrem pode repetir (art. 1647)” (CAVALCANTI, 1956, Tomo II, p. 618).

Em verdade desde o início da história da responsabilidade civil prevaleceu a idéia da responsabilidade do Estado, vinculada inicialmente à ilegalidade do ato da Administração ou ao excesso de poder por parte do agente, do que discordava com justificada razão Amaro Cavalcanti, ao advogar que a lesão dos direitos individuais poderia também ter lugar mesmo procedendo o funcionário dentro da mais estrita legalidade, o que ensejaria igualmente responsabilidade civil do Estado. Cavalcanti sustentava preponderar na responsabilidade da administração pública o caráter objetivo, tendo como ponto de partida a causalidade do ato e não sua culpabilidade. Note-se a importância desse pensamento, cuja doutrina contemporânea, a partir da Constituição Federal de 1988, passou a considerar, especialmente em razão da modificação do foco da responsabilidade civil, direcionado agora para a reparação da vítima, não mais na punição do causador do dano.

Não se olvida a teoria da culpa administrativa, referida por Hely Lopes Meirelles, que considera a falta do serviço. Essa culpa especial seria decorrente da falta do serviço, cabendo à vítima comprovar essa falta. O marco de transição para a atual teoria do risco administrativo.

Com o surgimento da teoria do risco administrativo, extraída do próprio art. 37§ 6º da Constituição Federal – na qual o Estado deveria indenizar o dano, independentemente de este resultar de culpa do agente estatal ou de falha do serviço, que seriam os atos ilícitos, mas igualmente os resultantes de atos lícitos, porque não era mais a culpa do serviço ou do servidor que gerava essa responsabilidade, mas sim o risco que toda atividade estatal implicaria para os

administrados –, o Estado seria responsabilizado sempre que sua atividade configurasse um risco para o administrado, independentemente da existência ou não de culpa e desde que desse risco tivesse resultado um dano. A responsabilidade, portanto, passou a ser objetiva. O lesado somente precisava provar a conduta do agente estatal, o dano e o nexo de causalidade entre ambos.

A teoria do risco administrativo responsabiliza o ente estatal pelo dano decorrente de ato injusto causado pela administração, não sendo exigida falta do serviço ou culpa, sendo necessária apenas a lesão sem o concurso do lesado. “Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se apenas o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da administração.”⁵⁷

O Ministro Celso de Mello confirmou a adoção dessa teoria ao julgar o Agravo de Instrumento 455.846⁵⁸, afirmando o dever de indenizar a vítima pelos danos sofridos, independentemente da caracterização de culpa dos agentes estatais, sendo fundamento caracterizador do dano o nexo causal entre a conduta do agente e o dano sofrido, combinado com a ausência de exceções previstas na lei como culpa da vítima, caso fortuito ou força maior.

⁵⁷ A teoria da culpa administrativa marca a transição da noção de culpa civil, para a objetivação da responsabilidade do Estado sob a teoria do risco administrativo que a sucedeu. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28.ed. Atual. por Eurico de Andrade de Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 623.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 455.846. Agravante: União. Agravado: Daniel Felipe de Oliveira. Relator Min. Celso de Mello. Acórdão em 11 out. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudência>>. Acesso em: 12 set. 2005.

De suma importância referir ainda a Teoria do Risco Integral, que focaliza o tema de forma mais exacerbada. Para essa teoria, o Estado fica obrigado a indenizar todo e qualquer dano, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima, ou que incidente as excludentes de responsabilidade civil.

Todavia, essa teoria não foi adotada por nosso sistema jurídico por ser considerada uma modalidade extrema de risco administrativo, fortemente inclinada ao cometimento dos mais variados tipos de injustiças.

Nosso sistema foi acompanhando essa evolução, adotando as teorias predominantes em cada época, com exclusão da Teoria do Risco Integral, apesar de alguns autores sustentarem o contrário, divergindo da larga maioria da doutrina e da jurisprudência.

O art. 43⁵⁹ do Código Civil refere que o Estado é civilmente responsável pelos atos ilícitos praticados por seus representantes que, nessa qualidade, causam danos a alguém.

Não é demais referir que a Constituição Federal de 1946, em seu artigo 194, estabeleceu a responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus funcionários, de modo independente da existência ou não da culpa, fundamentada essa responsabilidade na Teoria do Risco. Seguindo o histórico cronológico, tivemos a Carta de 1967, art. 105, a Carta de 1969, dita Emenda 1 à

⁵⁹ Art. 43 do Código Civil: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.”

“Constituição” de 1967, art. 105.

A Constituição Federal de 1988 ampliou a responsabilidade estatal, porque o preposto do Estado passou a ser o agente público – aqui se lembra a Teoria do Risco Social, defendida por Celso de Mello –, o que abrange um número muito maior de responsáveis pelos danos causados. Afinal, nem todo agente público é um funcionário público, mas todo funcionário público é um agente público.

A responsabilidade civil do Estado, considerada pela teoria do risco administrativo, leva a pessoa jurídica de direito público à reparação do dano sofrido pelo particular por conduta da administração, segundo o princípio da repartição eqüitativa dos ônus e encargos públicos a todos da sociedade, num sentido de socialização dos prejuízos oriundos daquela conduta.

Não se pode olvidar que em termos históricos o reconhecimento da responsabilidade do Estado teve como marco o famoso aresto Blanco⁶⁰, do Tribunal de Conflitos Francês, de 1873, no qual foi fixada a responsabilidade do Estado sem generalidades e sem absolutismos. Assim, admitida a responsabilidade do Estado, que a partir da segunda metade do século XIX foi se expandindo e evoluiu de uma responsabilidade subjetiva baseada na culpa para uma responsabilidade objetiva, alicerçada na relação causa e efeito entre a conduta

⁶⁰ Agnes Blanco foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo quando atravessava uma rua na cidade de Bordeaux, em 1873. O pai de Agnes ajuizou ação civil pleiteando indenização com fundamento no princípio de que o Estado é civilmente responsável pelos danos causados a terceiros por seus agentes. Foi suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo. O tribunal de conflitos entendeu que se tratava de responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público, devendo ser solucionada pelo tribunal administrativo, que responsabilidade do Estado sujeita-se a regras especiais não podendo reger-se pelos princípios do Código Civil. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 564.

estatal e o evento danoso. Como se sabe, a responsabilidade subjetiva é dever de indenizar imposto a alguém em razão de procedimento contrário ao direito, por culpa ou por dolo, que causa um dano a outrem ou impede que lhe seja causado esse dano.

Do Direito Francês o Brasil recebeu a idéia da *faute de service*, que é a culpa do serviço, quando ele, devendo funcionar, não funciona, funciona mal ou funciona tardiamente. Importa esclarecer desde o início que essa responsabilidade por culpa do serviço não é objetiva; ao contrário, é subjetiva, porque alicerçada na culpa ou dolo, como bem referido por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁶¹.

Importa também esclarecer que a palavra em francês *faute* tem como correta tradução para o português a palavra culpa, e não “falta”. Ora, o termo “falta” induz à idéia de ausência, objetividade, e enseja a confusão quanto à suposição que a *faute de service* estivesse alicerçada na concepção de responsabilidade objetiva.

Ao contrário, essa culpa do serviço – como melhor se pensa deve ser efetuada a tradução da *faute de service* – está alicerçada numa idéia de presunção de culpa decorrente da própria dificuldade de produzir-se prova, no sentido de demonstrar que o serviço estatal foi realizado com baixa qualidade, com baixa responsabilidade, com negligência, com imperícia ou com imprudência; enfim, com culpa. Assim sendo, diante dessa presunção de culpa, o ônus de demonstrar a

⁶¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v.2, p. 482-483.

prova capaz de romper o nexo causal entre ele, Estado e o dano, incumbe ao próprio Estado, ou seja, a vítima fica desonerada de comprovar a culpa do Estado; presume-se que ela ocorreu, e o Estado é que tem o dever de comprovar que não agiu culposamente.

Dessa concepção de responsabilidade subjetiva evoluímos para a responsabilidade objetiva, na qual a obrigação de indenizar dispensa o elemento culpa, bastando a existência de um nexo causal entre o agente, Estado, e o dano. Essa obrigação de indenizar não está vinculada à licitude ou ilicitude de uma conduta, pois apenas exige a relação causal entre o comportamento e o dano. Note-se que dessa forma se amplia a proteção do administrado e se aumenta a responsabilidade do administrador.

Nessa situação, há os casos em que o Estado produz o comportamento que gera o dano; tem-se uma conduta positiva ou, para alguns, conduta comissiva do ente estatal. A doutrina brasileira é unânime ao entender que se está diante de responsabilidade objetiva, que, como já se disse, dispensa o elemento culpa.

Em outra situação, há casos em que não é a ação do Estado que causa dano, mas, ao contrário, sua omissão é a causadora, ou seja, o Estado tem o dever de evitar que ocorra um evento alheio que origine dano. Segundo leciona Celso Antonio Bandeira de Mello⁶², está-se diante das hipóteses de *faute de*

⁶² “Casos em que não é uma atuação do Estado que produz o dano, mas, por omissão sua, evento alheio ao Estado causa um dano que o Poder público tinha o dever de evitar. É a hipótese da “falta de serviço”, nas modalidades em que o serviço “não funcionou” ou “funcionou tardiamente”, ou ainda, funcionou de modo incapaz de obstar à lesão. Excluiu-se apenas o caso de mau

service, ou seja, de responsabilidade subjetiva, porque o serviço não funcionou, funcionou mal ou tardiamente. Há, nesse caso, segundo Celso, responsabilidade subjetiva.

A natureza da responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva é assunto controvertido, nos tribunais e na doutrina.

No ministério de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Celso Antônio Bandeira de Mello, a responsabilidade do Estado por conduta omissiva tem natureza subjetiva, com base legal no artigo 43 do atual Código Civil, sendo de natureza objetiva apenas a responsabilidade por condutas comissivas. Contudo, atualmente respeitáveis juristas advogam a teoria da responsabilidade objetiva tanto para a conduta comissiva como para a omissiva, nas quais incidiria, independentemente, o art. 37, § 6^o⁶³, da Constituição Federal.

A responsabilidade do Estado obedece a um regime peculiar, compatível com sua situação jurídica. Afinal, em suas relações com os cidadãos atua sobremaneira de forma a garantir direitos individuais e ao mesmo tempo respeitá-los. Como se sabe, os cidadãos não têm poderes para diminuir a atuação do Estado no campo de seus direitos individuais.

funcionamento do serviço em que o defeito de atuação é o próprio gerador do dano, pois aí estaria configurada conduta comissiva produtora da lesão. Trata-se, aqui, apenas, de conduta omissiva do Estado ensejadora (não causadora) de dano. Cf. MELLO, 2005, p. 940.

⁶³ Art. 37, § 6 da Constituição Federal: "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: § 6: 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."

Para Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁴, a responsabilidade do Estado está inserida na noção do Estado de Direito, inexistindo necessidade de regra expressa para firmar-se, pois neste todas as pessoas, de direito público ou privado, encontram-se sujeitas à obediência das regras de seu ordenamento jurídico. Logo, presente também está o dever de responderem pelos comportamentos violadores dos direitos dos administrados.

Alexandre de Moraes⁶⁵, seguindo posição de Celso de Mello, refere que: “A falta do serviço público não depende de falta do agente, mas do funcionamento defeituoso, insatisfatório, ou na terminologia moderna, ineficiente do serviço público prestado, do qual decorre o dano.”

