

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CIVIL
APLICADO

Felipe Dalmolin

Cláusula de Não Indenizar: Validade ou Invalidez à Luz do
Contrato de Transporte de Coisas e Pessoas

Porto Alegre

2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CIVIL
APLICADO

Felipe Dalmolin

Cláusula de Não Indenizar: Validade ou Invalidade à Luz do
Contrato de Transporte de Coisas e de Pessoas

Trabalho de Conclusão do Curso de
Especialização em Direito Civil Aplicado
da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul como
requisito parcial para a obtenção do grau
de Especialista em Direito Civil.

Orientadora: Isabel Porto
Borges

Porto Alegre

2011

RESUMO

O transporte é um meio essencial à realização um dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição: a liberdade de ir e vir dentro do território nacional. Ao mesmo tempo em que todo cidadão tem esse direito, ele possui, também, um dever: saber usufruí-lo sem que do seu exercício resulte nenhum dano a si mesmo e, especialmente, a terceiros, tenha ele ou não alguma relação jurídica pré-existente com o prejudicado. Descumprido esse dever, surge para o lesado o direito ao ressarcimento, a não ser que o seu causador alegue e comprove ter agido sob o pálio de alguma das causas excludentes de responsabilidade, a exemplo da cláusula de não-indenizar. O transporte, por ser uma atividade naturalmente arriscada, é um campo fértil à aplicação da cláusula de não-indenizar. No entanto, sua aceitação nesse contrato implicaria a frustração da obrigação principal do transportador, pelo quê não pode ser validamente considerada.

Palavras-Chave: transporte, responsabilidade civil do transportador, cláusula de não-indenizar e validade.

ABSTRACT

Transportation is an essential means to achieve a fundamental right guaranteed by the Constitution: freedom of movement within the national territory. At the same time that every citizen has this right, he has also a duty: to enjoy it without knowing that the exercise would result any damage to yourself and especially to third persons or not he has any legal relationship pre-existing with the injured. Breached that duty arises for the injured person the right to compensation, unless your cause and prove claims to have acted under the canopy of one of the reasons for excluding responsibility, the example of the non-compensating. The transport activity to be a risky course, is a fertile field for the application of the non-compensating. However, its acceptance of this contract involve the frustration of the principal obligation of the carrier, for what can not be validly accepted.

Keywords: transport, the carrier's liability, indemnification clause and non-validity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
CAPÍTULO I – DA CLÁUSULA DE NÃO-INDENIZAR	
1. Conceito e Institutos Assemelhados	7
2. Aplicabilidade no Direito Brasileiro	13
CAPÍTULO II – DO CONTRATO DE TRANSPORTE	
1. Conceito e Requisitos do Contrato de Transporte	19
2. Contrato Gratuito e Aparentemente Gratuito	26
3. Responsabilidade Civil do Transportador	30
CAPÍTULO III – A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR NO CONTRATO DE TRANSPORTE	
1. Aplicabilidade no Contrato de Transporte de Coisas	45
2. In (aplicabilidade) no Contrato de Pessoas	56
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS.....	61

INTRODUÇÃO

O transporte consiste na ação de conduzir ou de levar coisas e pessoas em aparatos apropriados, de um lugar para outro, mediante remuneração ou mesmo gratuitamente. Ele é, em suma, o meio por intermédio do qual o ser humano exerce um dos seus direitos fundamentais assegurados pela Constituição de 1988: a liberdade de ir e vir.

No entanto, ao mesmo tempo em que temos esse direito, de nos locomovermos livremente dentro do território nacional, desde que respeitamos certos limites (evitando, por exemplo, o ingresso em áreas alheias sem a permissão prévia do seu proprietário), devemos também respeitar uma máxima cunhada pelos Romanos há bastante tempo: o *neminem laedere* (ou seja, o dever, inerente a todos nós, de não lesarmos interesses ou direitos de outrem).

Quando esse dever não é cumprido e causamos um prejuízo a outra pessoa, nasce para o lesado um direito a ser ressarcido, a menos que o agente responsável pelo dano esteja acobertado por alguma causa afastadora do dever de indenizar, como, por exemplo, a cláusula de não-indenizar.

É da própria natureza do contrato de transporte o risco de que, durante o percurso, a pessoa ou a mercadoria que está sendo levada de um ponto a outro sofra algum dano. Mais até do que isso, é possível que a pessoa morra ou que a coisa pereça, em razão de um acidente, como é cada vez mais comum em nosso país, por motivos que não nos cabe analisar neste trabalho.

Ciosos disso, alguns transportadores mais atilados perceberam que poderiam usar de certas estratégias, como a cláusula de não-indenizar, para evitar a sua responsabilização civil em caso de acidente.

O objetivo deste trabalho é justamente analisar se a cláusula de não-indenizar tem, ou não, validade quando inserida no contrato de transporte de pessoas ou de coisas. Para isso, decidimos dividi-lo em três capítulos.

No primeiro capítulo, optamos por analisar, em detalhes, o conceito e a aplicabilidade da cláusula em tela, sem se esquecer de diferenciá-la dos institutos assemelhados, como, por exemplo, a cláusula que restringe o dever de indenizar.

Passamos, após isso, ao exame do contrato de transporte, o que levou certo tempo, tendo em vista a sua extensa abrangência. Começamos dissecando o conceito do contrato de transporte, referindo um a um os quatro requisitos indispensáveis à sua formação.

Na sequência, tratamos de um tema aparentemente simples, mas de vital importância no que tange ao contrato de transporte, que é a distinção entre o transporte verdadeiramente gratuito e aquele que apenas aparenta ser gratuito. Tal discriminação tem uma justificativa de relevo, qual a seja, a diferença de tratamento em matéria de responsabilidade civil dispensada pela legislação ao transportador num e noutro caso.

Como não poderia deixar de ser, ao transportador são atribuídas obrigações muito mais sérias quando ele recebe numerário ou algum benefício indireto para realizar sua obrigação primordial, que é levar alguém ou alguma coisa ao local estabelecido como seu destino, do que quando ele o faz apenas por cortesia ou amizade, sem que haja um interesse implícito.

Ao final do segundo capítulo, ainda discorreremos a respeito da responsabilidade civil do transportador, apresentando seu fundamento em cada um dos casos (responsabilidade civil do transportador relativamente aos terceiros, aos seus empregados e aos passageiros ou contratantes), assim como a sua espécie.

De mais a mais, tivemos o cuidado de apresentar as causas excludentes da responsabilidade civil do transportador.

E, enfim, reservamos o capítulo sobejante para analisar a validade da cláusula de não-indenizar no transporte de coisas e de pessoas, tentando, na medida do possível, implementar esse intento a partir da coleta da posição de conhecidos doutrinadores da área e de decisões judiciais.

CAPÍTULO I – DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR¹

1. Conceito e Institutos Assemelhados

O desenvolvimento da responsabilidade civil, marcado pelo abandono da ideia de culpa como único fundamento da responsabilização, aliado ao fenômeno da disseminação dos contratos de adesão, provocou um expressivo alargamento do campo de aplicação da responsabilidade civil, segundo Aguiar Dias.²

Não obstante aquela mudança de paradigma haja sido necessária, ela gerou um problema para conciliar dois interesses opostos, mas ao mesmo tempo importantes para a sociedade em geral. De um lado, o de proporcionar às vítimas de danos, cada vez mais numerosas, tendo em vista a massificação das relações negociais, a reparação capaz de restaurar real ou idealmente o *status quo* desfeito pelo evento danoso. E, de outro lado, o de evitar que, com a satisfação dessa primeira preocupação, se converta a responsabilidade civil em um mecanismo de aniquilação da atividade econômica.³

Visando a evitar que isso acontecesse, os juristas apresentaram as seguintes soluções: cláusula penal, cláusula de limitação da responsabilidade, cláusula de irresponsabilidade e seguro de responsabilidade. Tais institutos serão adiante analisados sempre em relação à cláusula de não indenizar, que é o cerne deste capítulo.

¹ Segundo Cavalieri (in: CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.516), doutrina e jurisprudência nacionais, não raro, incorrem no erro de empregar indistintamente diferentes expressões para se referir a um mesmo instituto jurídico, como no caso em tela.

Ao longo das leituras realizadas, objetivando a elaboração do presente ensaio, nos deparamos com as mais variadas nomenclaturas, das quais as mais assiduamente encontradas foram “cláusula de irresponsabilidade” e “cláusula de não indenizar”, sem, no entanto, nos esquecermos das outras, tais como “cláusula de não-responsabilidade”, “cláusula de exclusão de responsabilidade” e “cláusula exoneratória”.

No entanto, como estamos nos dedicando à redação de um trabalho acadêmico, convém dizer que a partir de agora usaremos a expressão cláusula de não indenizar, já que é aquela que obedece à técnica jurídica. Os motivos que nos levaram a adotar essa terminologia serão expostos no decorrer deste capítulo.

² AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de Não Indenizar**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 11-14.

³ *Id. Op. cit.*, 1947, p. 15.

Pela cláusula penal, as partes fixam previamente a estimativa dos danos. Ela serve, assim como a cláusula de não indenizar, para suprimir a incerteza. Só que, em vez de fazer isso pela extinção do direito à indenização, ela o faz pela prévia mensuração da indenização a ser paga pela parte que inadimpliu a sua obrigação e que, em razão disso, prejudicou a outra. Pouco importa se o prejuízo real gerado pelo descumprimento da obrigação for maior ou menor do que o valor da indenização estabelecido na cláusula penal, desde que o seu montante tenha sido livremente ajustado pelos contratantes.⁴

Para Cluzel, a cláusula de não indenizar é “a exageração da cláusula penal”⁵, pois se nesta se objetiva restringir o valor da indenização, naquela se retira completamente o direito daquele que sofreu prejuízo de postular o ressarcimento dos danos advindos do inadimplemento da obrigação alheia.

Na cláusula de limitação de responsabilidade, por sua vez, o devedor reconhece a falta em que incorreu, mas estabelece um limite para o ressarcimento da outra parte. Ainda que aquela convenção se assemelhe à cláusula penal, não há que se confundir os dois institutos, pois a cláusula limitadora é alegável pelo devedor, sempre que os danos decorrentes do inadimplemento forem superiores ao montante avençado entre as partes, ao passo que a cláusula penal é invocada pelo credor, o qual deseja receber o valor concertado, mesmo que seu prejuízo efetivo seja inferior ao contratado.⁶

Tem também a cláusula de não indenizar similitudes com o chamado seguro de responsabilidade, pois nos dois casos o devedor se exonera da obrigação que naturalmente lhe caberia de indenizar o lesado. A diferença é que, no caso do seguro, essa responsabilidade é transferida ao segurador, enquanto que na cláusula de não indenizar o devedor simplesmente deixa de ser indenizado, cabendo-lhe suportar as perdas sozinho.⁷

⁴ AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de Não Indenizar**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 16.

⁵ *Id. Op. Cit.* 1947, p. 17.

⁶ *Id. Op. Cit.* 1947, p. 18-19.

⁷ AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de Não Indenizar**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 20.

Dessa forma, conclui-se que, mesmo que por caminhos distintos, a cláusula de não indenizar e o seguro de responsabilidade conduzem ao mesmo desfecho: a liberação do devedor da obrigação de indenizar.

Tecidos esses esclarecimentos, convém agora adentrar no estudo da cláusula de não indenizar.⁸ Sempre que alguém, por força da sua atividade, lesa outra pessoa ela é chamada a responder por isso. No entanto, é possível que ela alegue estar amparada por alguma causa de exoneração, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito, a força maior, a renúncia posterior ao direito creditório ou a cláusula de não indenizar, dentre outras argumentações, para não ter de ressarcir o prejuízo alheio.

Muitas são as definições da cláusula de não indenizar. Aguiar Dias cita, dentre outras, as seguintes:

Segundo Capitant e Esmein, consiste ela em estipulação pela qual uma parte contratante declara que não será responsável perante a outra parte pelo dano resultante da inexecução de uma obrigação, dano esse que, sem a cláusula, seria indenizado à segunda.

Cassavan acrescenta a essa definição, por êle tida como a mais próxima da realidade, o requisito aceitação da declaração de não responsabilidade pelo credor.

Para Prosper Sardou, a cláusula de irresponsabilidade é uma convenção que limita a responsabilidade ao dolo ou à culpa grave.⁹

Entretanto, todas essas conceituações, em maior ou menor grau, apresentam alguma deficiência, segundo aquele autor. Para Aguiar Dias, a melhor definição sobre a cláusula em estudo é a de Cluzel, para quem ela é uma convenção

⁸⁸ Embora parte da doutrina nacional repudie a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, importante para o presente trabalho discorrer sucintamente sobre essa diferenciação. Aguiar Dias reputa inadequada a distinção entre essas formas de responsabilidade através do critério de que na responsabilidade contratual há obrigação preexistente ao dano, enquanto que na extracontratual o dano não é antecedido por nenhuma obrigação. Isso porque em qualquer caso existe uma obrigação que vem antes do dano, pois mesmo na responsabilidade extracontratual todos nós temos a obrigação de não atentar contra o patrimônio alheio, de respeitar aquilo que é dos outros. Para designar essa obrigação, os romanos cunharam a expressão latina *neminem laedere*. Assim, responsável é quem tem de suportar as consequências da lesão a interesse privado juridicamente protegido. Não interessa, para tanto, identificar qual a fonte do dever resguardado. Essa distinção apenas interessa mais adiante, no momento da fixação do ônus da prova (Aguiar Dias: Cláusula de Não Indenizar: 1947, p. 27-28).

⁹ AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de Não Indenizar**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 29-30.

mediante a qual o devedor eventual da obrigação de indenizar obtém do eventual credor da mesma obrigação a renúncia antecipada à ação de perdas e danos.¹⁰

A principal virtude do conceito cunhado por Cluzel, salienta Aguiar Dias, é deixar claro que a cláusula ora analisada não afasta – e nem poderia – a responsabilidade, visto que esta é uma consequência automática ao ato ou fato jurídico, mas tão-somente ela suprime a obrigação que decorre dela, qual seja, a de reparar o mal causado a outrem, que é um efeito normal da responsabilidade.¹¹

A responsabilidade¹² tem como fundamento a lei. Sendo assim, é somente ela que pode, de igual modo, retirá-la, não sendo lícito aos interessados, via estipulação convencional, dispor em sentido contrário. Podem elas apenas negociar a respeito da reparação civil, que é a decorrência natural da responsabilidade.¹³

Sobre os efeitos da cláusula em análise, Galhane discorre que ela não tem o condão de eliminar a responsabilidade do devedor; a convenção apenas arreda os seus efeitos. Mas o devedor, que era responsável, continua a sê-lo, muito embora não esteja obrigado a ressarcir os prejuízos ocasionados.¹⁴

No mesmo sentido, Rizzardo preleciona que:

¹⁰ AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de Não Indenizar**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 30.