Hely Lopes Meireles refere o termo “responsabilidade da administração”, porque este “dever de indenização se impõe à Fazenda Pública”⁶⁶.

Vale aqui referir interessante decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, no AI 455846/RJ, ao asseverar que:

É certo, no entanto, que o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima.

⁶⁴ MELLO, 2005.

⁶⁵ MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 231.

⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

17.1 A Conduta Ensejadora da Responsabilidade do Estado – Ação e Omissão

A responsabilidade civil do Estado decorre de duas situações distintas: a) de conduta positiva do Estado, isto é, comissiva, no sentido de que o agente público é o causador imediato do dano; b) de conduta omissiva, em que o Estado não atua diretamente na produção do evento danoso, mas tem o dever de evitá-lo, como é o caso da falta do serviço nas modalidades em que o serviço não funcionou ou funcionou tardiamente, ou ainda pela atividade que cria a situação propiciatória do dano por ter exposto alguém a risco.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁷ classifica as várias hipóteses de comportamento estatal comissivo, que lesa juridicamente terceiros: a) comportamentos lícitos: 1) atos jurídicos; 1.1) atos materiais; 2) comportamentos ilícitos: 2.1) atos jurídicos, ex. a decisão de apreender, fora do procedimento ou hipóteses legais, a edição de jornal ou revista; 2.2) atos materiais, ex. o espancamento de um prisioneiro, causando-lhe lesões definitivas.

Assim, é certo que o Estado pode causar danos aos administrados por ação ou omissão. Porém, nos casos de conduta omissiva, há entendimentos diversos no sentido de que esta não constitui fato gerador da responsabilidade civil do Estado, visto que nem toda conduta omissiva retrata uma desídia do Estado em cumprir um dever legal.

⁶⁷ MELLO, 2005.

É o Estado responsável civilmente quando somente se omite diante do dever legal de obstar a ocorrência do dano, ou seja, sempre quando o comportamento do órgão estatal fica abaixo do padrão normal que se costuma exigir. Dessa forma, pode-se afirmar que a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre decorrente de ato ilícito; afinal, há uma obrigação legal de fazer decorrente da norma e que foi violada pelo Estado, ao omitir-se. Note-se que aqui o não fazer passa a ser o fato gerador da responsabilidade civil.

Pensa-se que para ser apurada a responsabilidade do Estado por conduta omissiva deve-se indagar qual dos fatos foi decisivo para configurar o evento danoso, isto é, qual fato gerou de modo decisivo o dano e quem estava obrigado a evitá-lo. Dessa forma, o Estado responde não pelo fato que diretamente gerou o dano, ex. enchente, mas sim por não ter praticado conduta suficientemente adequada para evitar o dano ou mitigar seu resultado, quando o fato é notório ou perfeitamente previsível.

Inicialmente, ressalta-se que até a Constituição de 1946, para a responsabilização do Estado, era aplicada a regra do artigo 15 do Código Civil de 1916, atual artigo 43⁶⁸ do Código Civil: numa primeira fase, regida por princípios privatísticos; noutra, por princípios publicísticos, fundados na “falta do serviço”.

A partir da Constituição Federal de 1946, nosso sistema jurídico migrou para a Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado. Ou seja, o

⁶⁸ Artigo 43: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.”

Estado responde independentemente de culpa pelos danos que seus agentes causam a terceiros. Em verdade, nós cidadãos é que respondemos, pois, em última análise, nós somos o Estado.

Quanto ao cabimento da aplicação dessa teoria objetiva na responsabilidade decorrente de condutas comissivas a matéria é, como já dito, incontroversa; porém, o oposto ocorre quando o Estado age omissivamente, pois surgiu na doutrina e jurisprudência brasileiras uma polêmica discussão a respeito de seu cabimento, nos casos de responsabilização decorrente de conduta omissiva estatal.

A respeito, como dito antes, há duas correntes doutrinárias: uma, dos juristas filiados à posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que defende a teoria da responsabilidade subjetiva, hoje pelo próprio autor relativizada⁶⁹, porque a presunção de culpa ocorre em qualquer situação de *faute de service*, cuja base legal era a aplicação do artigo 15 do antigo Código Civil – hoje art. 43; outra, sustentada por vários autores, que defende a teoria da responsabilidade objetiva, aplicando-se por conseguinte o art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

⁶⁹ Nota 17: “Até a edição anterior falávamos que a presunção de culpa existiria “em inúmeras situações” de falta de serviço. Hoje, conforme consta do texto, entendemos que existe em qualquer situação da falta de serviço” (MELLO, 2005, p. 946).

17.2 A Responsabilidade Estatal por Conduta Omissiva

Para Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁰, deve ser aplicada a Teoria Subjetiva à responsabilidade do Estado por conduta omissiva. Para isso, argumenta o autor que a palavra “*causarem*” do art. 37 §, 6º, da Constituição Federal, somente abrange os atos comissivos, e não os omissivos, afirmando que estes últimos somente “condicionam” o evento danoso.

O autor, comentando a Constituição leciona que na hipótese cogitada o Estado não é o autor do dano. Logo, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência foi mera condição do dano, e não sua causa. Causa é o fato que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se ocorrido, teria impedido o resultado.

Segundo essa corrente doutrinária a teoria subjetiva é a que deve ser aplicada aos casos de responsabilidade do Estado por conduta omissiva, haja vista ter-se necessidade de ser avaliada a culpa ou o dolo. Ensina, ainda, que o art. 15 do antigo Código Civil foi modificado somente em parte pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

O fato é que mesmo essa responsabilidade subjetiva estaria hoje relativizada, quase objetivada, mas ainda assim a responsabilidade atrelada a uma falta do serviço, que seria a regra. Na verdade, podem coexistir a responsabilidade objetiva e a subjetiva, esta fundada na *faute de service*, e não mais

⁷⁰ MELLO, 2005.

na culpa do agente público. Ainda defendem a responsabilidade subjetiva juristas como Caio Tácito e Themístocles Brandão Cavalcanti.

José de Aguiar Dias⁷¹, embora se incline pela responsabilidade objetiva, admite que predomina a teoria subjetiva quando da falta do serviço.

Encontram-se, também, algumas decisões dos tribunais brasileiros no mesmo sentido:

Responsabilidade Civil. Assalto a ônibus. Morte. Menores Infratores. Fuga. Danos Morais. Omissão do Estado. Transportadora. Omissão de Socorro. Procedência do Pedido de Indenização por Danos Morais ao Encargo do Estado.

Há responsabilidade objetiva do Estado por assalto a ônibus que resultou em morte quando os autores do homicídio eram menores infratores e deveriam estar sob guarda, vigilância e controle do Estado. Um dos autores havia fugido do estabelecimento onde deveria estar [...]. (AC n. 70007919426, Rel. Des. Nereu José Giacomolli, j. 08/08/2004, 9ª CC do TJ/RS).

Note-se que a matéria é assaz controvertida. Nesse próprio acórdão refere o ilustre Relator que a responsabilidade é objetiva, em decorrência da falta de serviço do Estado, porque um dos autores havia fugido do estabelecimento onde deveria estar recolhido. Ora, se a responsabilidade é objetiva, não se perquire culpa, apenas se busca o nexos causal entre o dano e o responsável por ele. Então, teve-se nesse acórdão responsabilidade civil objetiva decorrente de culpa? O aresto prova a grande dificuldade que enfrentam a jurisprudência e a própria doutrina para definir a responsabilidade do Estado por omissão.

⁷¹ DIAS, 1995.

José de Aguiar Dias, adepto da responsabilidade objetiva, ao expor seu entendimento, referiu que só é causa aquele fato a que o dano se liga com força de necessidade. Se numa sucessão de fatos, mesmo culposos, apenas um, podendo evitar a conseqüência danosa, interveio e correspondeu ao resultado, só ele é causa, construção que exclui a polêmica sobre a mais apropriada adjetivação. Se, ao contrário, todos ou alguns contribuíram para o evento, que não ocorreria, se não houvesse sua conjugação, esses fatos devem ser considerados causas concorrentes ou concausas.

Dessa forma, conclui José de Aguiar Dias que a inércia do Estado a ele empenha responsabilidade civil e a conseqüente obrigação de reparar integralmente o dano causado, na forma do art. 37 §, 6º da Constituição Federal; portanto, a responsabilidade é objetiva.

Odete Medauar⁷² refere que a responsabilidade do Estado, fundamentada na Teoria do Risco Administrativo, é regida pela Teoria da Responsabilidade Objetiva. Entende também que a adoção da responsabilidade objetiva do Estado conduz no sentido de igualdade de todos ante os ônus e encargos deste e o próprio sentido de justiça. Acrescenta que, como nem sempre é possível identificar o agente causador do dano, nem demonstrar o dolo ou culpa, melhor se asseguram os direitos da vítima por meio da aplicação da responsabilidade objetiva ao Estado:

⁷² MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Quanto ao preceito da igualdade de todos ante os ônus e encargos públicos, também denominado "solidariedade", ensina a citada autora: "Se, em tese, todos se beneficiam das atividades da Administração, todos [representados pelo Estado] devem compartilhar do ressarcimento dos danos que essas atividades causam a alguém."

Celso Ribeiros Bastos⁷³ aborda a responsabilidade do Estado ensinando que tal entendimento já se encontra sedimentado atualmente e que não há, portanto, de se questionar sobre o elemento subjetivo da culpa entre o dano e o comportamento que o provocou.

Partem esses autores de uma premissa de razoabilidade da pretensão dos cidadãos frente ao Estado, que, como já dito, somos todos nós.

Hely Lopes Meirelles⁷⁴ da mesma forma defende a tese da responsabilidade objetiva, dispondo que esta se fundamenta no risco proveniente de sua ação ou omissão, que visam à consecução de seus fins.

Para Weida Zancaner Brunini⁷⁵ a teoria objetiva é aplicada na responsabilidade do Estado. Porém, a teoria subjetiva ainda permanece na relação Estado-funcionário, quanto ao direito de regresso do Estado contra seu agente, pois condicionada está à culpabilidade deste.

⁷³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁷⁴ MEIRELLES, 2003.

⁷⁵ BRUNINI, Weida Zancaner. *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

Yussef Said Cahali⁷⁶ se posiciona no sentido de que o artigo constitucional acolhe a responsabilidade objetiva de forma ampla, com o que estaria abrangida tanto a conduta omissiva quanto a comissiva.

Pode-se dizer que o comportamento omissivo do Estado deve ser considerado como fonte geradora do dano, e não simples condição deste, como entende a corrente doutrinária filiada à idéia subjetivista de responsabilidade do Estado. Logo, o § 6.º do art. 37 da Constituição Federal contempla, além da responsabilidade por atos comissivos, aquela decorrente da conduta omissiva.

Como se verificou, os autores pátrios, no que se refere à natureza da responsabilidade do Estado por conduta comissiva, estão uníssonos. Todavia, relativamente à conduta omissiva, há duas correntes, os que defendem a natureza objetiva dessa responsabilidade e os que a entendem subjetiva. No primeiro grupo estão autores como Yussef Said Cahali, Odete Medauar, Álvaro Lazzarini, Carvalho Filho, Celso Ribeiro Bastos, e Juarez Freitas (para este seria uma responsabilidade objetiva mitigada pelo princípio constitucional da proporcionalidade, como em seguida se verá), entre outros; no segundo, Celso Antonio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Lucia Valle Figueiredo e outros.

O próprio Celso Antonio, quando analisa os danos decorrentes de atividades perigosas do Estado, afirma que mesmo as condutas não diretamente ligadas ao dano entram decisivamente em sua linha de causação. Refere também

⁷⁶ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil dos Estados*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

que há determinados casos em que a ação danosa propriamente dita não é efetuada por agente do Estado; contudo, é o Estado quem produz a situação da qual o dano depende.

Yussef Said Cahali⁷⁷ leciona que: “Não parece haver dúvida de que a responsabilidade civil do Estado pode estar vinculada a uma conduta ativa ou omissiva da Administração, como causa do dano reclamado pelo ofendido.” Após a análise do pensamento de Celso Antonio e Álvaro Lazzarini, Yussef esclarece que “substancialmente, tais manifestações não se revelam conflitantes, sendo mais aparente o confronto que se pretende, em especial quando se considera que a própria filosofia jurídica está longe de definir a discriminação conceitual entre ‘causa’ e ‘condição’”.

Álvaro Lazzarini⁷⁸ contesta a assertiva de que a conduta comissiva possa ser causa do dano, e a omissiva, não. Cahali, sintetizando o pensamento de Lazzarini, esclarece que a causa, nas obrigações jurídicas, é todo fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um efeito jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação de dar, de fazer ou não fazer; daí concluir que a omissão pode ser causa e não condição, ou, em outros termos, o comportamento omissivo do agente público, desde que deflagrador primário do dano praticado por terceiro, é causa e não simples condição do evento danoso.

⁷⁷ CAHALI, 1995.

⁷⁸ LAZZARINI, Álvaro. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Omissivos dos seus Agentes. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 117 [2000].

Questão interessante ocorre quando se analisa que, nos dizeres de Celso Antonio, a eliminação tanto das condutas comissivas quanto das omissivas enseja o rompimento do nexu causal. Não se justifica sua dicotomia. A própria Lei Magna não faz essa divisão.

A Constituição Federal, no artigo citado, não diferenciou as duas condutas, quando poderia tê-lo feito. Logo, pensa-se que o vocábulo “causarem”, do aludido dispositivo (art. 37 da CF), deve ser lido como “causarem por ação ou omissão”.

Se assim não for compreendido, seria como se aceitássemos que o legislador teria recuado no tempo, limitando a responsabilidade objetiva apenas para os casos de conduta comissiva, retroagindo, no que se refere à omissiva, aos tempos da culpa ou da *faute de service*.

Lembra-se que a responsabilidade objetiva está constitucionalmente referida desde a Constituição Federal de 1946, art. 194. Não é razoável que o legislador constitucional, ao invés de progredir, tenha recuado, distinguindo a comissão da omissão.

Frise-se, no que se refere ao agente estatal causador do dano, o constituinte avançou substituindo a expressão “funcionário” por “agente”, muito mais abrangente. Ampliou a responsabilidade também para os particulares prestadores de serviço público. Era o início da desestatização, que, mal se imaginava, chegaria nos dias de hoje nas famosas parcerias público-privadas.

Assim, difícil aceitar que, quanto à conduta do agente, teria recuado quase um século, para, apesar da responsabilidade objetiva fixada para a conduta comissiva, estatuir a responsabilidade apenas subjetiva, em caso de conduta omissiva.

Ora, toda a evolução da responsabilidade do Estado foi exatamente destinada a evitar que o lesado tivesse de provar a culpa do agente, nem sempre – e quase nunca – uma tarefa fácil. O legislador constitucional previu a responsabilidade objetiva com o mesmo desiderato para questões relacionadas com o meio ambiente e com os direitos do consumidor. Portanto, não se pode aceitar diferença para a responsabilização do Estado por omissão, cuja prova da culpa é, em regra geral, muito mais difícil.

O ensinamento de Celso Antonio baseia-se em que, para ele, a conduta omissiva da Administração é sempre ilícita. Parte da idéia de que a responsabilidade do Estado nasce do fato de que este, tendo o dever de agir, não agiu. Logo, descumpriu um dever legal; agiu ilicitamente. Ora, pensa-se que mesmo firmado tal entendimento – e parece ser esse o predominante –, não estaria afastada a responsabilidade objetiva da Administração omissa. A responsabilidade continuaria sendo objetiva, por força de disposição constitucional expressa, cabendo ao lesado demonstrar a conduta omissiva do agente estatal, o dano e o nexo de causalidade entre eles, e, àquela, demonstrar que não tinha o dever legal de agir ou que, o tendo, não deixou de agir, ou, ainda, que está presente qualquer das excludentes de responsabilidade, o que afastaria a obrigação de indenizar.

Ao Estado basta demonstrar que não tinha o dever de agir e que, portanto, sua conduta não foi, do ponto de vista jurídico, causa do evento danoso e estará eximido da responsabilidade. O que não se pode aceitar é a exigência do elemento culpa para responsabilização do Estado, porque essa não é a vontade da Constituição Federal. Nossa Lei Maior consolidou a responsabilidade objetiva para o meio ambiente, para as relações de consumo e para os serviços do Estado.

Yussef Cahali⁷⁹ esclarece que:

[...] notoriamente elástico o conceito de exigibilidade do ato estatal, no caso, a carga de subjetivismo que caracteriza a sua identificação é que terá induzido alguns autores ao exame das hipóteses da perspectiva da responsabilidade subjetiva do Estado, com perquirição necessária do elemento 'culpa ou dolo'.

Mais adiante refere:

[...] portanto, o dever jurídico descumprido, de execução da obra ou prestação do serviço devido, colocado como causa primária da responsabilidade estatal, é circunstancial e contingente.

Celso Antonio entende que a conduta *comissiva* decorrente de ato *ilícito* gera responsabilidade objetiva. Adverte que às vezes a conduta estatal causadora do dano é ilegítima; nesse caso, não há lugar para variar as condições de aplicação da responsabilidade do Estado. Assevera que, se a conduta legítima produtora de dano enseja responsabilidade objetiva, *a fortiori* deve ensejá-la a conduta ilegítima causadora de lesão injurídica, o que torna irrelevante analisar se o Estado agiu ou não culposamente.

⁷⁹ CAHALI, 1995.

A dificuldade está na compreensão do motivo pelo qual, na conduta comissiva ilícita, não se discute dolo ou culpa – responsabilidade objetiva – e, na conduta ilícita omissiva, aqueles elementos subjetivos são discutidos. Tem-se então responsabilidade subjetiva, como leciona Celso Antonio, talvez porque na conduta comissiva essa seria a causa do dano; na conduta omissiva, o seria a condição do dano.

O fato é que, superada essa distinção entre causa e condição, o dano resultante de conduta estatal, comissiva ou omissiva, deve ser reparado pelo Estado, sem que se possa debater sobre a existência ou não de culpa. Portanto, pensa-se, responsabilidade objetiva.

A omissão do agente estatal pode, inegavelmente, ser causa do dano. Rui Stoco⁸⁰ ensina que: “Não é apenas a ação que produz dano. Omitindo-se o agente público também pode causar prejuízo ao administrado e à própria Administração.”

Essa responsabilidade por omissão, para Celso Antonio, sempre decorre de um comportamento ilícito e é, portanto, subjetiva.

Para Lazzarini⁸¹, o Estado responde, objetivamente, sempre que demonstrado o nexo de causalidade entre o dano e a atividade funcional do agente estatal, só podendo haver discussão sobre culpa ou dolo na ação regressiva do Estado contra o agente causador do dano, acrescentando que não é somente a

⁸⁰ STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

⁸¹ LAZZARINI, [2000].

ação, mas também a omissão, que pode causar dano suscetível de reparação por parte do Estado. No caso vale referir que a ação regressiva no Brasil infelizmente é mera utopia, pois não é efetivada na maioria dos casos de danos causados pelo Estado.

O fato é que, quando se fala em responsabilidade do Estado, seja por conduta comissiva, seja por omissiva, existem vários elementos que devem ocupar o cenário: o dano, a conduta estatal e o nexo de causalidade. Outros, ainda, podem ter lugar na discussão: a presença de circunstâncias excludentes, o ato de terceiro, o fato de o dano não ser especial e anormal, a inexistência do dever de agir, entre outros.

Assim, não se pode falar que na responsabilidade decorrente de conduta comissiva analisa-se a questão pelo lado do lesado, quando, em se tratando de conduta omissiva, essa análise estaria centrada no lado da Administração. Em ambos os casos, vários fatores convergem para o resultado, sem preponderância de qualquer deles. Em ambos, é de fundamental importância, por exemplo, a imputação do dano à conduta estatal comissiva ou omissiva, bem como o fato de que o sujeito lesado não está obrigado a suportá-lo.

Cumprido questionar também acerca da situação do Estado, ente federativo, e dos Municípios. O primeiro, responsável pela segurança pública como disposto na Constituição Federal; o segundo, titular da concessão dos serviços de transporte coletivo urbano. Para Celso Antonio, se, nos danos decorrentes de conduta estatal omissiva, o Estado é chamado a responder objetivamente, está

sendo erigido à condição de segurador universal. Por essa razão, ou seja, para evitar essa condição, exime-se o Estado da responsabilidade pela falta de segurança dada aos cidadãos, desamparam-se os cidadãos para amparar-se o Estado.

Afinal, em última razão, o Estado somos nós.

Ora, quando o Estado é chamado a ressarcir prejuízos decorrentes de condutas omissivas e/ou comissivas, pode ele defender-se demonstrando a presença de quaisquer das circunstâncias excludentes de responsabilidade. Pode também demonstrar que o dano não é especial nem anormal, ou que não tinha o dever de agir. Esse largo espectro de defesas leva à conclusão de que, mesmo que se aplique, em todos os casos, a teoria do risco administrativo e, portanto, a responsabilidade objetiva, o Estado não estará sendo erigido à condição de segurador universal. Ademais, se o Estado se omite em seu dever de agir conforme os padrões médios de exigência da população, causando lesões ao patrimônio das pessoas, melhor seria mesmo que fosse erigido a tal condição. Não é esse, contudo, o caso.

O Supremo Tribunal Federal já teve o ensejo de aclarar a situação, em percuciente voto do Ministro Celso de Mello⁸².

⁸² RE n. 109615-RJ, 1ª Turma, Rel. Ministro Celso de Mello – DJU 02.08.1996: “A teoria do risco administrativo consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica que informa o Princípio Constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem: a) a alteridade do dano; b) a causalidade material entre o “eventus damni” e o

Odete Medauar⁸³ trilha um caminho interessante ao referir que a responsabilidade do Estado apresenta-se hoje, na maioria dos ordenamentos, como **responsabilidade objetiva**. Nessa linha, não mais se invocam o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falha da Administração. Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexo de causalidade, o Estado deve ressarcir.

A evolução da responsabilidade do Estado, no sentido de sua objetivação, fica ainda mais evidente quando se constata a redação, como se segue, do art. 43 do novo Código Civil, que entrou em vigor no dia 11 de Janeiro de 2003:

Art. 43 – As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Resta evidente que o legislador contemplou, mais uma vez, a responsabilidade objetiva do Estado – embora já não fosse necessário fazê-lo –, permitindo a perquirição sobre a presença do elemento subjetivo culpa ou dolo tão somente na ação regressiva do Estado em face do agente causador do dano.

comportamento positivo – ação – ou negativo – omissão – do agente público; c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 e RTJ 71/99, RTJ 91/377, RTJ 99/115, RTJ 131/417). O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e até mesmo a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como caso o fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima.”

⁸³ MEDAUAR, 2000.