¹¹ *Id. Op. Cit.* 1947, p. 32.

¹² Devido à importância do tema, necessário que se investigue o sentido do termo responsabilidade, o que Sérgio Cavalieri faz como poucos (in: CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.516): ...uma coisa é a obrigação e outra responsabilidade. A primeira é o dever originário que tem por fonte a lei, o contrato ou a ordem jurídica; a segunda é um dever sucessivo (secundário) decorrente da violação do dever originário. Por isso, só se cogita de responsabilidade onde houver violação de um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida. Pois bem a cláusula em exame não suprime o dever primário (obrigação), nem o dever secundário (responsabilidade) consequente à violação do primeiro. Se assim não fosse, nem seria possível falar em responsabilidade. Ela [cláusula em comento] afasta a indenização, a reparação, o ressarcimento do dano ou, em outras palavras, as normas consequências da inexecução de uma obrigação.¹²

¹³ AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de Não Indenizar**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 31-32.

¹⁴ GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. A Cláusula de Não Indenizar. **Revista dos Tribunais**. Ano 71, v. 565, 1982, p. 24.

Às partes não se faculta deslocar situações de incidência da responsabilidade para a isenção de tal ônus, já que decorre esta da ordem jurídica, ou do estado de direito. Todavia, embora não se admita a convenção simplesmente afastar a responsabilidade, não se equipara ao ajuste dos estipulantes de se afastar a obrigação de indenizar em certas hipóteses.¹⁵

Entretanto, Aguiar Dias não se restringiu a apontar os defeitos das definições de outros doutrinadores, ele também ousou elaborar a sua própria, *in verbis*:

A cláusula ou convenção de irresponsabilidade consiste na estipulação prévia por declaração unilateral, ou não, pela qual a parte que viria a obrigar-se civilmente perante outra afasta, de acordo com esta, a aplicação da lei comum ao seu caso. Visa anular, modificar ou restringir as consequências normais de um fato da responsabilidade do beneficiário da estipulação.¹⁶

Para Álvaro Luiz Damásio Galhanone e Roberto Rosas “a cláusula de irresponsabilidade é estipulada pela parte contratante, declarando a não-responsabilidade, perante a outra parte contraente, pelo dano resultante da possível inexecução da obrigação”.¹⁷

Na esteira das conceituações acima relacionadas, Carlos Roberto Gonçalves não se esquivou de dar a sua sobre a cláusula de não indenizar:

É o acordo de vontades que objetiva afastar as consequências da inexecução ou da execução adequada do contrato. Tem por função alterar, em benefício do contratante, o jogo dos riscos, pois estes são transferidos para a outra parte.¹⁸

Ainda, Rizzardo traçou o seguinte conceito para a cláusula em estudo:

¹⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil: Lei 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 885.

¹⁶ AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de Não Indenizar**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 37 *apud* Cláudia Vieira de Oliveira. Cláusula de Não-Indenizar. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. Ano 15, Outubro-Dezembro de 1991, p. 28.

¹⁷ BANDEIRA, Evandro Ferreira de Viana. As Cláusulas de Não Indenizar. **Revista de Jurisprudência do Tribunal do Mato Grosso do Sul**. Campo Grande, 1979, p. 20.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 475.

A cláusula de não indenizar constitui um ajuste feito pelas partes envolvidas em uma relação contratual pelo qual se estabelece que não respondem elas pelo dano ou prejuízo que possa advir da inexecução ou execução deficiente de um contrato.¹⁹

Vejamos o que Rui Stocco tem a dizer sobre a cláusula em análise:

A cláusula ou convenção de irresponsabilidade consiste na estipulação prévia por declaração unilateral, ou não, pela qual a parte que viria a obrigar-se civilmente perante outra afasta, de acordo com esta, a aplicação da lei comum, ao seu caso. Visa anular, modificar ou restringir as consequências normais da responsabilidade do beneficiário da estipulação.

...

Em verdade, ocorre mera liberação da responsabilidade civil da outra parte, com o único objetivo de renúncia ao direito de obter reparação, posto que só a lei pode estabelecer a licitude ou ilicitude do comportamento das pessoas, determinando suas consequências.²⁰

Sobre o conceito de cláusula de não indenizar, disserta Ana Prata: “No domínio contratual é prevalentemente concebida como visando, direta ou indiretamente, a exclusão para o devedor da obrigação de ressarcir danos resultantes do não cumprimento”.²¹

Por último, merece menção a definição da cláusula de não indenizar de Alberto do Amaral Júnior:

As cláusulas de não indenizar são instituídas com a finalidade de permitir que uma das partes do contrato subtraia das consequências patrimoniais que adviriam em virtude de um fato de responsabilidade a ela atribuível. Trata-se de declaração de vontade expressa para modificar os efeitos legais que se produziriam na ausência dessa estipulação.

Em situação normal caberia ao agente causador do dano o dever de reparar prejuízos ocasionados a terceiros. Por seu intermédio, no entanto, é estipulada, antes mesmo da ocorrência do

¹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil: Lei 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 885.

²⁰ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 185.

²¹ PRATA, Ana. **Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Civil**, Coimbra: Editora Almedina, 1985, p. 121-123 *apud* CORDEIRO, Rosvany Terezinha. A Cláusula de Não Indenizar e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XXXI, Julho-Setembro de 1992, p. 59.

delito, a total ou parcial supressão do dever de reparar imposto pela norma legal.²²

Do exposto, conclui-se que a cláusula de não indenizar, enquanto emanção da liberdade de contratar, nada mais é do que uma disposição, mediante a qual partes determinadas afastam prévia e livremente o dever de indenizar daquela que inadimplir sua obrigação.

2. Aplicabilidade no Direito Brasileiro

No Brasil, a preocupação com a cláusula de não indenizar não vem de hoje. Ainda na vigência do Código Civil de 1916, quando as relações jurídicas eram muito mais escassas e simples, Galhane identificou muitas possibilidades para aplicação daquela estipulação no direito brasileiro.²³

Vejamos quais foram. Com efeito, era dado às partes o direito de acordarem, no contrato de compra e venda de uma área, que se a metragem real não condissesse com aquela discriminada no ajuste, não caberia ao comprador exigir do alienante o complemento da gleba ou, não sendo viável essa hipótese, o abatimento proporcional do preço, caso o adquirente optasse por não rescindir o contrato.²⁴

O item do contrato que assim dispusesse, com certeza, corresponderia a uma cláusula de não indenizar.

Ainda em relação ao contrato de compra e venda, e de conformidade com o art. 1.102 do CC de 1916, podiam os contraentes estabelecer que o vendedor não indenizaria o adquirente acaso a coisa objeto do negócio apresentasse algum defeito oculto. E, de igual maneira, podia o vendedor, fundado no art. 1.107 do CC de 1916, esquivar-se dos efeitos da evicção através de uma cláusula do contrato em tela.²⁵

²² JÚNIOR, Alberto do Amaral. O Código de Defesa do Consumidor e as Cláusulas de Limitação de Responsabilidade nos Contratos de Transporte Aéreo Nacional e Internacional. **Revista dos Tribunais**, volume 759, janeiro de 1999, p. 67.

²³ GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. A Cláusula de Não Indenizar. **Revista dos Tribunais**. Ano 71, v. 565, 1982, p. 25.

²⁴ *Op. Cit.* 1982, p. 25.

²⁵ GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. A Cláusula de Não Indenizar. **Revista dos Tribunais**. Ano 71, v. 565, 1982, p. 25.

No entanto, a validade da cláusula de não indenizar estaria condicionada ao desconhecimento do vício pelas partes nas situações acima descritas. Isso porque se o alienante soubesse da existência do defeito, a cláusula não surtiria qualquer efeito liberatório da indenização. De outra banda, se o comprador tivesse ciência do problema, nada poderia reclamar daquele que lhe vendeu a coisa.²⁶

Outro exemplo de largo emprego da cláusula de não indenizar diz respeito ao contrato de depósito de bagagens dos hóspedes de hotéis. Tal depósito, mesmo antes do Código Civil hodierno entrar em vigor, já era chamado de depósito necessário, nos termos do art. 1.184 do Código Civi revogado. Não obstante esse aspecto, era muito comum – e ainda é – os estabelecimentos afixarem avisos em seus corredores informando não se responsabilizarem pelos pertences, salvo se observadas as condições nos mesmos especificadas.²⁷

Apesar disso, a doutrina nacional, encabeçada pelo professor Aguiar Dias, há bastante tempo vem defendendo a invalidade dessa forma de exoneração, tirante se aceita, individualmente, por cada um dos hospedes que se abrigarem no estabelecimento.²⁸ E, mesmo que haja essa aquiescência por parte do hospede quanto à exoneração, hoje essa estipulação não poderia ser reputada hígida, visto se tratar de uma relação consumerista, em que não é facultado ao consumidor abdicar de indenização eventual²⁹ em seu favor.³⁰ Manuel Ignácio Carvalho de

²⁶ *Id. Op. Cit.* 1982, p. 26.

²⁷ *Id. Op. Cit.* 1982, p. 26.

²⁸ No mesmo sentido vão as lições de Cláudia Vieira de Oliveira (in: Cláusula de Não-Indenizar. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial.** Ano 15, Outubro-Dezembro de 1991, p. 38).

²⁹ A 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no julgamento da Apelação Cível n.º 2004.07.1.006491-9, decidiu que é impossível a um prestador de serviços, via cláusula de não indenizar, eximir-se da sua responsabilidade pela guarda de objetos de quem contrata seus serviços, nos seguintes termos:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SOLIDARIEDADE DE INSTITUIÇÃO DE ENSINO COM EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO DE DEPÓSITO PELA GUARDA DE MATERIAIS DE ALUNO. NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL ESTABELECEENDO A IRRESPONSABILIDADE DE BENS DE ALUNOS. RELAÇÃO DE CONSUMO. 1- Há relação de solidariedade na ocorrência de evento danoso, entre instituição de ensino e empresa prestadora de serviço de fornecimento de armário para depósito de material escolar de alunos matriculados na escola. 2 - É nula de pleno direito, por ser abusiva, cláusula contratual que exime a instituição no seu dever de vigilância de material escolar pertencente a alunos matriculados. 3 - Há relação de consumo nos contratos firmados para a prestação do serviço de ensino, cabendo a instituição o dever de provar a

Mendonça, antes mesmo do advento do Código de Defesa do Consumidor, já se opunha a essa possibilidade.³¹

Também no contrato de depósito bancário encontra-se, com assiduidade, a presença da cláusula de não indenizar. Pela sua inserção, tencionam os estabelecimentos de crédito eximir-se da responsabilidade de ressarcir o correntista pelas lesões em seu patrimônio sofridas em face da falsificação de cheques obtidos mercê da incúria do titular da conta.

É indubitável que o correntista tem o dever de guardar em segurança seus talões de cheque, comunicando o banco ocasional roubo ou extravio, de preferência o quanto antes. De outro lado, também se sabe que os bancos, ao receberem cheques que supostamente foram emitidos por seus correntistas, têm de proceder cautelosamente, averiguando, sempre, se a assinatura constante no título é mesmo a da pessoa em cuja conta será debitado o valor estampado na cártula. Se assim não agirem, e terminarem por descontar cheques grosseiramente falsificados, terão os bancos de reembolsar os prejudicados, mesmo que tenha sido convencionada a cláusula de não indenizar, posto que esta será inoperante nesse caso.³²

No entanto, se a contrafação for de boa qualidade, e desde que o aviso do correntista de perda ou subtração do talonário não chegue a tempo de evitar o desconto do título, pode-se cogitar da incidência da cláusula de não indenizar. Essas são as conclusões hauridas da súmula 28 do STF, *in verbis*: O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista.³³

inexistência do furto, tendo em vista o determinado no artigo 51, I do CDC, referente a inversão do ônus da prova. Sentença mantida. Unânime.

³⁰ Conforme lembra Cláudia Vieira de Oliveira (in: Cláusula de Não-Indenizar. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. Ano 15, Outubro-Dezembro de 1991, p. 36), o Código de Defesa do Consumidor proíbe o acertamento entre as partes no sentido de impossibilitar a exoneração ou a atenuação da obrigação de indenizar nas relações de consumo, em virtude da necessidade de se proteger o consumidor.

³¹ GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. A Cláusula de Não Indenizar. **Revista dos Tribunais**. Ano 71, v. 565, 1982, p. 26.

³² *Id. Op. Cit.* 1982, p. 26.

³³ GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. A Cláusula de Não Indenizar. **Revista dos Tribunais**. Ano 71, v. 565, 1982, p. 26.

Nas últimas décadas, em virtude da redução dos espaços disponíveis para o estacionamento de veículos nas ruas e avenidas dos grandes centros urbanos e do aumento extraordinário de carros, as vagas em garagens privadas têm sido alvo de intensa disputa entre os motoristas. Valendo-se disso, muitos dos prestadores desse serviço têm lançado mão de um estratagema ardiloso, consistente na colocação de placas com os seguintes dizeres “não nos responsabilizamos pelos objetos deixados no interior dos automóveis”.³⁴

Trata-se, a bem da verdade, de um contrato de depósito entre o condutor do automóvel e o dono do estabelecimento onde o carro é deixado, contendo aquele ajuste uma cláusula pela qual o último não se responsabiliza pelo desaparecimento de objetos deixados no interior do veículo. A finalidade dessa disposição contratual, repita-se, é suprimir a eventual obrigação de indenizar, mas jamais a responsabilidade.³⁵

Arnaldo Rizzardo adjectiva como inconcebível a possibilidade de não indenizar o depositante no caso de desaparecimento do bem colocado sob a custódia do depositário. Que sentido, segundo aquele autor, teria estacionar o carro numa garagem paga se constar do contrato a isenção de responsabilidade do guardador do automóvel em caso de furto ou dano? Se fosse considerada válida a cláusula de não indenizar no caso em apreço, perderia o sentido ou a utilidade o próprio pacto e incentivar-se-ia a delinquência ou, no mínimo, a negligência do depositário.³⁶

Vê se, ademais, com certa regularidade a cláusula de indenizar nas convenções condominiais, com o propósito de afastar o dever de indenizar nos casos de furto, roubo ou sinistro em relação aos automóveis estacionados no condomínio. Frente a isso, interessante notar que a jurisprudência tem acolhido a validade da cláusula de não indenizar nesses casos.³⁷

³⁴ BANDEIRA, Evandro Ferreira de Viana. As Cláusulas de Não Indenizar. **Revista de Jurisprudência do Tribunal do Mato Grosso do Sul**. Campo Grande, 1979, p. 14.

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 5 ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 475.

³⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil: Lei 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 886.

³⁷ Para ilustrar essa situação, convém mencionar as seguintes ementas:

Condomínio. Furto de veículo. Cláusula de não indenizar.

Em determinadas áreas, a inadmissibilidade da cláusula de não indenizar justifica-se pela importância do bem que esta possa atingir acaso considerada válida. No âmbito da responsabilidade médica, descabe a cláusula de não indenizar, visto que o que se tutela nessa hipótese é a incolumidade do ser humano. Não se pode conceber, por isso, que os profissionais da medicina, por meio de um dispositivo contratual, isentem-se da obrigação de indenizar o paciente caso lhe causem algum dano em decorrência da negligência, ou falta de cuidados, no exercício do seu mister.³⁸

O transporte marítimo, segundo Aguiar Dias, parece ter sido o campo de aplicação mais antigo da cláusula de não indenizar, ou pelo menos aquele em que mais rapidamente se admitiu o uso do instituto em exame, mercê da aceitação do princípio da limitação da responsabilidade do proprietário do navio, exigido pela necessidade do comércio marítimo. Mediante a cláusula de não indenizar, o proprietário do navio visava afastar a sua responsabilidade pelos danos provocados pelo capitão, já que este, quando no mar, gozava de grande autonomia para decidir o que fazer, sem que o dono da embarcação pudesse contestá-lo.³⁹

Com o passar do tempo, o campo de aplicação da cláusula em estudo relativamente ao contrato de transporte foi sensivelmente elástico, a ponto de podermos encontrá-la em quase todas as formas de transporte (aéreo, marítimo e terrestre). Muito se questiona, sobretudo no contrato de transporte terrestre, a

1. Estabelecendo a Convenção cláusula de não indenizar, não há como impor a responsabilidade do condomínio, ainda que exista esquema de segurança e vigilância, que não desqualifica a força da regra livremente pactuada pelos condôminos. 2. Recurso especial conhecido e provido.

(RESP 168346, julgado no dia 20 de maio de 1999, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatoria do então Ministro Carlos Menezes Direito).

RESPONSABILIDADE CIVIL. CONDOMINIO. FURTO DE MOTOCICLETA NA GARAGEM. EXCLUSÃO DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR CONSTANTE DE CLAUSULA DA CONVENÇÃO. CULPA DO CONDOMINIO E DE SEUS PREPOSTOS NÃO CARACTERIZADA. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO. - EXISTINDO NA CONVENÇÃO CLAUSULA EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE PELO FURTO DE VEICULOS NAS DEPENDENCIAS DA GARAGEM, E HAVENDO RESTADO AFASTADA A CULPA DO SINDICO OU DOS PREPOSTOS DO REU, QUANTO AS PROVIDENCIAS DE SEGURANÇA DELIBERADAS PELOS CONDOMINOS, NÃO RESPONDE O CONDOMINIO PELOS PREJUÍZOS ADVINDOS AOS CONDOMINIO EM RAZÃO DO FURTO DE SUA MOTOCICLETA NO INTERIOR DA GARAGEM.

(RESP 76984, julgado no dia 15 de abril de 1997, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

³⁸ OLIVEIRA, Cláudia Vieira de. Cláusula de Não-Indenizar. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. Ano 15, Outubro-Dezembro de 1991, p. 32.

³⁹ AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de Não Indenizar**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 150-151.

validade da cláusula de não indenizar. Contudo, este tema não será analisado agora, visto que será abordado no último capítulo deste trabalho.

CAPÍTULO II – DO CONTRATO DE TRANSPORTE

1. Conceito e Requisitos do Contrato de Transporte

O Código Civil de 2002 disciplinou, de maneira inédita, o contrato de transporte. Até o seu advento, não existia, no direito brasileiro, um diploma no qual constassem os princípios básicos e norteadores do ajuste, os direitos e deveres que dele emanam e, sobretudo, a responsabilidade dos contratantes. O Novo Código veio a suprir essa lacuna e regular o referido acordo no Livro I, Título VI, Capítulo XIV, dividindo-o em três seções, respectivamente, intituladas “Das Disposições Gerais”, “Do Transporte de Pessoas” e “Do Transporte de Coisas”.⁴⁰

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira:

Tem-se o contrato de transporte, quando alguém, denominado condutor ou transportador, obriga-se perante o passageiro ou expedidor a conduzir pessoa ou coisa de um lugar para outro, por determinado meio, com segurança e zelo, mediante remuneração. Quando o transporte se refere à pessoa, o obrigado é designado por condutor e a contraparte, passageiro ou viajante; em se tratando de transporte de coisa, as partes são chamadas, respectivamente, por transportador e expedidor ou remetente.⁴¹

Na esteira da definição cunhada por Caio Mário, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho traçaram a sua, *in verbis*: “...o negócio jurídico bilateral, consensual e oneroso, pelo qual uma das partes (transportador ou condutor) se obriga a, mediante remuneração, transportar pessoa ou coisa a um destino previamente convencionado”.⁴²

⁴⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 789.

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Contratos**. Volume III, Rio de Janeiro: Forense, p. 327.

⁴² GAGLIANO, Pablo Stoze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo Curso de Direito Civil. volume IV: contratos, tomo II**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 453.

Para Sílvio Venosa, contrato de transporte é “o negócio jurídico pelo qual um sujeito se obriga, mediante remuneração, a entregar coisa em outro local ou a percorrer um itinerário para uma pessoa”.⁴³

Não podemos esquecer de trazer à colação o conceito de Pontes de Miranda sobre o contrato em exame: “contrato de transporte é o contrato pelo qual alguém se vincula, mediante retribuição, a transferir de um lugar para outro pessoa ou bens.”⁴⁴

Na mesma linha das definições acima transcritas, o art. 730 do Código Civil dispõe que: “Pelo contrato de transporte, alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas.”⁴⁵

Depreende-se, do disposto no art. 730, que são quatro os elementos ou requisitos do contrato em análise: o passageiro (ou a coisa transportada, se o transporte for de coisas), o transportador, a transladação e a onerosidade ou retribuição.

Consoante Carlos Roberto Gonçalves, a mudança da coisa ou da pessoa de um lugar para outro, sob a responsabilidade total do transportador, é o principal elemento do contrato em análise.⁴⁶

Todavia, a transferência de coisas ou pessoas de um lugar para outro não é um elemento exclusivo desta modalidade de acerto contratual. Sendo assim, é importante que entendamos a diferença do deslocamento num e noutro caso.

No contrato de transporte, a transladação é o seu objeto principal; noutros casos, ainda que haja a condução das coisas ou das pessoas de um local para outro, essa atividade é um elemento secundário ou acessório. Se uma pessoa, por exemplo, compra determinadas mercadorias que deverão ser entregues em outra

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos em Espécie**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 483.

⁴⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. V. 45, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 8.

⁴⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> consultado em: 02 de outubro de 2011.

⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume III: Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 451.

praça, a relação entre os sujeitos desse contrato será regida pelo contrato de compra e venda, em vez do contrato de transporte.⁴⁷

Pelo pacto em tela, o transportador, contanto que remunerado, obriga-se a conduzir a pessoa ou as coisas de um lugar ao seu destino, já determinado. A obrigação do passageiro, ou usuário, restringe-se ao pagamento do preço avençado e à obediência ao regulamento do transporte e às outras normas do pacto.⁴⁸ Sérgio Cavalieri Filho lembra bem que o adimplemento da passagem faz parte da execução do contrato, mas não da sua formação, que decorre apenas do encontro de vontades.⁴⁹

Pode-se dizer, pois, que o transportador assume uma obrigação de resultado ao celebrar o contrato de transporte, qual seja, transportar o passageiro são e salvo, se o transporte for de pessoas, ou as mercadorias sem avarias ao seu destino, se o transporte for de coisas. A frustração desse resultado implica o inadimplemento contratual por parte do transportador, obrigando-o ao ressarcimento dos prejuízos sofridos pela outra parte.⁵⁰

Na mesma senda, vão Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, para os quais o contrato em tela “embute, inequivocamente, uma obrigação de resultado: transportar a pessoa ou o bem, ao local de destino, em perfeita segurança.”⁵¹

Segundo os aludidos autores:

Mesmo que o instrumento contratual não explicita, é decorrência do princípio da função social do contrato e da regra ética de boa-fé objetiva (arts. 441 e 442 do CC-02) que o transportador tem o dever de levar o passageiro, a salvo e em segurança, até o local de destino.

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume III: Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 451.

⁴⁸ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 283.

⁴⁹ CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 193.

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 4: responsabilidade civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 223.

⁵¹ GAGLIANO, Pablo Stoze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo Curso de Direito Civil. volume IV: contratos, tomo II**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 453.

A quebra dessa obrigação implícita de natureza contratual impõe o reconhecimento da responsabilidade objetiva do transportador, que deverá indenizar a vítima independentemente de ter atuado ou não com dolo ou culpa.⁵²

Também é essa a opinião de Paulo Nader, de acordo com o qual não basta o mero esforço do transportador em providenciar que o passageiro ou a coisa transportada cheguem ao seu destino para que haja o adimplemento contratual. O que somente ocorre se, de fato, o passageiro ou a mercadoria forem entregues ileso, dado que a obrigação do transportador é de resultado, e não de meio.⁵³

Para Sérgio Cavalieri:

...a característica mais marcante do contrato de transporte é a cláusula de incolumidade que nele está implícita. A obrigação do transportador não é apenas de meio, e não só de resultado, mas também de garantia. Não se obriga ele a tomar as providências e cautelas necessárias para o bom sucesso do transporte; obriga-se pelo fim, isto é, garante o bom êxito. Tem o transportador o dever de zelar pela incolumidade do passageiro na extensão necessária a lhe evitar qualquer acontecimento funesto.⁵⁴

A jurisprudência não discrepa desse entendimento, como vemos pelas seguintes ementas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. TRANSPORTE. INDENIZAÇÃO. PASSAGEIRA LESIONADA EM INTERIOR DE COLETIVO NO QUAL TRAFEGAVA. Violado o dever de incolumidade da passageira, resta patente o dever da transportadora de reparar os danos sofridos pela autora. É devida indenização pelos danos morais advindos da violação da integridade física da autora. Quantum indenizatório mantido. Em se tratando de responsabilidade civil contratual, os juros de mora incidem desde a data da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil e art. 219, caput, do CPC.

⁵² GAGLIANO, Pablo Stoze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo Curso de Direito Civil. volume IV: contratos, tomo II.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 475.

⁵³ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, volume 3: Contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 356-357.

⁵⁴ CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas, 2009, p. 295.

Litigância de má-fé não caracterizada. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. RECURSO ADESIVO IMPROVIDO.⁵⁵

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE TRANSPORTE. PASSAGEIRO DE ÔNIBUS. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. QUEDA. IMPLEMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DANOS MORAIS. 1. Contrato de transporte. Responsabilidade objetiva (artigos 734, 735 e 738 do NCC e art. 14 do CDC). **Principal característica do contrato de transporte consiste na cláusula de incolumidade do passageiro, a qual não foi respeitada no caso concreto. Demonstrado o nexu causal (queda e lesões), de modo que implementada a responsabilidade civil objetiva.** Inexistência de comprovação de mácula na conduta da vítima. 2. Dano moral. Fratura no ombro. Manutenção da verba indenizatória fixada em sentença. Observância do patamar ordinariamente fixado nesta Câmara para casos análogos. 3. Ausência de comprovação do recebimento de valores correspondentes ao seguro obrigatório. 4. Juros de mora incidem a partir da citação, uma vez que se trata de responsabilidade civil contratual (art. 405 do CC). 5. Compensação dos honorários advocatícios. Possibilidade. Art. 21, caput, do CPC e Súmula n. 306 do STJ. "O benefício da gratuidade judiciária não afasta a imposição da sucumbência, e, por conseguinte, da compensação desta, mas apenas possibilita a suspensão do pagamento, na hipótese de condenação ao pagamento de tal ônus, pelo período de cinco anos" (AgRg no REsp 1019852/MG). APELO DA DEMANDANTE IMPROVIDO. APELO DA DEMANDADA PROVIDO PARCIALMENTE.⁵⁶

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGA. AÇÃO DE COBRANÇA. ROUBO DA CARGA TRANSPORTADA. ASSALTO À MÃO ARMADA. MOTIVO DE FORÇA MAIOR. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE NÃO CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR MANTIDA. A cláusula de incolumidade, inerente ao contrato de transporte, orienta no sentido de que a responsabilidade imputável ao transportador somente pode ser afastada ante a demonstração de que o evento danoso resultou de caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da própria vítima ou fato exclusivo de terceiro. Não configurado, no caso dos autos, o fortuito invocado, porquanto presente a previsibilidade de ocorrência de assalto à mão armada, em razão da mercadoria transportada e da região em que embarcada, estando ao alcance do transportador a adoção de mecanismos de segurança voltados a coibir o ato criminoso ou reduzir as conseqüências dele decorrentes. Assim, ausente a cautela recomendada pelo caso concreto e pelo próprio risco da atividade

⁵⁵ Apelação Cível Nº 70037873114, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgada em 24/11/2010.