Assim, é correto afirmar que o legislador brasileiro, bem como a doutrina e a jurisprudência, sempre tiveram clara a evolução da responsabilidade do Estado, no sentido de sua objetivação, afastando-se da culpa e aproximando-se do risco, até assumi-lo, sendo razoável que se falasse em algum tipo de responsabilidade subjetiva apenas no período que vai do início de vigência do antigo Código Civil de 1916 até a Constituição Federal de 1946. Promulgada esta, a responsabilidade do Estado passou a ser objetiva, ficando revogado o Código Civil.

17.3 O Efetivo Dever de Responsabilidade da Administração – o Princípio da Proporcionalidade e a Constituição

O princípio da legalidade rege os atos administrativos praticados pelo Estado. Exige que a administração pública somente faça ou deixe de fazer algo desde que prescrito por lei. Ocorre, porém, que em sua grande maioria os atos administrativos são atos vinculados. Mesmo nos atos discricionários também pesa tal princípio, visto que a margem de liberdade de decisão que a norma autoriza ao agente possui sempre um limite, posto pela própria norma.

Na responsabilidade do Estado por conduta omissiva, o agente tem o dever de agir estabelecido em lei, mas, desobedecendo à lei, não age. Por não ter agido, causou um dano ao particular. Portanto, trata-se de uma conduta ilícita, isto é, contrária à lei.

Ora, o interesse social tem por objetivo a manutenção da ordem pública no sentido de viabilizar a harmonia social, sendo importante reprimir e ressaltar a gravidade de uma conduta ilícita e omissiva. O ato ilícito corresponde ao que a sociedade repudia como comportamento, isto é, o que não é aceito no grupo social. Por isso, é o mesmo que estar violando os valores dessa sociedade. O risco social que apresenta a conduta omissiva é de gravidade muito mais elevada.

A doutrina entende ser objetiva a responsabilidade decorrente do dano provocado por ato lícito do Estado. Se ato lícito é o que está em conformidade com o direito, ou seja, aquilo que é entendido como adequado, correto, bem visto pela sociedade, para ele a responsabilidade é objetiva. Para o ato ilícito omissivo tem de haver, também, essa maior proteção ao administrado, sendo que esse ato é indiscutivelmente mais grave.

Assim, é imperiosa a proteção do administrado contra condutas mais graves, ampliando seu campo de amparo pela adoção da responsabilidade objetiva. Mas frise-se que não se sugere em hipótese alguma a adoção da Teoria do Risco Integral, que fatalmente levaria à bancarrota o Estado brasileiro.

Como se vê, parece que a omissão do Estado deve também ensejar a responsabilidade objetiva, sem, contudo, pretender-se eleger o Estado a segurador universal, apenas objetivando assegurar aos cidadãos a preservação de sua dignidade, prevista de forma incisiva no art. 1º, inc. II da Constituição Federal. Aliás, em brilhante artigo, o Prof. Juarez Freitas⁸⁴ sintetiza de forma consistente a

⁸⁴ FREITAS, Juarez. O Estado, a Responsabilidade Extracontratual e o Princípio da Proporcionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado / AJURIS-ESM, 2005. p.190.

necessidade da responsabilidade objetiva do Estado por omissão para preservação da própria dignidade da pessoa humana. Dada a pertinência do artigo, transcreve-se a seguir a lição do renomado mestre:

Em outras palavras, a omissão também pode ser causa de dano anômalo e injusto, sem enquadrá-la, com a devida vênia de eminentes pares, como simples condição para o evento danoso, nem vê-la como mera situação propiciatória. A omissão, em termos mediatos, sempre traz, por assim dizer, o frustrado “princípio ativo” do dever estatal não-cumprido. Assim, se cuidar de omissão determinada ou determinável, produtora de nexos causal direto – em razão do descumprimento de dever positivo –, o ônus da prova das excludentes incumbe às pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público, inexistindo diferença apreciável no cotejo com os atos comissivos, ainda que evidentes as peculiaridades.

Conforme Juarez⁸⁵, deve-se admitir a inversão do ônus da prova em benefício da suposta vítima, tanto por ações como por omissões. Ao Estado incumbe a prova da exclusão do nexo de causalidade, independentemente da indagação de culpa ou dolo, individual ou “anonimamente”, sem que se converta em “segurador universal”, porque não se acolhe nem de longe a teoria do risco integral.

Segundo o autor, admite-se o afastamento do nexo causal direto e imediato, a título de preservação da proporcionalidade, nos casos de impossibilidade do cumprimento de dever. Tal como sucede com as condutas comissivas, a responsabilidade extracontratual do Estado por omissões haverá de ser proporcional e objetiva, com a inversão do ônus da prova, que não se confunde com a mera presunção de culpa do Poder Público. Logo, não há necessidade de

⁸⁵ FREITAS, 2005.

subjetivação da culpa, e o relevante é constatar a proporcionalidade do nexo causal direto.

Ora, o art. 37, § 6º, da CF, nenhuma dicotomia apresenta ao regime da responsabilidade do Estado no tocante às condutas omissivas ou comissivas dos agentes públicos *lato sensu*, mormente ao se acolher a noção de causalidade que não reduz a omissão à mera *competiu* para o dano, pois esta pode estar atrelada ao elemento causal, como refere Juarez.

Note-se que não é defendida a culpa presumida generalizada, como sustenta agora Celso Antonio, mas a inversão do ônus da prova do nexo de causalidade, toda vez que se discutir o dano injusto causado por uma conduta omissiva ou comissiva, sem prejuízo das excludentes trazidas pelo Estado, dada a inversão defendida. Cabendo ao Poder Público, haja vista a vulnerabilidade da vítima, constitucionalmente consagrada, o dever de mostrar a falta de seqüência da cadeia causal, o que afasta a responsabilização integral. Ou seja, a mitigação da responsabilidade objetiva estaria então também na análise do próprio nexo causal.

Por outro lado, o renomado jurista⁸⁶ lembra que

[...] a Constituição Federal, no art. 5º, parágrafo primeiro, exige a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais (inclusive os sociais, relacionados a serviços públicos), motivo pelo qual deve-se escolher a interpretação apropriada ao combate à maciça e inofismável omissão do Estado brasileiro no atendimento às necessidades existenciais mínimas dos cidadãos. Nessa linha, indubitoso que a técnica da responsabilização objetiva desponta como a mais aconselhável, perante a constatação de que temos um

⁸⁶ FREITAS, 2005, p.191.

Estado que oscila entre dois pólos: excessivo e omissivo, com freqüência inaudita. Desproporcional em ambas as situações.

Considerando que o princípio da proporcionalidade veda excessos e omissões, é razoável afirmar que uma vez consubstanciada a violação, mesmo que por condutas omissivas, impõe-se imediatamente a reparação da lesão.

Para o Prof. Juarez⁸⁷, melhor é

[...] aplicar a responsabilidade objetivamente mitigada pelo princípio da proporcionalidade para toda e qualquer omissão efetivamente causadora de dano injusto, evitados, é claro, os excessos que transformariam o Estado em segurador de riscos exclusivamente privados.

Segundo ele, a técnica da responsabilização proporcional é a que mais se coaduna com o imperativo do enfrentamento parcimonioso e prudente, em tempo hábil e plausível, dos danos causados pela ausência tempestiva de medidas de prevenção ou de precaução, na iminência da formação do liame causal direto.

Com razão, quando defende que o princípio da precaução progrida para se transformar em diretriz cogente e aplicável às relações administrativas em geral. É esse o motivo para sustentar que a responsabilidade do Estado no tocante às condutas omissivas deve ser objetiva e proporcional, vinculada aos princípios da prevenção e da precaução, e limitada pelo princípio da proporcionalidade. Nos termos do princípio da prevenção, quando o mal é conhecido, devem-se tomar as medidas aptas a evitá-lo, sob pena de omissão

⁸⁷ FREITAS, 2005, p.192.

objetivamente causadora (não mera condição) de dano injusto, à vista da inoperância estatal (insuficiência do agir exigível), porém admitidas as excludentes.

Já nos termos do princípio da precaução, quando se trata de mal altamente provável, conquanto não definido, a efetivação do dano deve acontecer, e só então há o nexos direto gerador da obrigação de reparar. O Estado tem o dever, desde logo, de tomar as medidas cabíveis, sob pena de responder objetivamente pelos danos injustos, uma vez concretizados e, novamente, admitidas as excludentes. Outra vez, resulta cristalino que, se o prejuízo ocorre, a omissão integra a série causal do dano injusto.

Como visto, inegável a responsabilidade objetiva por ação ou omissão do agente estatal. Não se sustenta aqui, todavia, que a sociedade deva arcar com os danos oriundos de riscos exclusivamente atribuíveis às vítimas ou inerentes a seus negócios, até porque o Estado não deve ser segurador universal, entretanto, também não pode ser omissor ou descumpridor dos deveres constitucionais mínimos que assegurem aos cidadãos sua dignidade.

Nesse ponto lembra-se que também o professor Jaime Arana⁸⁸ defende a utilização dos princípios da proporcionalidade e racionalidade, quando refere a necessidade de serem diretamente responsabilizados os agentes públicos pelos danos por eles causados, preservando-se o Estado, que ao final somos todos nós cidadãos.

⁸⁸ RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. Novas Orientações Doutrinárias sobre a Responsabilidade Patrimonial da Administração Pública. *Revista Interesse Público*, Sapucaia do Sul, v. 6, n. 29, p.145-158, jan./fev.2005.

Portanto, a par desta questão que, embora interessante, não é o cerne deste trabalho, ratifica-se o entendimento pela responsabilidade objetiva do Estado por omissão, a quem cabe a alegação da inocorrência de ato antijurídico, impondo-se ao ente estatal o ônus da prova. Da mesma forma, a ele cabe a prova da incidência das excludentes de responsabilidade. Aliás, nesse sentido se manifestou o Supremo Tribunal Federal no julgamento de um *leading case* – conhecido como o caso do globo ocular –, em que uma criança, quando estava sob a guarda do Estado, na escola, sofreu uma lesão em seu olho direito. O Ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário 109615-2⁸⁹ reiterou seu posicionamento

⁸⁹ Recurso Extraordinário 109615-2, rel. Min. CELSO DE MELLO – DJ. 02.08.96): *INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO – PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO – FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL – CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO – INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA – RE NÃO CONHECIDO.*

-RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL
A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público.

-Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o eventus damni e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente de responsabilidade estatal (RTJ 55/503 – RTJ 71/99 – RTJ 91/377 – RTJ99/1155 – RTJ 131/417).

-O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 – RTJ 55/50).

- RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A ALUNOS NO RECINTO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL DE ENSINO.

-O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno.

- A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa

pela responsabilidade objetiva do Estado, esclarecendo que o Estado tem o dever de indenizar a vítima, independentemente da existência de culpa.

Como se vê, restou afastada a responsabilidade subjetiva, sendo despicienda a discussão sobre a “falta de serviço”, decorrendo a responsabilidade do Estado da mera identificação dos elementos que compõem essa responsabilidade: a) alteridade do dano; b) causalidade material entre o dano e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público; c) oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional; e d) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Restou claro, então, que a responsabilidade do Estado por omissão, segundo o Supremo Tribunal Federal, é objetiva.

Serão analisadas as situações especialíssimas que rompem com os efeitos do nexo causal e afastam a responsabilidade civil como a famosa parêmia caso fortuito e força maior, e a culpa exclusiva de terceiro.

obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo da causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos.