⁵⁶ Apelação Cível Nº 70037167236, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Judith dos Santos Mottecy, Julgado em 14/10/2010.

econômica explorada, compete ao transportador responder perante o proprietário da carga pelo valor da mercadoria transportada. RECURSO NÃO PROVIDO.⁵⁷

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANOS MORAIS E PENSIONAMENTO. MUNICIPALIDADE NO PÓLO PASSIVO. TRANSPORTE ESCOLAR PRESTADO POR EMPRESA CONTRATADA PELO PODER PÚBLICO MUNICIPAL. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO EM DECORRÊNCIA DO REGIME JURÍDICO PRÓPRIO APLICÁVEL AOS ENTES PÚBLICOS. ATROPELAMENTO DE CRIANÇA COM RESULTADO MORTE. RESPONSABILIZAÇÃO DA EMPRESA RÉ APELANTE EM VIRTUDE DA CONDUTA CULPÁVEL DO SEU PREPOSTO, CONDUTOR DA KOMBI ESCOLAR. **CLÁUSULA DE INCOLUMIDADE FÍSICA NO CONTRATO DE TRANSPORTE DE PESSOAS.** AUSÊNCIA DE DILIGÊNCIA NO SENTIDO DA PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DA CRIANÇA AO DESCER DO VEÍCULO ESCOLAR. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO ULTRA PETITA. ACOLHIMENTO DO PEDIDO SUCESSIVO. AUSÊNCIA DE EXCESSIVIDADE NA VERBA CONDENATÓRIA. Responsabilidade civil da municipalidade em virtude de acidente de trânsito, do qual resultou a morte de criança, filha dos autores, ao descer da Kombi escolar e realizar a travessia em rodovia. Existência de relação contratual do município com a empresa transportadora. Responsabilização da empresa ré apelante em virtude da conduta culpável do seu preposto, condutor da Kombi escolar, porquanto deu causa ao atropelamento, por caminhão, quando da realização, pela criança, de travessia após descer do veículo escolar, com resultado morte. Cláusula de incolumidade física ínsita ao contrato de transporte de pessoas. Ausência de diligência do condutor do veículo escolar no sentido da preservação da integridade da criança quando esta desceu da Kombi para realizar a travessia. Inexistência de decisão ultra petita, porquanto o julgador acolheu o pedido feito na modalidade sucessiva a respeito do montante a ser fixado a título de danos morais. Ausência de excessividade na verba condenatória. Perda trágica da filha de cinco anos. Razoabilidade, particularidades da causa, finalidades reparatórias e parâmetros da Câmara em casos similares. APELO IMPROVIDO.⁵⁸

Por derradeiro, como salientado na ementa do acórdão a seguir citado, ao transportado não basta fazer prova de que sua incolumidade foi violada pelo transportador, cabendo-lhe, também, a demonstração de que isso aconteceu no transcurso do trajeto e, principalmente, em razão do contrato de transporte firmado.

⁵⁷ Apelação Cível Nº 70033694902, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 06/05/2010.

⁵⁸ Apelação Cível Nº 70025728510, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Judith dos Santos Mottecy, Julgado em 18/12/2008.

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE. CLÁUSULA DE INCOLUMIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR. LIMITES. ASSALTO. IMPROCEDÊNCIA. - A obrigação do transportador é de conduzir o passageiro são e salvo ao lugar de destino. Essa responsabilidade tem cunho objetivo e é fundada na teoria do risco, bem como no regramento das relações de consumo (Lei n.º 8.078/90). Necessária relação de causa e efeito entre o evento danoso e a prestação do serviço de transporte. **Desse modo, para ter seu direito à indenização reconhecido, o passageiro deve demonstrar não só que a sua incolumidade não foi assegurada, mas também que o evento danoso ocorreu no curso do transporte e, ainda, em razão dele.** - O assalto a passageiro é fato doloso e exclusivo de terceiro, classificado como fortuito externo e considerado inteiramente estranho aos riscos da prestação dos serviços de transporte, razão pela qual não enseja a responsabilidade do transportador. Jurisprudência do STJ e TJ. - Na hipótese dos autos, o evento danoso alegado (assalto) sequer ocorreu no curso do transporte, pois o autor se encontrava na via pública dirigindo-se à estação de trem. Pretensão indenizatória manifestamente improcedente. Apelo provido.⁵⁹

Sobre o último dos quatro requisitos do contrato de transporte, a onerosidade, Orlando Gomes destaca que ela é da essência do ajuste, uma vez que o referido contrato se constitui em atividade econômica com finalidade lucrativa, não se podendo aceitar a sua forma graciosa, a menos em situações excepcionais. Ainda que sem remuneração, caracteriza-se o transporte, mas, nesses casos, a responsabilidade do transportador será diversa, o que será analisado na subseção seguinte deste capítulo, juntamente com o transporte gratuito e com o aparentemente gratuito.⁶⁰

A onerosidade do transporte é, para Sérgio Cavalieri, inerente ao contrato de transporte, pois o preço se constitui na principal obrigação do passageiro. Admite-se até que o preço não seja pago diretamente em dinheiro (transporte aparentemente gratuito), mas não se pode, segundo ele, fugir da ideia de contraprestação nessa

⁵⁹ Apelação Cível Nº 70015388796, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 08/11/2007.

⁶⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 376.

espécie de pacto.⁶¹ Passemos, então, a analisar o conceito e a distinção entre o transporte gratuito e o aparentemente gratuito.

2. Contrato Gratuito e Contrato Aparentemente Gratuito

Preceitua o art. 736 do Código Civil de 2002 que não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia. O parágrafo único do mesmo dispositivo prossegue nos seguintes termos: não se considera gratuito o transporte quando, embora feito sem remuneração, o transportador auferir vantagens indiretas.⁶²

Da análise conjunta de ambas as regras se constata que existem duas espécies de contrato de transporte destituídas de remuneração, uma verdadeiramente gratuita e a outra apenas aparentemente gratuita. Mas qual a diferença?

No transporte gratuito, o transportador age por pura benevolência, sem interesse na obtenção de alguma vantagem ou benefício em razão da atividade que desempenha. Já no transporte aparentemente gratuito, embora o transportador não cobre para transportar a coisa ou a pessoa consigo, somente o faz porque objetiva o auferimento de alguma benesse⁶³, direta ou indiretamente.⁶⁴

⁶¹ CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 313.

⁶² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> consultado em: 03 de outubro de 2011.

⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume III: Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 472.

⁶⁴ Na visão de Carlos Roberto Gonçalves (in: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume III: Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 472), o lucro indiretamente obtido pelo transportador é exemplificado pelo caso do corretor de imóveis que leva seus clientes em seu carro colimando convencê-los de que aqueles bens que ele irá apresentar representam um excelente investimento e, com a venda, pretende receber a sua comissão. Sendo assim, não se pode dizer que ele transporta gratuitamente seus clientes, pois ele visa ganhar dinheiro através das negociações dos imóveis que ele mostra. Também se considera transporte pseudo gratuito, ou aparentemente gratuito, aquele em que o vendedor de automóveis conduz o carro para o possível comprador, a fim de lhe demonstrar as qualidades do veículo.

Já o transporte aparentemente gratuito é aquele, por exemplo, de pessoas deficientes ou idosas⁶⁵ que são conduzidas “gratuitamente” dentro do veículo, em virtude da sua situação peculiar ou idade avançada. Contudo, impende que se destaque que na passagem cobrada dos passageiros que não são deficientes ou idosos já está embutido um percentual referente à gratuidade daqueles. Logo, o fato de algumas pessoas serem transportadas sem que haja o pagamento direto da passagem não descaracteriza o contrato de transporte, visto que os demais passageiros compensam essa perda de receita pagando um valor maior do que pagariam se não existisse a isenção para idosos e deficientes, o que resulta num ganho indireto para a transportadora.

Há, pois, transportes chamados gratuitos, mas que, a bem da verdade, podem ter um jaez indiretamente oneroso, ou um interesse subjacente. Além dos casos já relatados, Stoco cita o exemplo do transportador aéreo que, para aumentar o faturamento, oferece programas de milhagens, pelos quais as pessoas que viajam usando suas aeronaves ganham determinado número de milhas, as quais, após atingir uma pontuação estabelecida, podem ser resgatadas, mediante a aquisição de “viagens de cortesia”.⁶⁶

O transporte gratuito se difere do transporte oneroso, não apenas em razão da retributividade deste, mas também no que diz respeito à responsabilidade civil do transportador. Pontes de Miranda não concorda que seja assim, pois, para ele, a ambos deveria ser atribuída a mesma carga de responsabilidade.⁶⁷ Entretanto, nesse ponto, a posição sustentada por ele é amplamente minoritária, como será analisado.

Arnaldo Rizzardo salienta que no contrato de transporte (oneroso), como se verá com maior profundidade à frente, não se perquire se o transportador teve culpa

⁶⁵ A Constituição Federal, art. 230, §2º, assegura aos maiores de 65 anos a gratuidade do transporte coletivo (Art. 230, § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos). Em alguns municípios, segundo Sérgio Cavalieri (in: **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 313), têm sido estendido esse benefício aos escolares até o primeiro grau.

⁶⁶ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 419.

⁶⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. V. 45, § 4.865, ns. 1, 2 e 3, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 51-45.

pela causação do evento danoso, porquanto sua responsabilidade é objetiva.⁶⁸ E no transporte gratuito, qual será a espécie de responsabilidade do transportador?

Durante um bom tempo a doutrina brasileira discutiu se a responsabilidade do transportador, na hipótese de a vítima ser levada gratuitamente, é contratual ou extracontratual. Na ótica de Aguiar Dias, essa responsabilidade sempre foi contratual, derivando essa característica do acordo de vontades firmado entre as partes, porque se, por um lado, alguém oferece carona; de outro lado, existe a manifestação de vontade daquele que aceita o convite, ainda que realizado exclusivamente por força de uma conveniência social.⁶⁹

E professa o autor: “Tem o transportador a liberdade de não transportar, de não entrar em relações com o passageiro e só aí existe um sinal de que o acordo necessário ao contrato se fez (no caso de haver o efetivo transporte)”.⁷⁰

No entanto, o entendimento vigorante em nosso sistema jurídico é outro. Como ocorre muitas vezes, a jurisprudência antecipou-se à própria lei, a ponto de o Superior Tribunal de Justiça ter editado, em 1995, a Súmula 145, *in verbis*: No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador será civilmente responsável por danos causados ao transporte quando incorrer em dolo ou culpa grave.⁷¹

Observa-se, pela redação do enunciado, que não adotamos a tese contratualista pura, pela qual o transportador assumiria a obrigação de resultado e, por consequência, responderia pelo dano ao passageiro em qualquer circunstância, em razão da cláusula tácita de incolumidade, mas sim a tese contratualista moderada, hoje correspondente ao art. 932 do Código Civil atual. Este dispositivo, a exemplo do que proclama a indigitada súmula do Superior Tribunal de Justiça, afasta a responsabilidade do transportador nos casos em que o evento danoso decorrer de sua culpa leve ou levíssima.⁷²

⁶⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 802.

⁶⁹ AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 4 ed., p. 199.

⁷⁰ *Id.* Op. Cit., p. 239-240.

⁷¹ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> consultado em: 01 de outubro de 2011.

O transporte gratuito não traz vantagem ao transportador, posto que ele nada recebe do passageiro. Por isso que a sua responsabilidade, em caso de acidente, depende, sempre, da comprovação de ter ele agido dolosamente ou com culpa grave, ficando isento de responsabilidade nas demais hipóteses.⁷³

Para Carlos Roberto Gonçalves, a responsabilidade aquiliana, chamada por alguns de extracontratual, é a que melhor se ajusta ao chamado transporte benévolo ou de cortesia.⁷⁴

Para Caio Mário, a responsabilidade extracontratual é aquela que se amolda com mais perfeição ao transporte gratuito, por não onerar demasiadamente aquele que, voluntariamente, ajuda outrem, como se depreende do seguinte excerto:

A idéia do transporte gratuito como contrato, e conseqüente obrigação de indenizar, embora goze foros de aceitação, não deixa de encontrar resistência, porque a sua generalização em certos casos atenta contra a realidade. Com efeito, não obstante a acolhida pretoriana, a mim pessoalmente me parece que a assimilação absoluta ofende o sendo de justiça. Não me parece de boa fundamentação jurídica que o motorista que faz um obséquio sem auferir qualquer proveito e muitas vezes movido por puro altruísmo (como no caso de conduzir um ferido ou um doente apanhado na rua e levado a um hospital) possa ser questionado pelo que venha a ocorrer com a pessoa transportada, e compelido a indenizar pelo dano sofrido pelo passageiro durante o trajeto. Entendo eu que, com esse raciocínio, deve sustentar-se alteração conceitual, deslocando-se a ocorrência do terreno da responsabilidade contratual para a aquiliana, com a aplicação do art. 159 do Código Civil [atual 186], em vez de se invocar uma presunção de culpa, caso em que o condutor somente se eximiria com a prova da não culpa. Caberia, portanto, ao prejudicado evidenciar que a lesão ocorreu por culpa do transportador.⁷⁵

Segundo Arnaldo Rizzardo, a legislação civil adotou claramente a responsabilidade extracontratual no transporte puramente gratuito ou benévolo, e a

⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume III: Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 471.

⁷³ *Id.* **Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 240.

⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume III: Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 472.

⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, n. 183, p. 213.

contratual, com a cláusula de garantia, no transporte oneroso e no aparentemente gratuito.⁷⁶

Logo, ao transporte aparentemente gratuito não se aplicam as regras que regem o transporte verdadeiramente gratuito, mas aquelas que regulamentam o transporte oneroso. É o que se passa a analisar.

3. Responsabilidade⁷⁷ Civil do Transportador

Como vimos, o Código Civil de 2002 trouxe importantes inovações relativamente ao contrato de transporte, máxime a virtude de organizar uma parte geral contendo princípios e diretrizes aplicáveis às inúmeras modalidades desse contrato multifacetado. Sendo assim, impõe-se que nos perguntemos que tipo de responsabilidade aquele diploma imputou ao transportador em geral: objetiva, calcada na teoria do risco, ou subjetiva, lastreada na ideia de culpa *lato sensu*, seja a responsabilidade do transportador contratual, seja ela extracontratual?⁷⁸

Conforme Carlos Roberto Gonçalves, costuma-se analisar o tema da responsabilidade civil do transportador sob três ângulos: em relação aos terceiros, em relação aos seus empregados⁷⁹ e em relação aos passageiros.⁸⁰

⁷⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 802-804.

⁷⁷ Segundo Aguiar Dias, a noção de responsabilidade está, etimologicamente, vinculada à ideia de imputabilidade e culpa. Responsável é aquele que inobserva um dever preexistente que conhecia e podia observá-lo. No entanto, ele considera que a definição de responsabilidade civil com base na culpa é insuficiente, sendo mais apropriada a sua conceituação apoiada na ideia de que aquele que causa um desequilíbrio econômico entre dois patrimônios, por ter causado um dano a outrem, tem a obrigação de tentar restabelecê-lo. (Dias, José de Aguiar. **Cláusula de Não Indenizar**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 11).

⁷⁸ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 287.

⁷⁹ Segundo Carlos Roberto Gonçalves (in: GONÇALVES, Carlos Roberto. Aspectos Relevantes do Contrato de Transporte e da Responsabilidade Civil do Transportador. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis/SC, n.º 108/109, 2006, p. 20-21), no tocante aos seus empregados, como o cobrador e o motorista de ônibus, a responsabilidade civil do transportador, decorrente do acidente do trabalho, é contratual, uma vez que se embasa na relação de emprego. Deve o empregado lesado, nessa situação, requerer sua indenização perante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Ademais, pode o empregado postular a condenação do empregador ao pagamento de uma indenização complementar com base no direito civil, caso ele descubra que seu patrão haja agido com dolo ou culpa na provocação do acidente que o feriu (Art. 7º, XXVIII, da Constituição

Quanto aos terceiros, a exemplo do proprietário de um veículo que, ao se deslocar de casa para o trabalho ou vice-versa, é abalroado por um ônibus que integra a rede de transporte rodoviário intramunicipal, a responsabilidade do transportador é extracontratual, visto que, até a ocorrência do sinistro, o condutor do veículo avariado e a empresa de transporte coletivo não possuíam nenhum liame de natureza contratual. O mesmo se pode dizer sobre o pedestre que, ao tentar

Federal: Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa). Também, existe a possibilidade de aplicação da cláusula genérica da teoria objetiva, prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil. A empresa poderá ainda ser responsabilizada por aquilo que seus empregados – motorista e cobrador, por exemplo – causarem a terceiros, com fulcro no art. 932, III, do Código Civil, podendo recobrar deles o que despendarem, caso tenham agido com dolo ou culpa. Por oportuno, cabe citar as seguintes ementas:

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE. OFENSAS PROFERIDAS POR COBRADOR À PASSAGEIRA. DEVER DE INDENIZAR. RELAÇÃO CONTRATUAL. JUROS MORATÓRIOS. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. 1. RESPONSABILIDADE CIVIL. Em restando comprovado o tratamento descortês e desproporcional dispensado por funcionário da empresa ré - cobrador de ônibus - à autora, em razão desta ter supostamente passado de forma rápida pela roleta, deve ser considerado como devida a indenização postulada. 2. QUANTUM INDENIZATÓRIO. A fixação da indenização por danos morais em R\$ 3.000,00 mostra-se adequada, atentando-se às condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, assim como à intensidade e duração do sofrimento, e à reprovação da conduta do agressor, não se olvidando, contudo, que o ressarcimento da lesão ao patrimônio moral deve ser suficiente para recompor os prejuízos suportados, sem importar em enriquecimento sem causa da vítima. 3. JUROS MORATÓRIOS. A contagem dos juros moratórios sobre a indenização, em se tratando de responsabilidade civil contratual, inicia da citação, nos termos do disposto nos artigos 219 do CPC e 405 do CC/2002. 4. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. REPARTIÇÃO. DESCABIMENTO. Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca, conforme Súmula n. 326 do STJ. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DA AUTORA E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DA RÉ. (Apelação Cível Nº 70043643824, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário Crespo Brum, Julgado em 01/09/2011)

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE TRANSPORTE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. QUEDA DO COLETIVO APÓS O DESEMBARQUE. ESMAGAMENTO DA MÃO PELO RODADO DIANTEIRO DO ÔNIBUS. DEVER DE PRUDÊNCIA E CAUTELA NÃO OBSERVADO PELO MOTORISTA CAUSA EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE NÃO CONFIGURADA. DEVER DE INDENIZAR. QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL ABATIMENTO DO VALOR RELATIVO AO SEGURO DPVAT. AUSÊNCIA DE PROVA DO PAGAMENTO EM PROL DA AUTORA. Embora tenha restando comprovado que o coletivo estava parado no momento da queda, o fato de a roda do ônibus ter passado em cima da mão da autora, causando o esmagamento do [membro](#), demonstra a ausência de cautela e prudência exigidas do preposto da empresa quando do desembarque da passageira, principalmente por ter sido utilizada a porta da frente do veículo, ao alcance da visão do motorista. Indenização por danos morais majorada para R\$ 16.350,00, quantia equivalente a 30 salários mínimos, considerando a média praticada por este Colegiado e a gravidade do dano que imputou à autora perda parcial de mobilidade da mão. A correção monetária pelo IGP-M deverá incidir desde a publicação do acórdão e os juros de mora de 1% fluirão desde a citação, inaplicável a Súmula n. 54 do STJ, por se tratar de responsabilidade civil contratual. SEGURO DPVAT. ABATIMENTO. Não tendo sido comprovado nos autos o pagamento de valores a tal título em prol da autora, vai indeferido o pedido de abatimento da indenização formulado pela ré/apelante. DESPROVIMENTO DO APELO DA RÉ E PROVIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO DA AUTORA. (Apelação Cível Nº 70041955923, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebut, Julgado em 22/09/2011)

atravessar a rua, é atropelado pelo ônibus ou por um automóvel de terceiros.⁸¹ A responsabilidade do transportador, nesses casos, tem como fonte geradora o ato ilícito praticado pelo motorista.

Originalmente, conforme lembrado por Carlos Roberto Gonçalves, essa responsabilidade calcava-se no art. 159 do Código Civil de 1916 (*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. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553*)⁸², que consagrava a responsabilidade subjetiva⁸³, o que implicava, para a vítima, a necessidade de provar que o transportador ou seu preposto tinham agido com culpa.⁸⁴

Entretanto, em se tratando de atropelamento de pedestre por ônibus, aplica-se a Constituição Federal de 1988, por meio do art. 37, §6º, que transformou essa responsabilidade em objetiva ao estender a responsabilidade estatal, fundada no risco administrativo, às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.⁸⁵

⁸¹ Conforme Sérgio Cavaliéri Filho (in: **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15), a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, consoante a espécie de dever jurídico violado. Se preexistente um vínculo obrigacional entre os sujeitos, e o dever de indenizar é derivado do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também denominada ilícito contratual ou relativo. Se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre ofensor e a vítima já haja uma relação jurídica consolidada, estamos diante da responsabilidade extracontratual, também chamada ilícito aquiliano ou absoluto.

⁸² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L3071.htm> Consultado em: 04 de agosto de 2011.

⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 4: Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 216.

⁸⁴ Art. 37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> consultado em: 04 de outubro de 2011).

⁸⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.292.

Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, consoante se observa pelas ementas abaixo colacionadas:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO PEDESTRE QUE CAMINHAVA NA MARGEM DIREITA DE RODOVIA. A responsabilidade da empresa de ônibus concessionária de serviço público é objetiva em relação a terceiros usuários ou não-usuários do serviço de transporte, prescindindo da prova da culpa pelo evento ocorrido, segundo decorre do art. 37, § 6º da Constituição Federal. Evidenciado o nexo de causalidade entre a conduta do preposto da transportadora e os danos sofridos pela autora, e não demonstrada qualquer excludente de responsabilidade, ônus que cabia à demandada, patente a sua responsabilidade pelo acidente de trânsito. Culpa concorrente ou exclusiva da autora não demonstrada. Devida a indenização pelos danos materiais comprovados nos autos. Inviável a condenação ao pagamento de lucros cessantes, pois, após o evento, a autora passou a perceber auxílio previdenciário e não restou comprovado que este era inferior ao valor alegadamente auferido antes do sinistro. Pretensão ao recebimento de pensionamento mensal que configura inovação recursal indevida. De toda sorte, ausente prejuízo patrimonial em decorrência de eventual perda parcial da capacidade laboral, é descabido o pretendido pensionamento. Devida indenização pelos danos morais, que decorrem do próprio evento danoso e que correspondem à violação da integridade física da autora. Quantum indenizatório fixado na sentença mantido. Não tendo a seguradora oferecido resistência à denúncia, não há falar em sucumbência na lide regressiva, sendo descabida a fixação de honorários em favor do patrono da denunciante. APELAÇÃO DA AUTORA PARCIALMENTE CONHECIDA E IMPROVIDA. APELAÇÃO DA DEMANDADA IMPROVIDA. APELAÇÃO DA SEGURADORA PARCIALMENTE PROVIDA.⁸⁶

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO DE PEDESTRE EM CORREDOR DE ÔNIBUS. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA ELIDIDA ANTE A DEMONSTRAÇÃO DA CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. - Em se tratando a demandada de empresa concessionária de serviço público, tem-se que sua responsabilidade pelos danos causados a terceiros, por ato de seu preposto, é objetiva e decorre do risco da exploração dos serviços de transporte coletivo, consoante preconiza o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. - Embora desnecessária a comprovação da conduta culposa do motorista do coletivo, está a pessoa jurídica prestadora de serviço público autorizada a comprovar a culpa exclusiva ou concorrente da vítima, a fim de excluir ou de mitigar sua responsabilidade pelo evento danoso. E no caso em

⁸⁶ Apelação Cível Nº 70036029932, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgada em 02/06/2010.

exame, a prova dos autos evidenciou que o acidente foi causado exclusivamente pela vítima, a qual efetuou a travessia da via fora da faixa de segurança, saindo da parte traseira de coletivo parado do lado oposto da via, surpreendendo o motorista do coletivo, que, por trafegar em baixa velocidade, conseguiu evitar consequências mais graves. - Lesão sofrida pela vítima de natureza leve, como atestado pelo DMJ. NEGADO PROVIMENTO AO APELO. POR MAIORIA.⁸⁷

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO DE CICLISTA POR ÔNIBUS UTILIZADO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE. NEXO DE CAUSALIDADE. IMPLEMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE CULPA DA VÍTIMA. DANOS MORAIS. 1. A responsabilidade objetiva do Estado encontra-se consagrada no ordenamento jurídico pátrio (art. 37, §6º, da CF e art. 43 do CC/2002), ou seja, a obrigação de indenizar do Estado ocorrerá se a vítima comprovar o nexo causal entre o fato narrado e o dano. Tal como as pessoas jurídicas de Direito Público, as concessionárias de serviços públicos sujeitam-se ao mesmo regime da Administração Pública no que diz respeito à responsabilidade civil, respondendo, portanto, objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (não-usuários). Assim, prescindível que a vítima comprove a culpa do agente do Estado (sentido lato) para que este seja obrigado a ressarcir/indenizar os danos advindos. Entretanto, tal responsabilidade pode ser afastada ou mitigada se restar demonstrada a culpabilidade exclusiva ou concorrente da vítima na concretização do evento lesivo. Inexistência de comprovação de qualquer mácula na conduta da vítima. Imprudência do motorista do veículo coletivo (artigos 28, 29, II e XI, §2º do CTB) comprovada. 2. A ocorrência de lesões e a dor inerente, além do sentimento de angústia no período de recuperação caracterizam naturalmente o dano moral, pois evidenciam os reflexos maléficos que a situação ou "episódio da vida" acarretou no contexto existencial do demandante. Manutenção do quantum fixado em [sentença](#), porquanto em consonância com as particularidades do caso concreto e não destoante da razoabilidade. APELAÇÃO IMPROVIDA.⁸⁸

Os serviços de transporte aéreo, ferroviário, aquaviário, rodoviário, marítimo, fluvial e lacustre são privativos da União (Art. 21, XII, da Constituição Federal de 1988), mas podem ser delegados à iniciativa privada, por meio de concessões, permissões ou simples autorizações. É evidente que a responsabilidade dessas

⁸⁷ Apelação Cível Nº 70025261363, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgada em 19/08/2010.

⁸⁸ Apelação Cível Nº 70033482522, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Judith dos Santos Mottecy, Julgada em 01/04/2010.

peças jurídicas, enquanto na prestação dessa atividade de interesse público, é objetiva, prevalecendo esse entendimento, uma vez que as disposições infraconstitucionais em contrário, se anteriores à Constituição, não foram por ela recepcionadas.⁸⁹

Como o mencionado dispositivo constitucional prevê a responsabilidade objetiva daqueles que causam danos a terceiros no exercício do serviço público, tal como se fosse prestado pelo próprio Poder Público, entende Carlos Roberto Gonçalves, no mesmo sentido esposado pela doutrina em geral, que ele nada tem a ver com a relação contratual mantida entre o transportador e quem o contrata, incidindo apenas nos casos de responsabilidade extracontratual.⁹⁰

E não é difícil entender o porquê disso. O art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988 dispõe, em sua parte final, que “...respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”, e terceiro, como nunca é demais repetir, é aquele que não mantém com o causador do dano uma relação jurídica preexistente.

Segundo Rui Stoco, existem casos em que a exploração do serviço de transporte é executada diretamente por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas privadas, independentemente de autorização, permissão ou concessão, visto que em alguns casos tais atividades não são privativas do Estado.⁹¹

O mesmo autor invoca os seguintes exemplos: turismo através de carroças puxadas a cavalos; os serviços de entrega de motoboys, turismo feito em navios nacionais e internacionais, etc.⁹²

⁸⁹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 288-289.

⁹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Aspectos Relevantes do Contrato de Transporte e da Responsabilidade Civil do Transportador. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis/SC, n.º 108/109, 2006, p. 20-21.

⁹¹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 289.

⁹² STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 289.

Tendo em vista que não há legislação específica sobre esses temas, aplica-se em matéria de responsabilidade civil do transportador a norma geral do art. 734 do Código Civil, assim redigida:

O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente de responsabilidade.⁹³

Contudo, não sendo o transporte realizado sob o manto do art. 37, §6º, da CF, porque o transportador não é pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, há a possibilidade de aplicar também a teoria objetiva por força do parágrafo único⁹⁴ do art. 927 do Código Civil, já que se trata de uma atividade profissional que objetiva o auferimento de lucro, exercida com regularidade e também perigosa, preenchendo, dessa forma, os requisitos do mencionado artigo.

Afora esses casos, aplicar-se-ia a regra geral estampada no art. 186⁹⁵ do Código Civil.

Por outro lado, em se tratando de responsabilidade decorrente de típica atividade de transporte, em que há uma relação contratualmente estabelecida entre o prestador do serviço e o usuário não existem dúvidas de a fonte geradora dessa responsabilidade será o descumprimento contratual, porque não cumpriu com a obrigação de resultado: levar incólume o passageiro até o destino.⁹⁶

Como vimos, o transportador, ao celebrar o contrato em tela, assume uma obrigação de resultado⁹⁷, qual seja, de apanhar o passageiro em determinado local

⁹³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Consultado em: 04 de outubro de 2011.

⁹⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁹⁵ Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁹⁶ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 289-290.