18 AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE E SUA VINCULAÇÃO AO NEXO DE IMPUTAÇÃO E CAUSALIDADE – CASO FORTUITO– FORÇA MAIOR – FATO DE TERCEIRO – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA

Para alguns juristas como José de Aguiar Dias⁹⁰, as expressões força maior e caso fortuito são sinônimas, e sua distinção se mostra ineficaz. Aliás, nem a doutrina nem a jurisprudências são uníssonas em sua conceituação, havendo várias definições com grande semelhança, mas sempre com alguma divergência.

O caso fortuito, chamado também no direito anglo-saxão como *act of God* – ato de deus –, decorre para a doutrina de eventos da natureza, como o terremoto, a inundação, o furacão, as enchentes; enfim, eventos inumanos que decorrem de acontecimentos naturais.

Nos dizeres de Fernando Noronha⁹¹:

Ao fato inevitável e estranho ao indigitado responsável, que ocasionou sozinho o dano, podemos chamar de caso fortuito ou de força maior, dando a esta expressão uma significação ampla (note-se, sem distinguir entre caso fortuito e caso de força maior – 8.4.3). Nesta acepção, o caso fortuito ou de força maior poderá ser melhor caracterizado como sendo todo o acontecimento inevitável e independente de qualquer atividade da pessoa de cuja possível responsabilidade civil se cogita, que constitui causa adequada do

⁹⁰ DIAS, 1995.

⁹¹ NORONHA, 2003, p. 620.

dano verificado. Considerando nesta acepção, caso fortuito ou de força maior é expressão sinônima de fato excludente da causalidade. Neste sentido ele abrange três categorias diversas de excludentes: o fato de terceiro, o fato do lesado e o caso fortuito ou de força maior.

O sempre lembrado Pontes de Miranda⁹² referia que força maior diz-se mais propriamente de acontecimento insólito, de impossível ou de difícil previsão, tal como uma extraordinária seca, uma inundação, um incêndio, um tufão; caso fortuito é um sucesso previsto, mas fatal como a morte, a doença, entre outros.

Na mesma obra acrescentava que: “A distinção entre força maior e caso fortuito só teria de ser feita, só seria importante, se as regras jurídicas a respeito daquela e desse fossem diferentes.”

Para outros autores, caso fortuito se ligaria aos critérios de imprevisibilidade e irresistibilidade. Portanto, o caso fortuito seria aquela situação imprevisível e irresistível, quer seja fato da natureza, quer seja fato humano.

Já a força maior seria uma decorrência de atos humanos inevitáveis como guerras, revoluções, greves, determinações de autoridades. Quem não recorda o Plano Collor, em que houve o confisco dos recursos monetários de toda a Nação? Nesse caso, em se tratando de decisões de uma autoridade, essa espécie de força maior é chamada também de “fato do príncipe”. Para outros juristas a força maior seria caracterizada por algo também natural ou humano, previsível, mas irresistível. De qualquer sorte, qualquer das definições que se adote terá a mesma consequência prática: ocorre o rompimento do nexos causal e o afastamento

⁹² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

da responsabilidade.

Portanto, a parêmia caso fortuito e força maior servem para romper o nexos causal, afastando a incidência da responsabilidade civil, subjetiva ou objetiva.

A culpa exclusiva de terceiro ou fato de terceiro estaria inserida nos casos de caso fortuito, para alguns autores como Silvio Rodrigues⁹³, que referia:

Aguiar Dias (ob. e loc. cit.), seguindo uma opinião muito difundida, depois de acentuar que o fato de terceiro figura ao lado do caso fortuito e de força maior na abrangência da expressão causa estranha, usada pelo art. 1382 do Código Napoleônico, ensina que ele “só exonera quando realmente constitui causa estranha ao devedor, isto é, quando elimina, totalmente, a relação de causalidade entre o dano e o desempenho do contrato”.

Essa é, como disse, opinião muito difundida, e sua adoção envolve a idéia de que o fato de terceiro, como circunstância exoneradora total da responsabilidade, está em situação tão próxima ao caso fortuito ou de força maior, que com ele se confunde.

Fernando Noronha, na obra antes citada, conceitua o fato de terceiro como o fato antijurídico praticado por alguém que não é nem o lesado nem a pessoa de cuja possível responsabilização se está cogitando. Em verdade, maciça doutrina entende que o fato de terceiro estaria inserido nos casos de força maior e caso fortuito.

Além disso, tem-se ainda a culpa exclusiva da vítima, na qual a ação desta afeta o nexos causal que associa o agente ao dano, sendo causa de rompimento dos efeitos do nexos e pois excludente de responsabilidade civil. A vítima é a causadora do dano e, portanto, não pode beneficiar-se da própria torpeza.

Será então mais detalhadamente analisada, pela relevância das discussões jurisprudenciais, a famosa parêmia caso fortuito e força maior:

O art. 393 do Código Civil refere: “O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir.”

Surge então a questão relativa à responsabilidade civil do transportador diante da cláusula de incolumidade e a incidência da parêmia caso fortuito e/ou força maior, no afastamento da responsabilidade civil.

Para complicar mais ainda a questão, cita-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.”

Ora, pode haver situações em que atos de terceiro estariam inseridos no conceito amplo de caso fortuito, como defendido por juristas de peso como Sérgio Cavalieri Filho, e que em princípio deveriam romper o nexo causal e elidir a responsabilidade do transportador. Mas aí cita-se a Súmula 187 do STF, antes referida, que expressamente preserva a responsabilidade do transportador, mesmo em casos fatos de terceiros.

⁹³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v.4, p.185-186.

18.1 O Caso Fortuito Interno e o Caso Fortuito Externo

Para uma melhor compreensão, analisa-se a distinção entre o que a doutrina e a jurisprudência chamam de fortuito interno e fortuito externo. Segundo a doutrina majoritária, tem-se o fortuito interno quando o evento causador do dano se enquadra em acontecimentos típicos e comuns do negócio desenvolvido pelo empresário.

Assim, no caso do transporte de passageiros em veículos coletivos urbanos, se um outro veículo corta a frente do ônibus em que são transportados os passageiros, este freando subitamente e causando lesões em um passageiro, aplica-se a cláusula de incolumidade, na qual o transportado tem direito de chegar incólume a seu destino, sendo que o acidente é um acontecimento previsível, típico do negócio desenvolvido. Ele é inerente ao negócio, incidindo pois a teoria do risco do negócio; quem explora uma atividade comercial está sujeito ao risco dessa atividade.

Nesse caso ocorreu um fortuito interno – da atividade desenvolvida –, e portanto, segundo a Súmula 187 do STF, não está afastada a responsabilidade civil da transportadora.

Agora, analisa-se o fortuito externo, que está vinculado ao dolo do terceiro e cuja incidência afasta a responsabilidade civil. Sérgio Cavaliere Filho⁹⁴ refere que:

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, 2003.

[...] a melhor doutrina caracteriza o fato doloso de terceiro, vale dizer o fato exclusivo de terceiro, como **fortuito externo**, com o que estamos plenamente de acordo. Ele exclui o próprio nexos causal, equiparável à força maior, e, por via de consequência, exonera de responsabilidade o transportador. O transporte, em casos tais, é a causa do evento; é apenas a sua ocasião. E mais: após a vigência do código do consumidor, esse entendimento passou a ter base legal, porquanto, entre as causas exonerativas da responsabilidade do prestador de serviços, o 3º, II do art. 14 daquele Código inclui o fato exclusivo de terceiro.

Assim, em princípio o transportador não responde por acidente com passageiros alvejados por projéteis de arma de fogo disparados por terceiros, posto ocorrer ato doloso desse terceiro, estranho ao negócio, que caracteriza o fortuito externo e afasta a responsabilidade civil.

Essa posição não é pacífica e enseja as mais calorosas discussões jurídicas. Se, de um lado, se apresenta o fortuito externo como aquele acontecimento estranho ao negócio e imprevisível, difícil aceitar-se que os assaltos a ônibus de transporte coletivo urbano não sejam acontecimentos previsíveis e típicos do negócio desenvolvido pelo transportador. Entretanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem hoje posição majoritária no sentido de acolher a incidência do fortuito externo, nesses casos, e afastar a responsabilidade civil do transportador.

Para a posição jurisprudencial minoritária, a Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal se refere à culpa *latu sensu*, que envolve também os caso de dolo; logo, os assaltos à mão armada em veículos de transporte coletivo urbano não seriam caracterizados por eventos estranhos e imprevisíveis à atividade empresarial. Ao contrário, seriam eventos típicos e previsíveis, característicos dos grandes centros urbanos e passíveis de gerar a responsabilidade civil do transportador, que, ao assumir o negócio, assume também seus riscos, inclusive

aqueles perfeitamente previsíveis, como é o caso do assalto à mão armada em veículos de transporte coletivo nos grandes centros urbanos.

O fato é que atualmente a jurisprudência classifica esse tipo de evento como fortuito externo, o que culmina por afastar a responsabilidade civil do transportador em relação ao transportado. Segundo sustenta a jurisprudência dominante, não pode ser exigido que o transportador transforme seus ônibus em veículos blindados com seguranças fortemente armados, pois essa conduta fugiria aos padrões de segurança nos veículos de transporte coletivo urbano.

Entretanto, mesmo para essa corrente majoritária, não há a incidência do fortuito externo quando ocorre quebra ou falha de segurança dentro da própria empresa transportadora, o que evidencia culpa em qualquer de suas formas, negligência, imprudência ou vigilância.

Logo, havendo culpa do transportador que enseja a quebra do dever médio de segurança, incide a responsabilidade civil subjetiva, que afasta a excludente do fortuito externo, mantendo-se íntegro o nexos causal a ligar o dano à conduta do agente, mesmo em casos em que se apresenta evidente o ato de terceiro.

Todavia, pensa-se que em verdade essa distinção entre fortuito externo e interno deve cingir-se à caracterização de fortuito ou não. O que interessa é se existe num determinado fato jurídico o caso fortuito, ou não. Se for externo ou interno, é fortuito igual. O mais importante é a análise da imprevisibilidade da

conduta causadora do dano ou não. Se há inevitabilidade ou não. Este sim é o debate que leva a uma conclusão precisa sobre a responsabilidade civil nos casos de transporte de passageiros em veículos coletivos urbanos.

Nesse ponto é interessante e relevante a posição de Cahali⁹⁵, ao referir que somente nos casos de dano provocado por força maior se legitima a exclusão do dever de indenizar, ao menos quanto à responsabilidade objetiva do Estado. Cahali vai além e esclarece, ao citar Themistocles Cavalcanti:

Aqui se impõe – como adverte Themistocles Cavalcanti – a distinção entre caso fortuito e força maior, porque, se a força maior decorre de um fato externo, estranho ao serviço, o caso fortuito provém do seu mau funcionamento, de uma causa interna, inerente ao próprio serviço, admite-se, por conseguinte a exclusão da responsabilidade no caso de força maior, subsistindo, entretanto, no caso fortuito, por estar incluído este último no risco do serviço; na força maior nenhuma interferência tem a vontade humana, nem próxima, nem remotamente, enquanto que, no caso fortuito, a vontade apareceria na organização e no funcionamento do serviço.

O conceito clássico de caso fortuito⁹⁶ é “o acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes”. A força maior é “o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo que a boa vontade do devedor não pode vencer”. Contudo, essa definição de Clóvis não é aceita pelos Tribunais Superiores, ao considerarem o assalto com morte no interior de veículos de transporte coletivo urbano como um caso fortuito por ato exclusivo de terceiro.

⁹⁵ CAHALI, 1995, p. 55.