⁹⁷ É por aí que também vão os ensinamentos de Agostinho Alvim (in: **Da Execução Obrigações e suas Consequências**. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 341 *apud* STOCO, Rui. **Tratado de**

e levá-lo em segurança até o destino.⁹⁸ Esse dever de incolumidade constitui cláusula implícita de garantia, ínsita ao contrato em exame e se presume sempre. Pode ser considerada verdade cláusula pétrea, dado que imutável pela vontade do transportador.⁹⁹

Isso porque, de conformidade com o art. 733 do Código Civil¹⁰⁰, o transportador, além de percorrer o itinerário combinado dentro do tempo acertado, ele tem de responder pelos danos causados às pessoas transportadas.

Assim, se alguém compra uma passagem de ônibus para determinada cidade, mas o ônibus não parte para o lugar de destino, diz-se que houve inadimplemento contratual, posto que a empresa transportadora não satisfaz a contento a sua obrigação.

Logo, se o transportador garante a prestação do serviço, mas não obtém sucesso em sua promessa, tampouco o justifica com uma das cláusulas de excludentes admitidas, ele responde pelos prejuízos suportados pelo contratante.

Recordemos que o simples inadimplemento contratual enseja o dever de reparar os danos daí decorrentes, dispondo o art. 389 do Código Civil que: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais os juros e

Responsabilidade Civil. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 290), para quem a obrigação do transportador é de fim e não de meio. Não se obriga ele a tomar providências e cautelas necessárias para o bom sucesso do transporte; obriga-se pelo fim, isto é, garante o bom êxito. Daí a apreciação rigorosa de sua responsabilidade.

⁹⁸ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.** 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 290.

⁹⁹ Art. 733. Nos contratos de transporte cumulativo, cada transportador se obriga a cumprir o contrato relativamente ao respectivo percurso, respondendo pelos danos nele causados a pessoas e coisas.

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

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

¹⁰⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Consultado em: 05 de outubro de 2011.

atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.¹⁰¹

Portanto, de acordo com a lei civil, o descumprimento de obrigações nascidas de ajustes firmados já é suficiente, por si só, para impor a quem as inobservou o dever de reparar os malefícios derivados dessa atitude, mesmo que o faltoso não tenha agido culposamente.

Nesse aspecto, o art. 734 do código Civil cuida apenas da responsabilidade contratual do transportador, o que por óbvio pressupõe a existência de um vínculo preexistente ao dano.

A teoria aplicada é a objetiva, já que, pela obrigação de resultado, o transportador assume o risco de levar ileso o passageiro até o seu destino.

Nessa situação também tem aplicação o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor – má prestação do serviço -, cuja responsabilidade também é objetiva. Basta ver as ementas abaixo relacionadas:

TRANSPORTE AÉREO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ATRASO DE VOO. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. Voo compartilhado entre as companhias aéreas. **A responsabilidade civil do transportador aéreo é objetiva (art. 14 do CDC e arts. 21, XII, c, e 37, § 6º da CF), devendo reparar eventuais danos sofridos pelo consumidor, em virtude da má prestação do serviço oferecido.** Devida indenização por danos morais, cuja quantificação deve ser feita dentro de parâmetros razoáveis e considerando a gravidade do dano no caso concreto. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO IMPROVIDA¹⁰² (sem grifo no original)

TRANSPORTE AÉREO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATRASO DE VOO. A responsabilidade civil do

¹⁰¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Consultado em: 04 de outubro de 2011.

¹⁰² Apelação Cível Nº 70038188728, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Bayard Ney de Freitas Barcellos, Julgado em 19/10/2011.

transportador aéreo é objetiva (art. 14 do CDC e arts. 21, XII, c, e 37, § 6º da CF), devendo reparar eventuais danos sofridos pelo consumidor, em virtude da má prestação do serviço oferecido. Devida indenização por danos morais, cuja quantificação deve ser feita dentro de parâmetros razoáveis, considerando a gravidade do dano. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70035135508, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Bayard Ney de Freitas Barcellos, Julgado em 19/10/2011)¹⁰³

Tecidas essas considerações acerca da responsabilidade civil do transportador, importante que se analise as causas que excluem a sua responsabilidade. Para tanto, necessário que se investigue o significado e o alcance do art. 734¹⁰⁴ do Código Civil, o qual, ao mesmo tempo em que consagra a responsabilidade objetiva do transporte, prevê que essa pode ser arredada por meio da alegação e comprovação de ter sido o evento danoso causado por força maior, sem mencionar outras causas exoneratórias da responsabilidade do transportador.

Ante a redação desse artigo de lei, convém que façamos a seguinte indagação: Teria o legislador buscado restringir as hipóteses de exculpação do transportador no contrato de transporte?

Para Rui Stoco, não parece ter sido a intenção do legislador restringir as hipóteses de exculpação do transportador. Ainda assim, o autor citado entende que cabem duas críticas a respeito do art. 734 do Código Civil: Em primeiro lugar, ao prescrever o afastamento da responsabilidade do transportador apenas em caso de força maior; e, em segundo lugar, ao permitir que esse efeito apenas em relação aos danos causados às pessoas e suas bagagens, sem estender essa possibilidade aos danos provocados às coisas ou mercadorias transportadas.¹⁰⁵

¹⁰³ No mesmo sentido, os seguintes julgamentos: Apelação Cível Nº 70038396248, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Julgado em 19/10/2011; Apelação Cível Nº 70038249785, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Julgado em 19/10/2011, etc.

¹⁰⁴ Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade. Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização (disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Consultado em: 07 de outubro de 2011.

¹⁰⁵ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 290.

O mesmo autor ainda assevera que não se pode, por uma exegese literal e equivocada do art. 734 e também do art. 393¹⁰⁶, ambos do código Civil, suprimir a culpa exclusiva da vítima como excludente da responsabilidade do transportador.¹⁰⁷

Concluindo seu raciocínio, Rui Stoco proclama que qualquer causa que rompa o nexo de causalidade que ligue o agente ao resultado deve ser considerada como motivo de afastamento da responsabilidade, independentemente de estar, ou não, expressamente prevista em lei, pois, com a sua ocorrência, não pode o autor da ação ser reputado responsável pelo resultado.¹⁰⁸

Carlos Roberto Gonçalves, que partilha da mesma visão, discorre que: “Embora não mencionadas expressamente, devem ser admitidas também as excludentes da culpa exclusiva da vítima e do fato exclusivo de terceiro, por extinguiem o nexo de causalidade”.¹⁰⁹

E a culpa concorrente da vítima, que efeitos tem ela sobre a responsabilidade civil do transportador? Atentemos para o art. 738¹¹⁰, parágrafo único, do Código Civil, que cuida especificamente da interferência culposa da vítima na responsabilização do transportador.

Para Carlos Roberto Gonçalves, o aludido preceito, a exemplo do que fizera o art. 945 do Código Civil, estabeleceu um sistema de compensação de culpas, pelo qual, sempre que a vítima e o agente provocador concorrem para o evento danoso,

¹⁰⁶ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir (disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Consultado em: 06 de outubro de 2011).

¹⁰⁷ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 291-292.

¹⁰⁸ Id. Op. Cit., 2004, p. 291-292.

¹⁰⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 281.

¹¹⁰ Art. 738. A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço (disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Consultado em: 06 de outubro de 2011).

deve-se diminuir o montante da indenização proporcionalmente à gravidade da culpa do lesado, em confronto com a culpa do lesante.¹¹¹

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme se denota da seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE TRANSPORTE. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. DANOS MATERIAIS. TENTATIVA DE PEDESTRE DE EMBARCAR EM ÔNIBUS FORA DA PARADA. INGRESSO NEGADO PELO MOTORISTA. PARTIDA DO COLETIVO. PÉ DIREITO DA AUTORA PRENSADO ENTRE O PNEU E O CORDÃO DA CALÇADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA TRANSPORTADORA EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO USUÁRIOS. CULPA CONCORRENTE. Diante dos relatos e documentos trazidos aos autos, verifica-se a culpa concorrente do motorista e da vítima para a ocorrência do evento danoso. Da vítima, ao se posicionar fora do local apropriado para o embarque e permanecer na pista mesmo após ter-lhe sido negado o ingresso no ônibus. Estivesse a vítima na calçada, por certo que o pneu do coletivo não teria lhe atingido. Já a culpa do preposto da ré consiste no fato de ter posto em marcha o coletivo antes de se certificar que a pessoa que havia tentado embarcar já tinha se afastado do ônibus, diante da cautela exigida de qualquer motorista, em especial daqueles que transportam passageiros em veículos de grande porte. **Culpa de cada parte na proporção de 50%.** DANOS MORAIS E ESTÉTICOS ENGLOBALADOS. Considerando-se a gravidade da lesão, o abalo psicológico e o sofrimento impingidos à autora durante o longo período de internação hospitalar, bem como as cicatrizes decorrentes das cirurgias realizadas, que são impactantes e irreversíveis, a média praticada por este Colegiado a título de indenização é de 100 (cem) salários mínimos. Diante da culpa concorrente, a indenização por danos morais e estéticos vai arbitrada em R\$ 27.250,00, o que equivale a 50 (cinquenta) salários mínimos nacionais, valor a ser corrigido pelo IGP-M desde a publicação deste acórdão e com juros de mora de 1% desde a citação. DANOS MATERIAIS. **Indenização pelos danos materiais devida, porquanto comprovados os valores despendidos pela autora durante sua recuperação física, por meio das notas fiscais e recibos anexados aos autos, cumprindo à demandada o pagamento de 50% do total,** corrigido pelo IGP-M desde cada desembolso e acrescido de juros de mora de 1%, desde a citação. Demanda parcialmente procedente. APELO PROVIDO EM PARTE. (Apelação Cível Nº 70042634725, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 22/09/2011) (sem grifos no original).

¹¹¹GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 281.

Essa interpretação, no entanto, para Rui Stoco, não pode prosperar, já que parte de premissas equivocadas. A responsabilidade civil decorrente do descumprimento do contrato de transporte é objetiva, de tal maneira que é irrelevante o fato de o transportador ter, ou não, colaborado de algum para a ocorrência do evento que o lesou. Inadimplido o contrato, em razão de o serviço de transporte não ter sido, ou ter sido de forma defeituosa, nasce para o prejudicado o direito de exigir a reparação do dano, o que somente não poderá fazer se presente alguma causa exoneratória de responsabilidade do transportador.¹¹²

Conclusão lógica é que a concorrência de culpas nenhum reflexo tem sobre a responsabilidade do transportador, uma vez que esta é objetiva, mas tem sobre o montante da indenização.

De acordo com Rui Stoco, o que o art. 738, parágrafo único, do Código Civil permite é a minoração da indenização na medida ou proporção da participação da vítima para a ocorrência do dano, o que se dá mediante a transgressão a regras e instruções do transporte. Se, entretanto, a conduta do passageiro tiver ensejado o acidente, estará o transportador isento de indenizá-lo, visto que restará rompido o nexo de causalidade.¹¹³

Somente se afasta a responsabilidade do transportador, quebrando o nexo de causalidade, por um desses motivos: fato exclusivo da vítima, fato exclusivo de terceiro¹¹⁴, caso fortuito ou força maior^{115 116}.

¹¹² STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 301-302.

¹¹³ *Id. Op. Cit.* 2004, p. 301-302.

¹¹⁴ A jurisprudência segue orientação diferente, como se nota pela seguinte ementa:

APELAÇÃO. TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. DANOS MATERIAIS E MORAIS. FATO DE TERCEIRO. 1. Responsabilidade. A responsabilidade da empresa transportadora de passageiros é objetiva, somente elidida em circunstâncias que envolvam caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, não caracterizadas no caso concreto. Situação em que o micro-ônibus em que estavam os autores colidiu na traseira de um caminhão. Alegação de que o outro veículo estaria parado na pista não comprovada. **Ademais, eventual culpa de terceiro não elide a responsabilidade objetiva da transportadora. Súmula 187 do STF não revogada. Precedentes do STJ.** 2. Danos materiais. Ressarcimento do prejuízo material suportado pelos autores, referente a despesas com medicamentos, tratamentos, alimentação, transporte e perda da bagagem. Sentença que analisou todos os documentos acostados na sua particularidade, apurando a condenação a partir dos gastos relacionados ao acidente e efetivamente demonstrados. Impugnação genérica das rés e

Não é essa a visão de Carlos Roberto Gonçalves. Segundo o autor, se o Código Civil refere-se conjuntamente ao caso fortuito e à força maior, pode-se inferir, da análise do art. 734 daquele diploma, que o fato de ter sido mencionada somente a força maior revela a vontade do legislador de considerar excludente da

da seguradora. 3. Lucros cessantes. Considerando a natureza do pleito e a causa de pedir (o que teria deixado de ganhar), não procede tal pedido, tendo em vista que não comprovado efetiva perda. Autor que percebeu benefício previdenciário durante o período da convalescença, como admitido na inicial da demanda. Recursos das rés e da seguradora providos nesse ponto. 4. Danos morais. Caracterizados na espécie. Afora as lesões sofridas - algumas de maior gravidade, como as dos autores Éder e sua mãe, Maria Cenira - tiveram os demandantes suas bagagens definitivamente extraviadas. Verba reparatória. Mantidos os valores fixados na sentença, os quais levam em conta a situação de cada autor, considerando também a responsabilidade objetiva da demandada, a situação financeira das partes litigantes e os parâmetros da Câmara em situações similares. 5. Cobertura securitária dos danos morais. Sem expressa exclusão na apólice, devem ser cobertos pela seguradora, pois se identificam como espécie de danos pessoais. 6. Juros moratórios. Computados a partir da citação, porque imputáveis à companhia aérea demandada, que responde de forma objetiva e porque contratual a obrigação; não a partir do evento. Apelos das rés e da seguradora providos no tópico. 7. Dedução do valor do DPVAT. Cabível somente quando comprovado o recebimento, o que não ocorreu no caso em exame. 8. Verba honorária na lide regressiva. Imposição de ônus sucumbenciais à seguradora denunciada, diante da pretensão resistida, sem necessária fixação em percentual, em face da natureza eminentemente declaratória da lide derivada. Valor arbitrado em R\$1.000,00. Apelo das rés provido nesse ponto. Apelos das rés e da seguradora providos em parte; apelo dos autores improvido. (Apelação Cível Nº 70030392732, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Orlando Heemann Júnior, Julgado em 28/04/2011)

¹¹⁵ A jurisprudência é pacífica no sentido de que a força maior afasta a responsabilidade civil do transportador, já que rompe o nexo de causalidade. Nessa senda, as seguintes ementas:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. AÇÃO DE RESSARCIMENTO. ROUBO PARCIAL DE CARGA. ASSALTO À MÃO ARMADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO TRANSPORTADOR. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR EXTERNA. HIPÓTESE DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. PRECEDENTES DO STJ. Em que pese a responsabilidade do transportador seja objetiva, ela pode ser afastada quando provada a culpa exclusiva do dono da mercadoria, ou pela ocorrência de caso fortuito ou força maior, hipótese dos autos. O caso fortuito externo exclui o próprio nexo causal, equiparando-se à força maior, e, por via de consequência, exonera de responsabilidade o transportador. O STJ possui inúmeros precedentes nos quais se afirma a tese de que roubo de carga (assalto a mão armada), constitui força maior suficiente para excluir a responsabilidade da transportadora perante a seguradora, por se configurar como fato de terceiro inteiramente estranho à atividade de transporte. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70033197146, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Romeu Marques Ribeiro Filho, Julgado em 23/02/2011) (sem grifos no original).