⁹⁶ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil*. 10.ed. São Paulo: Francisco Alves, [2000?]. v. 4.

Nesse ponto, em razão dessas definições, assume especial relevância a distinção entre imprevisibilidade e inevitabilidade.

Para Clóvis⁹⁷, não é a imprevisibilidade que deve caracterizar o caso fortuito, mas sim a inevitabilidade. Afirma ainda que a força maior também é inevitável, razão pela qual se assimilam juridicamente essas causas de irresponsabilidade. Portanto, o caso fortuito ou de força maior é o fato necessário, fatos cujos efeitos não podiam ser evitados.

Esse fato necessário se caracteriza, conforme leciona Orlando Gomes⁹⁸, pela impossibilidade. O devedor quer e não pode. Mas é válido referir que essa impossibilidade pressupõe ausência de culpa do devedor.

O caso fortuito ou força maior, leciona Arnaldo Medeiros da Fonseca⁹⁹, somente pode resultar de uma causa estranha à vontade do devedor, irresistível, o que já indica ausência de culpa. Se o evento decorre de um ato culposo do obrigado, não é inevitável; logo, não há fortuito.

Na mesma linha doutrinária se posiciona o autor lusitano Antunes Varela¹⁰⁰, ao referir que:

Como caso de força maior deve considerar-se o acontecimento imprevisível, cujo efeito danoso é inevitável com as precauções normalmente exigíveis do condutor. Se esse acontecimento for

⁹⁷ Id., *ibid.*

⁹⁸ GOMES, Orlando. *Curso de Direito Civil : obrigações*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, [2000]. p. 171.

⁹⁹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. Rio de Janeiro: Forense, [2000]. p. 147.

¹⁰⁰ VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 6.ed. Coimbra: Almedina, [2000]. v. 1, p. 649.

estranho ao funcionamento do veículo, o condutor, tal como o detentor não responde pelos danos que ele provocar através do veículo.

Como visto, o acontecimento tem de ser externo e inevitável para o transportador, a quem cabe provar tais pressupostos. Quando o acontecimento é interno, decorrente da falta de cautela e precaução do transportador no exercício de sua atividade, não incidem as excludentes de responsabilidade civil.

Nessas situações não se fala no elemento culpa, pois com a presença deste automaticamente afasta-se a incidência das excludentes.

Logo, fala-se de responsabilidade objetiva, na qual basta o dano e o nexa causal para caracterizar-se o dever de indenizar.

19 DO TEXTO AO CONTEXTO – ASPECTOS RELEVANTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA NO DIREITO BRASILEIRO

O contrato de transporte de passageiros em veículos de transporte coletivo urbano se apresenta carente de uma análise criteriosa dos acontecimentos que cercam essa relação contratual, em especial diante do crescimento da criminalidade nos grandes centros urbanos, que atinge de forma linear a sociedade como um todo e se faz mais presente nas camadas humildes da população, que necessitam locomover-se utilizando transporte coletivo e estão inegavelmente sujeitas aos riscos dos desvios lamentáveis da conduta humana.

Com efeito, talvez fosse o momento de pensar-se na securitização desse tipo de transporte, como já ocorrem nos transportes rodoviários intermunicipais. O seguro dos passageiros que circulam diariamente nos ônibus dentro das cidades se mostraria eficaz e permitiria um mínimo de segurança às famílias das eventuais vítimas. É claro que qualquer seguro ensejaria um custo maior à passagem, exigindo detalhados cálculos atuariais; mesmo assim, acredita-se que é possível uma forma de segurar esses cidadãos que se deslocam em ônibus diariamente.

Trata-se de uma questão que envolve, não apenas os transportadores, mas igualmente os transportados e a sociedade como um todo,

dada a magnitude que esse tipo de transporte alcançou na sociedade contemporânea, especialmente nos grandes centros urbanos.

Essa evolução do próprio instituto indica que não é a vítima que deve suportar o ônus de perquirir por quem e em qual grau lhe foi causado determinado dano, devendo ela preocupar-se apenas em ver-se integralmente ressarcida ou compensada. Essa idéia decorre exatamente da mudança de foco das preocupações sociais, deslocando-se a preocupação do indivíduo para a sociedade.

Dentro desse pensamento a seguridade social mostra-se um sistema de distribuição de recursos a ser aplaudido, porque alicerçado na padronização do risco conforme critérios econômicos.

O cerne da discussão, no que se refere ao afastamento da responsabilidade civil em razão das excludentes, é justamente a análise do que sejam, precisamente, essas excludentes. É claro que não se defende a Teoria do Risco Integral, mas apenas deve-se preservar dos danos a parte mais frágil, a fim de que possa suportá-lo quem efetivamente mais benefícios teve em razão da relação obrigacional.

Para atender aos anseios sociais foi concebida a Teoria do Risco. Nela há exigência de nexos de causalidade entre o dano e o comportamento do responsável. A teoria do risco refere que todo dano resultante de uma atividade perigosa é indenizável, devendo ser objeto de reparação por quem a ele se liga em virtude de um nexo de causalidade. Certa atividade, propiciadora de um risco

especial, enseja responsabilidade quanto aos efeitos dela decorrentes, garantindo à sociedade o direito à segurança.

O nexos de causalidade está centrado entre o dano e o risco da atividade, pois, quem recebe o conforto, suporta o desconforto. O personagem central dessas ações passa a ser a vítima e a tutela de seus interesses. Nessa ótica, a responsabilidade objetiva decorre da específica relação de causalidade entre a atividade [de risco] e o dano.

Logo, têm-se duas idéias básicas: o nexos causal na responsabilidade objetiva não representa um liame entre um comportamento de quem desenvolve a atividade e o dano, mas apenas entre o exercício da atividade em si e o dano; a responsabilidade objetiva, sob o império da teoria do risco, foi engendrada para dar especial proteção à vítima, não ao empreendimento, que lucra diante da arriscada atividade.

Foi a idéia de dar mais segurança às vítimas que orientou a elaboração da Teoria do Risco. Isso precisa ser lembrado. O foco de maior atenção da responsabilidade objetiva não é o devedor e nem sua atividade, mas sim a vítima, que foi lesada.

J. J. Calmon de Passos, exatamente por isso, afirmou que “os proveitos e vantagens do mundo tecnológico são postos num dos pratos da balança.

No outro, a necessidade de o vitimado em benefício de todos poder responsabilizar alguém, em que pese o coletivo da culpa [...]”¹⁰¹.

O sempre lembrado Sérgio Cavalieri Filho, quando alude à teoria da responsabilidade objetiva centrada no risco, diz que

[...] há um direito subjetivo à segurança cuja violação justifica a obrigação de reparar o dano sem nenhum exame psíquico ou mental da conduta do seu autor. Na responsabilidade objetiva, portanto, a obrigação de indenizar parte da idéia de violação do direito de segurança da vítima.¹⁰²

A idéia de afastar a responsabilização das transportadoras em casos de assaltos aos usuários hostiliza a própria gênese da responsabilidade objetiva centrada no risco. Isso porque abandona as vítimas dos assaltos e especialmente as famílias dessas vítimas no momento em que mais necessitam de proteção e segurança.

Se na responsabilidade objetiva a preocupação central é com a segurança da vítima, com rigor redobrado sê-lo-á nos contratos de transportes, onde existe a peculiar cláusula de incolumidade que significa a obrigação que tem o transportador de conduzir o passageiro são e salvo a seu destino¹⁰³. (TJRJ – AC 14569/2001 – 2001.001.14569 – 8ª C.Cív. – Relª Desª Letícia Sardas – J. 02.10.2001).

¹⁰¹ PASSOS, J.J. Calmon de. In: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 153.

¹⁰² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 169.

¹⁰³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 14.569/2001 – (2001.001.14569) – 8ª C.Cível. Relatora Desª Letícia Sardas – J., 2 out. 2001.

Quanto ao Estado a responsabilidade será elidida quando certos acontecimentos romperem o nexo causal entre a conduta do Estado e o dano causado ao particular, quais sejam a força maior, o caso fortuito, o estado de necessidade e a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, sempre vinculados ao princípio constitucional da proporcionalidade.

A força maior, como já visto, para grande parte da doutrina é um fato da natureza, um acontecimento irresistível, inevitável ou estranho ao comportamento humano, como um furacão, tsunami, temporal, entre outros. O Estado se torna incapacitado diante da imprevisibilidade das causas determinantes de tais fenômenos, o que justifica o afastamento da obrigação de indenizar, dado que o evento imprevisível rompe o nexo de causalidade.

Agora, se o Estado deixa de realizar ato ou obra considerada indispensável e sobrevem fenômeno natural que causa danos a particulares pela falta daquele ato ou obra, há conduta omissiva, e o Poder Público é o responsável pela reparação dos danos, pois está presente o nexo de causalidade entre o ato omissivo e o dano. Nessa situação, a causa do dano não é o fato de força maior, mas a omissão do Estado.

A situação do caso fortuito decorre do ato humano imprevisível, gerador de resultado danoso e alheio à vontade do transportador ou do próprio Estado. Por ser uma situação alheia à vontade do Estado, um acidente, algo que não pode ser evitado pelas condições normais de obrigação do Estado, ocorre o rompimento do nexo de causalidade; daí a exclusão do dever de indenizar em face

do caso fortuito. Aqui se refere a importante análise acerca do fortuito externo e do fortuito interno, que foi objeto deste trabalho e assume especial relevância justamente nas situações com morte decorrente de assaltos no interior de veículos de transporte coletivo urbano.

O estado de necessidade é também causa de exclusão de responsabilidade e evidencia a situação em que prevalece interesse geral sobre o pessoal, caracterizado pela prevalência da necessidade pública sobre o interesse particular. Ocorre quando há situações de perigo iminente, não provocadas pelo agente, como guerras, em que se faz necessário um sacrifício do interesse particular em favor do Poder Público, que poderá intervir em razão da existência de seu poder discricionário. No caso deste trabalho, sua análise se mostra irrelevante.

Da mesma forma, a culpa exclusiva da vítima e o ato de terceiro, este igualmente na forma do caso fortuito, são consideradas causas excludentes da responsabilidade civil, pois rompem o nexo de causalidade; afinal, o Poder Público não pode ser responsabilizado por um fato a que não deu causa.

Nos casos em que se verifica a existência de concausas, isto é, mais de uma causa ensejadora do resultado danoso, praticadas simultaneamente pelo transportador e/ou pelo Estado e pelo lesado, não há excludente de responsabilidade. Há, sim, atenuação do *quantum* indenizatório na medida da participação no evento.

Como demonstrado, a regra geral de responsabilidade civil extracontratual foi mantida. Era subjetiva pelo Código de 1916 e assim foi mantida pelo Novo Código Civil. A culpa permaneceu como fundamento geral da responsabilidade civil, como refere o art. 186 do NCC.

Todavia, nos últimos anos as hipóteses de responsabilidade objetiva têm aumentado significativamente no Direito Brasileiro, evidenciando o crescimento desse modelo de responsabilização, que independe de culpa. As legislações específicas vêm sinalizando nesse sentido, como no transporte ferroviário, nos acidentes de trabalho, nas relações de consumo, entre outros. A Constituição Federal em 1988 representou um marco para a confirmação da responsabilidade objetiva do Estado (art. 37 § 6º).

A jurisprudência também tem demonstrado um significativo incremento da responsabilização objetiva, em especial alguns tribunais estaduais, como o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, do Estado do Rio Grande do Sul, de Minas Gerais, entre outros, e inclusive o Superior Tribunal de Justiça, este não exatamente como se gostaria que fosse.