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE AÉREO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ATRASO DE VOO. CONDIÇÕES CLIMÁTICAS DESFAVORÁVEIS. FORÇA MAIOR. EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE. OFERECIMENTO DE ACOMODAÇÕES E ALIMENTAÇÃO. DEMANDA CARENTE DE PARTICULARIDADE FÁTICA QUE EVIDENCIE A CONCRETIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. Atraso de voo em decorrência de condições climáticas desfavoráveis. Força maior. Assistência ao passageiro prestada (acomodação, alimentação e voo na manhã seguinte). Inexistência de violação à esfera jurídica equivalente à dignidade, integridade moral e/ou personalidade do demandante APELO IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70036927358, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Judith dos Santos Mottecy, Julgado em 26/08/2010)

¹¹⁶ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 301-302.

responsabilidade do transportador apenas os acontecimentos relacionados à natureza, como raios, enchentes, terremotos, etc, mas não aqueles ligados à ação humana, como a greve, guerra, etc.¹¹⁷

Por último, depois de analisada a fundo a cláusula de não indenizar (no primeiro capítulo) e o conceito e, principalmente, a responsabilidade civil que decorre do contrato de transporte para o transportador (no presente capítulo), é importante verificar se a citada cláusula tem eficácia no aludido ajuste, o que será levado a cabo no próximo capítulo desse trabalho.

¹¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Aspectos Relevantes do Contrato de Transporte e da Responsabilidade Civil do Transportador. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis/SC, n.º 108/109, 2006, p. 30.

CAPÍTULO III – A CLÁUSULA DE NÃO-INDENIZAR NO CONTRATO DE TRANSPORTE

Como vimos no primeiro capítulo deste trabalho, a cláusula de não-indenizar consiste numa declaração expressa de vontade mediante a qual uma das partes de um contrato visa se subtrair das consequências patrimoniais que adviriam em virtude de um fator de responsabilidade a ela atribuível. Trata-se, portanto, de uma medida para alterar os efeitos legais que se produziriam sobre determinado negócio jurídico, caso essa convenção não fosse inserida no acordo.

No presente capítulo, analisaremos a validade da cláusula de não-indenizar nos contratos de transporte de coisas e de pessoas.

1. Aplicabilidade no Contrato de Transporte de Coisas

A cláusula de não-indenizar sempre foi repudiada pelo ordenamento jurídico brasileiro, porquanto, segundo Aguiar Dias, atribuir-lhe validade implicaria desproteger o particular economicamente mais fraco, em favor das organizações empresariais mais poderosas, o que contraria o interesse social.¹¹⁸

Essa proibição de se exonerar o dever de indenizar do transportador já constou de inúmeros diplomas legislativos, como se verifica no art. 247 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86 - transporte aéreo interno); no art. 23, I, da Convenção de Varsóvia (transporte aéreo internacional), substituída pela Convenção de Montreal, que também veda a convenção de não-indenizar, reputando-a nula (art. 26); no art. 12 do Decreto 2.681/12 (transporte ferroviário) e no art. 1º do Decreto 19.473/30, já revogado.¹¹⁹

A jurisprudência brasileira, de forma caudalosa, sempre foi contrária a essa disposição no contrato de transporte, a ponto de o Supremo Tribunal Federal, em

¹¹⁸ AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de Não-Indenizar**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 39-40.

¹¹⁹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 304.

1963, ter editado a súmula 161 com a seguinte redação:
Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar.

Na esteira do enunciado sumular acima vão as seguintes decisões, também do Supremo Tribunal Federal:

TRANSPORTE MARITIMO. CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR. SÚMULA 161 DO S.T.F. O FUNDAMENTO DE QUE A MERCADORIA ERA FRÁGIL E, PORTANTO, O RISCO DO TRANSPORTE NÃO ERA DE ATRIBUIR-SE AO TRANSPORTADOR MARITIMO, NÃO É DE ACOLHER-SE, PORQUANTO A JURISPRUDÊNCIA DO S.T.F. FIRMOU-SE, CONFORME A SUA SÚMULA N. 161, NO SENTIDO QUE É INOPERANTE, EM CONTRATO DE TRANSPORTE, A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR.¹²⁰

DIVERGE, MANIFESTAMENTE, DA SÚMULA N. 161 DO SUPREMO TRIBUNAL, ONDE SE CONSAGRA A INOPERANCIA DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR, O ACÓRDÃO RECORRIDO, QUE PLACITOU ESTIPULAÇÃO, LIMITATIVA DA RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR MARITIMO, A VALOR CAPAZ DE TORNAR IRRISORIA A INDENIZAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.¹²¹

SEGURO MARITIMO - CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR. EM CONTRATO DE TRANSPORTE, É INOPERANTE A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR (SÚMULA 161).¹²²

CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR. ILEGALIDADE. NÃO SE TRATA DE INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL, MAS DE SUA VALIDADE EM FACE DA LEI. E CONTRA ESSA VALIDADE, NO CASO, EXISTE A SÚMULA 161. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.¹²³

¹²⁰ RE 109516, julgado, em 11/12/1987, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, relatoria do então Ministro Djaci Falcão.

¹²¹ RE 107361, julgado, em 24/06/1986, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, relatoria do então Ministro Octávio Gallotti.

¹²² RE 78012, julgado, em 18/06/1974, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, relatoria do então Ministro Aliomar Baleeiro.

¹²³ RE 73050, julgado, em 21/03/1972, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, relatoria do então Ministro Luiz Gallotti.

Na mesma linha da referida súmula, o Código de Defesa do Consumidor proíbe a cláusula de não indenizar nas relações de consumo, consoante se depreende da leitura conjunta dos artigos 24¹²⁴ e 25¹²⁵ do aludido diploma. Não bastassem essas disposições, o Código Consumerista, ao tratar das cláusulas abusivas, em seu art. 51, tacha de nulas as previsões contratuais que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis.

Com efeito, o contrato de transporte, seja de pessoas, seja de coisas, sempre que perfaça as características da relação de consumo se encontra sob a égide do Código de Defesa do Consumidor. Logo, em qualquer caso, será nula de pleno direito a cláusula de não-indenizar no contrato de transporte se ele for disciplinado por aquele diploma, de acordo com Alberto do Amaral Júnior.¹²⁶

Para Rui Stoco, atualmente, em virtude do art. 734¹²⁷ do Código Civil de 2002, a cláusula de não-indenizar foi banida definitivamente de nossa legislação no que tange ao contrato de transporte, visto que prevista em disposição geral, com força, portanto, de alcançar qualquer modalidade de transporte remunerado.¹²⁸

Acompanhando esse entendimento, Arnaldo Rizzardo leciona que:

¹²⁴ Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expreso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

¹²⁵ Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuem a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

¹²⁶ JÚNIOR, Alberto do Amaral. O Código de Defesa do Consumidor e as Cláusulas de Limitação de Responsabilidade nos Contratos de Transporte Aéreo Nacional e Internacional. **Revista dos Tribunais**, volume 759, janeiro de 1999, p. 69-72.

¹²⁷ Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade. Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização (disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Consultado em: 10 de outubro de 2011)

¹²⁸ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 304.

Num contrato de transporte, não encontra respaldo legal a celebração de um ajuste que livra o condutor de toda e qualquer responsabilidade pelos acidentes que acontecerem, verificada ou não a culpa no evento. Não se dá amparo à convenção que dispõe sobre a dispensa ou não de regras de condução, ou que transige sobre a imprudência, a negligência, a imperícia, e sobre quaisquer obrigações inerentes ao exercício da profissão. Realmente, foge ao bom senso estipular a possibilidade de afastar a responsabilidade, importando indiretamente em abrir campo para o cometimento de infrações, ou em dar carta de alforria à má-fé, à arbitrariedade, à imoralidade. Por isso, sem valor algum a inserção de disposição em regulamento de hospital, isentando-o de responsabilidade por erros ou deficiências de funcionários e médicos; ou de norma em contrato de transporte pela qual se afasta qualquer dever de indenizar por deterioração ou perda de mercadorias.¹²⁹

Não podemos, entretanto, confundir a cláusula de não indenizar com a cláusula limitativa de responsabilidade, já tratada no primeiro capítulo deste trabalho. Através desta se estabelece um limite máximo do valor da indenização, mas não se suprime o direito à indenização, ou, ainda, se estipula um tabelamento conforme o tipo de infortúnio que acontecer. A cláusula limitadora da reparação não restou proibida pelo Código Civil, o qual ressalvou a aplicação de preceitos da legislação especial e de tratados e convenções internacionais (art. 732¹³⁰), diplomas em que há expressa previsão acolhendo esse sistema limitador.¹³¹

Também, Carlos Roberto Gonçalves advoga a validade da cláusula que restringe o dever de indenizar no contrato de transporte de mercadorias, desde que a sua fixação corresponda a uma vantagem para o outro contratante, como, por exemplo, a redução da tarifa em favor de quem a despachou.¹³²

No entanto, há precedentes do Superior Tribunal de Justiça sinalizando a invalidade de qualquer limite indenizatório fixado por legislação ou por meio de uma

¹²⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil: Lei 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 886-7.

¹³⁰ Art. 732. 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. (disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Consultado em: 10 de outubro de 2011).

¹³¹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 304.

¹³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil: 10 ed.**, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 826.

simples convenção se o transporte – no caso transporte aéreo – for regido pelo Código de Defesa do Consumidor, que, como mencionado, reputa nula tal disposição, por força do seu art. 51.

Senão vejamos:

Processo civil. Agravo de instrumento. Transporte aéreo. Cancelamento de vôo. Danos morais. Convenção de Varsóvia. Limites indenizatórios. Inaplicabilidade. Alteração do valor da indenização em sede de recurso especial. Ausência de fundamentos capazes de ilidir a decisão agravada.

- **A Segunda Seção do STJ fixou o entendimento de que a prestação defeituosa do serviço de transporte aéreo, ocorrida após a vigência do CDC, não se subordina aos limites indenizatórios instituídos pela Convenção de Varsóvia.**

- A alteração dos valores arbitrados a título de reparação de danos extrapatrimoniais somente é [possível](#), em sede de recurso especial, nos casos em que o valor fixado destoa daqueles arbitrados em outros julgados recentes desta Corte ou revela-se irrisório ou exagerado.

- Ausentes argumentos capazes de ilidir a decisão agravada, esta se mantém por seus próprios fundamentos. Agravo não provido. (sem grifo no original)¹³³

CIVIL E CONSUMIDOR. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. TRANSTORNOS. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. INAPLICABILIDADE. QUANTUM. RAZOABILIDADE.

1 - Segundo julgados das Turmas que compõem a Segunda Seção, defeituoso o serviço de transporte aéreo, com extravio de bagagem, após a vigência do CDC, não mais se aplicam os limites indenizatórios tarifados da Convenção de Varsóvia.

2 - Ao STJ, em sede de recurso especial, somente é dado alterar o valor da indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado o valor, o que não acontece na espécie, onde fixado em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

3 - Agravo regimental não provido.¹³⁴

Voltando à cláusula de não indenizar, Álvaro Luiz Damásio Galhanone disserta sobre a sua validade nos seguintes termos:

¹³³ AgRg no AgRg no Ag 667472 / RJ, julgado, em 16/11/2006, pela Terceira Turma do STJ, relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

¹³⁴ AgRg no Ag 548852 / RJ, julgado em 16/09/2004 pela Quarta Turma do STJ, relatoria do Ministro Fernando Gonçalves.

A cláusula de não indenizar é, portanto, convenção que, em princípio, deve ser reputada válida e eficaz, desde que regularmente discutida e aceita por ambas as partes, posicionadas em igualdade absoluta. Exatamente por esse motivo, não pode merecer guarida sempre que, por qualquer motivo, encontrarem-se os contratantes em situações diversas, rompendo-se, assim, o equilíbrio entre eles e a possibilidade de uma livre negociação. Dentre todas as restrições que pode sofrer, é a de maior importância a que condiz com sua aplicação nos contratos de adesão. E nem poderia ser de outra forma, posto que as figuras jurídicas, fruto da evolução histórica, só podem ter sentido e merecer aceitação quando destinadas não à satisfação de interesses meramente particulares, mas, sim, aos anseios do próprio homem, este o único e verdadeiro objetivo da Ciência Jurídica e dos ideais da justiça.¹³⁵

Na mesma linha esposada por Galhanone, já decidiu, em 2008, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento da apelação n.º 70022105688, cuja ementa segue:

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE. CLÁUSULA DE IRRESPONSABILIDADE PROPOSTA PELO REMETENTE. VALIDADE. CONDENAÇÃO DO TRANSPORTADOR EM AÇÃO REGRESSIVA DO SEGURADOR. REEMBOLSO DOS VALORES POR AQUELE QUE ASSUMIU CONTRATUALMENTE A RESPONSABILIDADE PELO RISCO.

A responsabilidade civil do transportador de cargas é objetiva, somente podendo ser afastada, segundo a doutrina e jurisprudência, quando da ocorrência de caso fortuito, força maior ou vício da própria coisa, hipóteses às quais deve ser agregada a cláusula de irresponsabilidade ou de não indenizar inequivocamente pactuada pelas partes que, no caso, são empresas de grande porte e, assim, encontram-se em posição contratual idêntica que lhes permitiu discutir e estabelecer consenso acerca dos termos da avença. A iniciativa de inserção da referida cláusula exonerativa de responsabilidade no contrato *sub judice* partiu da própria contratante do transporte que obteve nítido benefício de redução nos custos do frete, razão pela qual deve suportar os prejuízos advindos da perda da mercadoria transportada, ressarcindo-os ao transportador que teve de suportá-los em ação regressiva movida pelo segurador com quem o proprietário da carga mantinha contrato. Negado provimento ao recurso e mantida a sentença de procedência do pedido, por maioria. Vencido o Em. Revisor, que dá provimento ao recurso.¹³⁶

¹³⁵ GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. A Cláusula de Não Indenizar. **Revista dos Tribunais**. Ano 71, v. 565, 1982, p. 30.