Tendo em vista que o objetivo a ser alcançado é a efetiva reparação da vítima, e não apenas a simples punição do culpado, o foco da responsabilidade civil, atualmente, está centrado no respeito aos princípios constitucionais, em especial na valorização da dignidade da pessoa humana.

A atual legislação estabeleceu novas situações de responsabilidade civil objetiva (cláusulas gerais) como nos casos de abuso de direito, art. 187, de risco criado (art. 927 § único) e pelo fato do produto (art. 931). O atual sistema legal não pode ser mais qualificado como um sistema fechado e rígido, como o era o Código de 1916, sendo que a abertura do catálogo visa justamente garantir a justa indenização a todas as vítimas. Em decorrência disso, o direito contemporâneo apresenta forte tendência de descodificação, valorizando-se cada vez mais o precedente; é a chamada “commonlawização” do direito brasileiro.

Restou positivada a necessidade de vinculação da indenização à extensão do dano, facultando-se ao juiz uma exceção, a de ponderar o grau de culpa do agente, Código Civil, art. 944, § único.

A quantificação do dano imaterial é assunto dos mais controvertidos, sendo várias as posições doutrinárias a respeito, como demonstrado neste trabalho. Com efeito, inexistente legislação pátria que discipline valores quantificadores do dano imaterial causado. Por outro lado, questiona-se: como poderá uma legislação quantificar o valor da dignidade da pessoa humana? Com certeza, a jurisprudência tem encontrado parâmetros para a justa quantificação dos danos causados utilizando critérios de razoabilidade, proporcionalidade, grau de ofensa, condições subjetivas, tanto da vítima quanto do ofensor, quer sejam de ordem social, cultural, econômica. Sempre levando em consideração valores éticos e morais do homem médio.

O Código Civil de 1916, no seu art. 177, em virtude da regra prevista no art. 179, previa que a pretensão condenatória decorrente de responsabilidade civil extracontratual prescrevia em vinte anos, a partir da data do fato.

Com o advento do Novo Código Civil Brasileiro, em janeiro de 2003, o prazo prescricional de 20 anos foi drasticamente reduzido, passando para três anos, conforme dispõe o artigo 206, § 3º, inc. V.

É importante salientar a regra de transição constante no art. 2.028 do Código Civil, que estabelece a forma de contagem dos prazos em andamento. Os fatos ocorridos há mais de dez anos da data da entrada em vigor do atual Código Civil permanecerão regulados pelo prazo decadencial de vinte anos. Já para os casos em que o fato ocorreu num prazo inferior ou igual a dez anos da data da entrada em vigor no novo Código Civil, aplica-se o novo prazo de três anos, desde a vigência do atual Código Civil.

A responsabilidade civil tem sido alvo de constantes evoluções, quer nas legislações específicas, quer nas leis gerais ou na própria Constituição Federal. Dita evolução tem permitido a responsabilização civil mesmo em situações nas quais a prova da culpa é muito difícil, servindo de resposta aos anseios da sociedade e permitindo que as vítimas desses danos, patrimoniais ou extrapatrimoniais, recebam a devida e justa indenização. Para tanto, o incremento da positivação da responsabilidade civil objetiva e a inserção de cláusulas gerais

desse modelo certamente contribuirão para a consolidação e o desenvolvimento jurisprudenciais.

A nova Lei Civil manteve a atipicidade da responsabilidade civil extracontratual, conforme dispôs a cláusula geral da responsabilidade subjetiva, ampliando o campo da responsabilidade objetiva com a inclusão de cláusulas gerais que norteiam a responsabilidade sem culpa. Foi acolhida a jurisprudência no sentido de que a indenização de danos materiais meça-se pela extensão do dano, sem indagação da subjetividade do ofensor; entretanto, relativizou-se esse critério, permitindo-se ao juiz que, diante do caso concreto, considere o grau de culpa, para fins de reduzir o valor da indenização.

Numa perspectiva de direito comparado procura-se traçar um perfil das inovações trazidas pelo Novo Código Civil em razão de outras legislações, especialmente no campo da responsabilidade civil e as evoluções, corolário das necessidades sociais traduzidas pelas leis especiais que precederam o novo código civil, todas direcionadas para a consolidação e aplicação da responsabilidade civil objetiva.

No Brasil o volume de ações relativas à responsabilidade civil ainda é pequeno, se considerados países como os Estados Unidos, Espanha ou França, que têm em suas sociedades uma cultura de responsabilidade civil bem mais desenvolvida. Mas as evoluções vislumbradas no direito brasileiro relativamente a esse instituto, por meio de legislações ou pela doutrina ou pela

jurisprudência, demonstram que estamos em plena evolução, assegurando sempre que possível a indenização às vítimas dos danos.

Com relação à responsabilidade do Estado, pensa-se que ele deve ser proporcionalmente responsabilizado. O rompimento da proporcionalidade faz com que qualquer ação ou omissão deixe de ser tida como normal e aceitável. Assim, as condutas comissivas ou omissivas, presente o nexos causal com o evento danoso e certo, serão sempre antijurídicas, no mínimo, por violarem o princípio da proporcionalidade.

A responsabilidade extracontratual do Estado deve estar atrelada aos interesses existenciais legítimos dos cidadãos, no sentido de que possa o Estado honrar os seus poderes-deveres, especialmente o de salvaguarda da Constituição, evitando ou reparando prontamente os danos juridicamente injustos.

A responsabilidade do Estado por omissão será então objetiva, mas não se pode olvidar as posições contrárias e até complementares como a deficiência ou falha do serviço.

Afinal, lembra-se aqui o primeiro enunciado de Cahali¹⁰⁴: “O dano se tem como injusto, e como tal determina a responsabilidade civil do Estado, se, embora verificado por ocasião de acontecimentos naturais, tem a sua causa exclusiva na deficiência ou falha do serviço público.”

¹⁰⁴ CAHALI, 1995.

O dano injusto está vinculado à antijuridicidade, quer por ação, quer por omissão, e enseja o nexo causal, sendo despidendo falar-se sobre a culpa ou o dolo do agente, mas sim da antijuridicidade e sua extensão, na violação ao princípio da proporcionalidade, tanto na vedação de excessos como de omissões. Assim, havendo dano, poderá ocorrer responsabilidade, ainda que decorrente de conduta não contrária à lei. Portanto, como bem referido pelo Prof. Juarez Freitas¹⁰⁵,

[...] a teoria do risco administrativo, reexaminada em harmonia com o princípio da proporcionalidade, conduz à responsabilidade adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, propensa a viabilizar a eficaz reparação, bem como a tempestiva prevenção e, se for o caso, a precaução.

O escopo dessa pretensão está justamente em banir do sistema as situações antijurídicas. É claro que não se defende o Estado absoluto, nem o Estado ausente e gravemente omissivo. Pensa-se num Estado em que o princípio da proporcionalidade possa nortear o intérprete para que suas conclusões sejam sempre a favor da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais. Certo é que, no contexto social do direito contemporâneo, os cidadãos não podem ficar à mercê dos danos causados pela omissão do Estado, porque estaremos frente à violação da própria dignidade da pessoa humana.

Como bem refere Eduardo García de Enterría¹⁰⁶: “Toda acción administrativa que fuerce un ciudadano a soportar lo que la ley no permite no sólo es una acción ilegal, es una agresión a la libertad de dicho ciudadano.”

¹⁰⁵ FREITAS, 2005.

¹⁰⁶ GARCIA ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. 2.ed. Madri: Civitas, 1981. v.2, p. 48.

20 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa realizada, entendemos que a responsabilidade civil nos casos de assaltos com morte em veículos de transporte coletivo nos grandes centros urbanos merece uma re-análise. Afinal, o centro da discussão está na preservação da dignidade do passageiro e de sua família, pois, uma vez consumado o dano com a morte de um passageiro em decorrência desses assaltos, não é razoável que a família da vítima tenha de suportar, exclusivamente, esse malfadado dano.

Em verdade, o pai ou a mãe de família que diariamente utiliza os veículos de transporte coletivo para se deslocar a seu trabalho não pode permanecer desamparado; nem suas famílias devem suportar o prejuízo, quer decorra de um serviço mal prestado pelo empresário, quer seja pela omissão do Estado em casos pontuais de reiterados assaltos em semelhantes horários e linhas. Vale aqui, novamente, a lembrança do princípio da proporcionalidade.

Não falamos de um Estado segurador universal, pois este mesmo Estado somos todos nós, nem questionamos a responsabilidade ilimitada do empresário que explora economicamente a atividade de transporte coletivo urbano.

Falamos de um mínimo de dignidade da pessoa humana, tão festejada em nossa Constituição e tão esquecida por grande parte dos operadores do Direito.

O assalto com morte no interior de veículos de transporte coletivo urbano não pode ser considerado um caso fortuito externo, como quer a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Parece-nos mais afeto a um ato de terceiro, que, nem por essa razão, afasta a responsabilidade civil objetiva, porque, uma vez presente o dano, deverá ele ser suportado por quem tinha o dever de agir e não agiu. Além disso, mesmo que entendêssemos que se trata de fato estranho à atividade fim do transporte, não é imprevisível; portanto, não há que se falar em caso fortuito externo, pois, sendo corriqueiros os assaltos, na pior das hipóteses seria um caso fortuito interno, típico da atividade empresarial desenvolvida e, logo, insuficiente ao rompimento do nexo causal, isto é, de seus efeitos.

Nesse raciocínio, tanto o Estado deve responder civilmente, porque não pode alegar desconhecimento dos reiterados assaltos em determinadas linhas de ônibus e nada faz para evitá-los, quanto igualmente o empresário, porque este, ciente dos reiterados assaltos, nenhuma providência tomou para tentar coibir a prática dos assaltantes. Medidas simples e de baixo custo poderiam ser adotadas, como a instalação de câmeras no interior dos veículos e a retirada de anúncios dos vidros traseiros dos ônibus, permitindo maior visibilidade externa acerca do que ocorre no interior dos veículos. Afinal, como bem refere Cahali¹⁰⁷, o caso fortuito pode não excluir a responsabilidade, especialmente nos contratos de transporte, se

¹⁰⁷ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1995.

o evento não foi estranho às atividades do devedor da obrigação e nem foi insuperável ou imprevisível.

Em verdade, essas são medidas que atingem um ponto essencial dos empresários, sua margem de lucro. Infelizmente, na balança dos valores, a vida humana, nos casos de assaltos com morte no interior de veículos de transporte coletivo urbano, tem recebido um peso pouco significativo no egrégio Superior Tribunal de Justiça. Na balança da vida, perde para a omissão do Estado, decorrente de administrações mais politiqueiras do que políticas, e para a ganância de grande parte dos empresários do setor, afinal, a margem de lucro tem sido preservada às custas de vidas humanas, sob o manto de uma posição jurisprudencial que, embora legal, não nos parece esteja dando a melhor resposta para esses casos jurídicos.

É exatamente porque existe posição jurisprudencial da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça pela exclusão da responsabilidade que a situação permanece a mesma, sem que medidas mínimas de prevenção e de ação sejam adotadas, quer pelo Estado, quer pelos empresários.

Pensamos, como já dito, que pode ser defendida a existência de uma falha do serviço prestado pelo empresário, ou, se preferimos evitar a discussão sobre incidência da responsabilidade subjetiva daí decorrente, que os assaltos não são imprevisíveis; e, portanto, não há que se falar em caso fortuito, interno ou externo. Pelo contrato de transporte o passageiro tem o direito de chegar incólume a seu destino, e o assalto corriqueiro está inserido no próprio risco do

negócio, o que impede que aceitemos a tese de que se trata de um fortuito externo e estranho à atividade desenvolvida pelo empresário.

Há, nos casos em que evidenciada a ocorrência corriqueira dos assaltos, dever de indenizar decorrente da objetivação da responsabilidade, pelo próprio risco do negócio.

Com relação ao transportador a responsabilidade civil é contratual e objetiva, e a relação deve ser pautada pelos princípios contemporâneos do direito contratual.

Lembramos novamente os Princípios Contemporâneos do Direito Contratual, quais sejam: a) a Boa-fé Objetiva, b) o Equilíbrio Contratual e c) a Função Social do Contrato. Ora, o transportador que viola esses princípios não pode ser eximido da responsabilização sob o manto de uma excludente que não existe. Primeiro, porque os assaltos seguidos de morte não são fatos imprevisíveis no cotidiano dos grandes centros urbanos. Segundo, porque o transportador tem o dever anexo de honestidade, transparência e de informação, e deveria comunicar aos passageiros os riscos que correm em determinadas linhas e em determinados horários, o que poderia sem dúvida salvar muitas vidas.

A omissão gera descumprimento contratual, viola a conduta esperada e causa lesão ao consumidor do serviço defeituoso.

Portanto, pensamos que é chegado o momento de conscientizarmo-nos acerca do equívoco que tem sido praticado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, haja vista que, apesar de não existir uma única resposta correta para todo caso jurídico, é fato que devemos sempre procurar a melhor resposta para cada caso jurídico e temos absoluta certeza que a melhor resposta será sempre aquela que mais preservar a dignidade da pessoa humana, aquela que preservar o maior número de vidas possível.

Assim, outra escolha não há, senão a de banirmos dos assaltos com morte em veículos de transporte coletivo nos grandes centros urbanos as excludentes de responsabilidade civil, quer seja o caso fortuito externo, quer seja o ato exclusivo de terceiro. O fato real é que esses assaltos são previsíveis e, pois, evitáveis, sendo que a conduta atual de grande parte dos empresários viola a boa-fé objetiva por omitir os riscos a que estão sujeitos os consumidores em determinadas linhas e horários. Lembramos a aplicação do art. 187 do Código Civil que evidencia uma tendência à objetivação da responsabilidade civil e vincula a boa-fé.

Independentemente da existência da falha desse serviço, a própria lei civil, no art. 734¹⁰⁸, refere que a responsabilidade do transportador é objetiva, com o que sequer há necessidade de discussão sobre o elemento culpa. Ainda, como bem refere o mesmo dispositivo legal, apenas a força maior poderia romper o nexo causal, ou seja, o caso fortuito não rompe o nexo causal no contrato de transporte.

¹⁰⁸ Art. 734 do Código Civil: “O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.”

Vale lembrar que caso fortuito e força maior são institutos distintos e que, se a lei pretendesse permitir que também o caso fortuito rompesse do nexo causal, expressamente o teria mencionado, como o fez, genericamente, no art. 393¹⁰⁹ do mesmo diploma legal.

O fato é que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – leia-se aqui, 2ª Seção – tem afastado a responsabilidade civil, por entender presente o caso fortuito externo, que, por lei federal, não é excludente de responsabilidade civil no contrato de transporte.

Com relação à responsabilidade do Estado, pensamos que é objetiva decorrente de omissão, mas mitigada pela observância do princípio da proporcionalidade, com o que cada caso merecerá especial atenção das circunstâncias vinculadas ao evento danoso. A responsabilidade há de ser daquele que causa o dano, independentemente de quem seja, mesmo que este ônus recaia inicialmente sobre o Estado. Um país forte precisa de instituições fortes, de decisões que valorizem e respeitem as pessoas em sua dimensão existencial. Este, pensamos, deve ser o cerne da responsabilidade civil sob a ótica constitucional.

Nesse ponto final, merece rápida referência o artigo do professor Jaime Rodriguez Arana¹¹⁰, que, ao analisar o direito administrativo espanhol, sugere o afastamento da responsabilidade do ser abstrato Estado,

¹⁰⁹ Art. 393 do Código Civil: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.”

¹¹⁰ “Por isso, insisto, aqui está a questão central, o assunto básico e fundamental se encontra em explicar, se é que se pode, por que a Administração Pública dispõe desse grande privilégio e os funcionários podem ser cobertos com o cômodo manto do anonimato a partir dessa responsabilidade superdireta, superobjetiva e superglobal de uma Administração que assume, patrimonialmente todas as hipóteses de danos ocasionados pelo funcionamento normal ou anormal dos serviços públicos” (RODRIGUEZ-ARANA, 2005, p. 147).

deslocando-a mais diretamente para o agente estatal, este sim, por ação ou omissão, causador do dano. Afinal, os atos livres dos funcionários são de sua conta e responsabilidade, não parecendo razoável que se assegure o mero direito de regresso.

Não defendemos nem o Estado segurador universal, nem o Estado irresponsável, mas sim o Estado social, que deve preservar da melhor forma possível a dignidade da pessoa humana, pois somente assim este Estado está cumprindo a Constituição Federal. O Estado somos nós, cada um de nós, que de forma direta e/ou indireta participamos dele, tão necessário à própria existência social.

Frisamos que sempre, em qualquer circunstância, a melhor resposta jurídica será aquela que mais vidas humanas preservar.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 1979. 2v.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Coimbra Ed., 1984.

ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria General de La Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

ALTERINI, Atílio Anibal; CABANA, Roberto M. López. *La Responsabilidad: homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

_____. *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado: Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento: Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.

BARBOSA, Rui. *A Culpa Civil das Administrações Públicas*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1898.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil*. 10.ed. São Paulo: Francisco Alves, [2000?]. v. 4.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. *Decreto-Legislativo 2.681, de 07 de dezembro de 1912*. Dispõe sobre a responsabilidade civil das estradas de ferro. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 9 set. 2005.

_____. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. *Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 9 set. 2005.

_____. *Lei 3.701, de 01 de janeiro de 1916*. *Código Civil Brasileiro*.

_____. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Proteção ao Consumidor*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 9 set. 2005.

_____. *Lei 8.441, de 13 de julho de 1992*. Dispõe sobre a responsabilidade civil na lei do seguro obrigatório. *Responsabilidade Civil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 9 set. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 37*. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2005.

_____. *Súmula 5*. O encargo de depositário de bens penhorados pode ser expressamente recusado. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento*. 455.846. Agravante: União. Agravado: Daniel Felipe de Oliveira. Relator Min. Celso de Mello. Acórdão em

11 out. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudência>>. Acesso em: 12 set. 2005.

_____. *Súmula 54*. A reserva ativa do magistério militar não confere vantagens vinculadas à efetiva passagem para a inatividade. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/sumulas>>. Acesso em: 10 out. 2005. ver na internet.

_____. *Súmula 161*. Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/sumulas>>. Acesso em: 10 out. 2005.

_____. *Súmula 187*. A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/sumulas>>. Acesso em: 10 out. 2005.

_____. *Súmula 229*. A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/sumulas>>. Acesso em: 10 out. 2005.

_____. *Súmula 341*. É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/sumulas>>. Acesso em: 10 out. 2005.

_____. *Súmula 490*. A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/sumulas>>. Acesso em: 10 out. 2005.

BRUNINI, Weida Zancaner. *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BUSSANI, Mauro. *As Peculiaridades da Noção de Culpa: um estudo de direito comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CANARIS, Claus Wilhelm. *A Eficácia Externa dos Direitos Fundamentais*. Palestra proferida pelo autor no auditório da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2º sem/2003.

_____. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução Ingo W. Sarlet e Paulo M. Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade Civil do Estado*. Atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. Tomo II.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CHAPUS, René. *Droit Administratif General*. 13.ed. Paris: Montchrestien, 2002. t.1.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2001. v.7.

FACCHINI NETO, Eugenio. Funções e Modelos da Responsabilidade Aquiliana no Novo Código Civil. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, v. 51, n. 309, p. 23-32, jul. 2003a.

_____. *O Novo Código Civil e a Constituição*. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b.

_____. Reflexões Histórico-evolutivas Sobre Constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo W. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003c.

FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FINNIS, John M. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon, 1999.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. São Paulo: Forense, [2000].

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. O Estado, a Responsabilidade Extracontratual e o Princípio da Proporcionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado / AJURIS-ESM, 2005. p.179-196.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GARCIA ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. 2.ed. Madri: Civitas, 1981. v.2.

GOMES, Orlando. *Curso de Direito Civil: obrigações*. 8.ed. São Paulo: Forense, [2000].

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2004. v.2.

GONÇALVES, Vítor Fernandes. A Análise Econômica da Responsabilidade Civil Extracontratual. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 357, p.129-163, set./out. 2001.

GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford, Clarendon Press, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

INTERESSE Público. Disponível em: <<http://interessepublico.com.br>>. Acesso em: 9 jul. 2005.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1999.

JUSNAVEGANDI. Disponível em: <<http://jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: 10 set. 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LAZZARINI, Álvaro. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Omissivos dos Seus Agentes. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 117, [2000].

LEDUR, Paulo Flávio. *Português Prático*. 5.ed. São Paulo: AGE, 2001.

LETE DEL RIO, José Manuel. *Derecho de Obligaciones*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1998. V.2

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Comentado por Napoleão Bonaparte. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Tradução Luis Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MAZEUD, Henry y Leon; TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delectual y Contractual*. [S.l :s.n.], 1961.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28.ed. Atual. por Eurico de Andrade de Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Celso Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v.2.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.tj.mg.gov.br>>. Acesso em: 10 de jul. 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MONATIERI, Píer Giuseppe. *La sineddoche: formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*. Milano: Giuffrè, 1984

MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional Administrativo*. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MUKAI, Toshio. A Responsabilidade Contratual das Empresas Concessionárias de Serviço Público é Objetiva? *Revista Interesse Público*, Sapucaia do Sul, v. 5, n. 28, p.43-47, nov./dez. 2004.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato, Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.

PASSOS, J.J. Calmon de. In: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: contratos*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v.3.

_____. *Responsabilidade Civil*. 8.ed. São Paulo: Forense, 1996.

PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. *Profili del diritto civile*. Tradução Port. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações*. Campinas: Servanda, 2002.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 11 jul. 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 10 jul. 2005.

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. Novas Orientações Doutrinárias sobre a Responsabilidade Patrimonial da Administração Pública. *Revista Interesse Público*, Sapucaia do Sul, v. 6, n. 29, p.145-158, jan./fev.2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v.4.

_____. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 4.

SANTANA, Heron José. *Responsabilidade Civil por Dano Moral ao Consumidor*. Minas Gerais: Ciência Jurídica, 1997.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 16 set. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang et al (Org.). Da Responsabilidade Civil no Novo Código. In: _____. *O Novo Código Civil e a Constituição*. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro:Renovar, 2002.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem Culpa*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Tratado de Responsabilidade Civil: responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

TUNC, André. *La responsabilité civile*. Paris: Economica, 1989.

VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 6.ed. Coimbra: Almedina, [2000]. v. 1.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade Civil*, 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *A Responsabilidade Objetiva no Novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.societario.com.br>>. Acesso em: 20 ago. 2005.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito de Danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VON JHERING, R. *De La Faute en Droit Privé*. Paris: De Meulenaere, 1880.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: obrigações e contratos*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.