¹³⁶ Disponível em:

http://www1.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?pesq=ementario&as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Juti%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A70022105688.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=
Consultado em: 10 de outubro de 2011.

Conforme salientado pelo relator, Desembargador Cláudio Baldino Maciel, o pacto estabelecido entre a apelante e a apelada foi celebrado em 2001, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, quando ainda o referido contrato era regido pelo Código Comercial, o qual já impunha responsabilidade objetiva ao transportador.

Já naquela época a doutrina e a jurisprudência eram bastante refratárias à exclusão do dever de indenizar via cláusula exoneratória. Mesmo assim, segundo aquele julgador, deve-se fazer uma distinção entre as espécies de transporte, conforme a natureza dos envolvidos.

De um lado, encontram-se os contratos com repercussão social, em que uma das partes, geralmente o contratante, acha-se em grau de inferioridade ou hipossuficiência perante o transportador. E, de outro lado, os contratos paritários, nos quais inexistente esse desnível econômico entre os pactuantes, o que permite que as partes consigam negociar em igualdade de condições, sem que uma delas faça a sua vontade prevalecer sobre a da outra.

No primeiro caso, despida completamente de validade a cláusula de não indenizar, ainda mais após o advento do Código de Defesa do Consumidor, pelos motivos já expostos anteriormente.¹³⁷

Nos demais ajustes, em que a contratação pauta-se, basicamente, pela liberdade de contratar e pelos limites mínimos estabelecidos para qualquer negócio jurídico, considera-se válida a cláusula de não indenizar, desde que respeitadas algumas condições, tais como: a bilateralidade de consentimento com referência à aludida cláusula; a inexistência de contrariedade da disposição à norma que tutela interesse de ordem pública; a igualdade de posição das partes contratantes; a ausência de escopo voltado a eximir dolo ou culpa grave do estipulante e a inexistência de intenção de afastar obrigação cuja ausência desnatura o contrato.

¹³⁷ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis (disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Consultado em: 10 de outubro de 2011.

Na situação em análise, a inclusão da cláusula de não indenizar partiu do próprio contratante do transporte, o qual se beneficiou dessa cláusula para obter a redução do preço do frete. Ademais, por se tratar de contrato entre duas empresas de grande porte, não se pode dizer que há desequilíbrio entre as partes capaz de inquinar de invalidade a referida pactuação.

Portanto, a validade da cláusula de não-indenizar depende, como apreciado no julgamento acima comentado, da observância de alguns requisitos, os quais serão analisados a seguir.

Em primeiro lugar, exige-se a bilateralidade do consentimento, considerando-se completamente ineficaz a declaração realizada unilateralmente pela parte mais pujante da relação, que no caso do transporte é o transportador.

Ainda, a validade da cláusula em enfoque pressupõe a não colisão com preceito de ordem pública. Daí se infere que, mesmo que haja o encontro de vontades no sentido de concordar com a inserção da referida disposição no ajuste entabulado, será reputada inválida tal cláusula se ela objetivar afastar uma responsabilidade imposta por norma de ordem pública.¹³⁸

Sobre esse aspecto, Aguiar Dias discorre que a cláusula de não-indenizar não vigora “senão quando se refiram a obrigações legais passíveis de modificação convencional, isto é, só podem ser estipuladas quando a regra geral aplicável, meramente supletiva da vontade das partes, admite a livre manifestação destas”.¹³⁹

Em outras palavras, somente a norma destinada a tutelar mero interesse privado pode ser afastada pela cláusula de não indenizar; jamais aquelas que visam à proteção da ordem pública e dos bons costumes. Em resumo, onde não há liberdade para contratar, também não é possível se estipular aquela cláusula.¹⁴⁰

Na mesma linha defendida acima, Álvaro Galhanone explica que a incidência de normas de ordem pública faz cessar a autonomia da vontade, que é o principal

¹³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 824.

¹³⁹ AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de Não Indenizar**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 33.

¹⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.517.

fundamento da cláusula de indenizar. Segundo ele, o estabelecimento de normas cogentes mira preservar determinado bem, que a sociedade entende que precisa ser conservado.¹⁴¹

E continua aquele autor: “Contra a ordem pública não vigoram interesses meramente individuais; por conseguinte, convenções particulares não podem, igualmente, anular os seus efeitos, nem mesmo naquilo que condiz com o interesse exclusivo dos contratantes.”¹⁴²

O que vem a ser ordem pública? Esta é uma questão importante de ser respondida para que possamos entender em que casos a cláusula de não-indenizar será válida e quando ela não será.

Pontes de Miranda assim define direito cogente: “é o direito que a vontade dos interessados não pode mudar. Uma vez composto o suporte fático, a regra jurídica incide, ainda que o interessado ou os interessados não no queiram.”¹⁴³

Para Paulo Dourado de Gusmão, as normas de ordem pública caracterizam-se por disciplinar instituições jurídicas fundamentais e tradicionais, bem como garantir a segurança das relações jurídicas e proteger os direitos personalíssimos e situações jurídicas que não podem ser alteradas pelo juiz ou pelas partes por terem certa duração.¹⁴⁴

Nesse contexto inserem-se, por exemplo, as normas do Código de Defesa do Consumidor, o qual estabelece, em seu art. 1º: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos [arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal](#) e [art. 48 de suas Disposições Transitórias](#).”¹⁴⁵

¹⁴¹ GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. A Cláusula de Não Indenizar. **Revista dos Tribunais**. Ano 71, v. 565, 1982, p. 28.

¹⁴² *Id. Op. Cit.* 1982, p. 28.

¹⁴³ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, p. 53-54. *Apud* CORDEIRO, Rosvany Terezinha. A Cláusula de Não Indenizar e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XXXI, Julho-Setembro de 1992, p. 62.

¹⁴⁴ DOURADO, Paulo de Gusmão. Introdução ao Estudo de Direito. 8ed. Editora Forense, 1978, p. 118-119.

¹⁴⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>: Consultado em: 10 de outubro de 2011.

Da leitura daquele artigo inferimos que todas as regras contidas na Lei 8.078, de 1990, são de caráter público, inderrogáveis, pois, pela vontade das partes, de sorte que não se pode nas relações de consumo regidas por aquela lei buscar, pela inserção de um dispositivo contratual, suprimir o dever de indenizar eventual e futuro do consumidor.

Outro requisito a ser aferido quando do exame da cláusula de não-indenizar diz respeito com a existência, ou não, de paridade entre os pactuantes. Nos contratos de adesão, em que uma das partes, a que se encontra em melhor situação econômica, se encarrega de redigir todos os termos do contrato, inadmite-se a cláusula em análise, visto que se isso fosse permitido afrontar-se-ia a própria moralidade das relações jurídicas.

Nesse mesmo sentido, Álvaro Galhanone disserta que a aceitação da cláusula de não indenizar constitui pressuposto indisponível para a sua validade, o que somente pode ser alcançado após as partes discutirem os termos do ajuste.¹⁴⁶

No caso dos contratos de adesão, não há mínima possibilidade disso acontecer, visto que o contratante, caso queira firmar o contrato, deverá tão-somente assiná-lo, sem qualquer chance de mudar suas disposições, já previamente redigidas pelo ofertante do serviço. Evidentemente, desse modo, que inexistente consentimento por parte daquele que firma um contrato de adesão e, por consequência, inaceitável que se conceba a validade de uma cláusula contratual pela qual ele renuncie a um direito eventual e futuro (a uma indenização).¹⁴⁷

Também não se pode conceber o uso dessa causa exoneratória de responsabilidade quando se comprovar que o dano decorrer de dolo ou culpa do seu causador. Se ela fosse aceita nessas hipóteses, estar-se-ia estimulando a impunidade das pessoas que lesam as outras.

¹⁴⁶ GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. A Cláusula de Não Indenizar. **Revista dos Tribunais**. Ano 71, v. 565, 1982, p. 28-29.

¹⁴⁷ *Id. Op. Cit.* 1982, p. 29.

Consoante Cavalieri, o dolo e a culpa grave constituem-se em duas barreiras à validade da cláusula de não indenizar.¹⁴⁸

No mesmo sentido, Rosvany Terezinha Cordeiro destaca que a doutrina, quase de maneira unânime, entende que a cláusula de não indenizar deve ser desconsiderada quando se constatar que o devedor descumpriu intencionalmente a sua obrigação contratual, pois já sabia que, mesmo assim, não seria responsabilizado, devido à existência daquela cláusula exoneratória.¹⁴⁹

Quanto à aplicabilidade da cláusula de não indenizar em caso de culpa do devedor, preocupam-se alguns autores em classificar a culpa em grave, leve e levíssima. José de Aguiar Dias e Antônio Pinto Monteiro repudiam a validade daquela disposição apenas quando se evidenciar ter sido grave a culpa do devedor, pois, para eles, nesse caso a culpa equivale ao dolo. Raciocínio inverso implica dizer que eles consideram válida a cláusula quando o devedor, embora culpado pelo dano, tenha incorrido somente em culpa leve ou levíssima.¹⁵⁰

Álvaro Galhanone, ainda na vigência do CC de 1916, entendia já naquela época que a distinção entre grau de culpa não tem mais relevância para a fixação da responsabilidade daquele que causa dano a outrem. E, ainda, para o mesmo autor, a aplicação do art. 159 daquele diploma, correspondente ao 186 do CC de 2002 (responsabilidade subjetiva, calcada na ideia de culpa), é de natureza cogente, não se admitindo, portanto, a derrogação da sua incidência por meio de uma simples cláusula contratual. Vale dizer, já na década de 80 aquele magistrado paulista considerava inválida a cláusula de indenizar quando aposta com o objetivo de afastar a responsabilidade estabelecida na lei civil, dentre outros motivos porque poderia favorecer a negligência humana, sendo considerada altamente deseducadora.¹⁵¹

¹⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.517.

¹⁴⁹ CORDEIRO, Rosvany Terezinha. A Cláusula de Não Indenizar e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XXXI, Julho-Setembro de 1992, p. 61.

¹⁵⁰ *Id. Op. Cit.* Julho-Setembro de 1992, p. 61.

¹⁵¹ GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. A Cláusula de Não Indenizar. RT 565/28, nov. 82 *apud* CORDEIRO, Rosvany Terezinha. A Cláusula de Não Indenizar e o Código de Defesa do Consumidor.

Por último, a cláusula de não indenizar não pode ser usada como instrumento para o afastamento das obrigações essenciais do contratante.

Segundo Aguiar Dias, *a cláusula (de não-indenizar), em qualquer caso, é emanção da liberdade de contratar, em cujos limites se fixa rigorosamente a sua validade.*¹⁵² Sendo assim, desde que a sua pactuação resulte da livre manifestação de vontade dos contratantes, não existe razão, até mesmo de índole moral, para se declarar a invalidade da cláusula de não-indenizar, na visão de Galhanone.¹⁵³

2. In (aplicabilidade) ao Contrato de Pessoas

No transporte de pessoas, o transportador assume a obrigação, denominada de incolumidade, de levar sã e salva a pessoa com quem contrata ao seu destino. Sempre que essa obrigação é descumprida, há inadimplemento contratual e, portanto, responsabilidade do transportador.¹⁵⁴

Mazeaud et Mazeaud traduzem, à perfeição, a cláusula de incolumidade quando dizem que não merece integrar um contrato a estipulação convencional em que o transportador pudesse validamente exonerar-se das suas responsabilidades,

Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Ano XXXI, Julho-Setembro de 1992, p. 62.

¹⁵² AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de Não Indenizar.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. *Apud* GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. A Cláusula de Não Indenizar. **Revista dos Tribunais.** Ano 71, v. 565, 1982, p. 25.

¹⁵³ GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. A Cláusula de Não Indenizar. **Revista dos Tribunais.** Ano 71, v. 565, 1982, p. 25.

¹⁵⁴ AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de Não Indenizar.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 158-196.

via cláusula de não indenizar, entregando um cadáver, em vez do passageiro que embarcara no começo da viagem.¹⁵⁵

Em face disso, conclui Aguiar Dias que a cláusula de não-indenizar não é digna de aceitação no transporte de pessoas. Embora esse entendimento seja amplamente dominante, encontramos opiniões em contrário, como a de Aduato Fernandes, para quem é admissível a validade em estreitas hipóteses. Cita o exemplo, apresentado por Eurico Vale, de um passageiro que, por ser doente do coração, morre em razão da queda da brusca do avião, mas permanecem vivos os demais passageiros e tripulantes.¹⁵⁶

Para Aguiar dias, não assiste razão à Fernandes, visto que não se pode renunciar a direitos indisponíveis do homem. Ademais, mesmo que aceito o exemplo acima enunciado como correto, o caso é de causa de irresponsabilidade (caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima), e não cláusula de não-indenizar.¹⁵⁷

Os raros autores que creem na validade da cláusula de não indenizar em matéria de dano à vida ou à saúde equiparam-na ao seguro, transformando o viajante em seu próprio segurador. Constantemente, o transportador de mercadorias lança mão dessa estratégia, o que se admite o contratante pode, pelas verbas poupadas, criar um fundo especial destinado a enfrentar o risco deixado a seu cargo, em virtude da cláusula.

Todavia, no que diz respeito ao transporte de pessoas, logo que se vê que as somas economizadas com a contratação da cláusula de não-indenizar, cuja inclusão tem o condão de baratear o transporte para o contratante, são insuficientes para custear a mais reles das indenizações por danos pessoais, quanto mais se houver o fencimento de alguém.¹⁵⁸

¹⁵⁵ AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de Não Indenizar**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 158-196.

¹⁵⁶ *Id. Op. Cit.* 1947, p. 198-199.

¹⁵⁷ *Id. Op. Cit.* 1947, p. 198-199.

¹⁵⁸ *Id. Op. Cit.* 1947, p. 158-201-202.

Do exposto, e pela importância do bem jurídico tutelado, vê-se que é quase uníssona a corrente que sustenta a invalidade da cláusula de não indenizar no transporte de pessoas, a tal ponto que a questão nem chega a ser objeto de demandas judiciais, o que impede que façamos referência a julgamentos recentes sobre o tema.

CONCLUSÃO

Respeitando aqueles que pensam em sentido diverso, concluímos que, em face das características do contrato de transporte, principalmente pela presença implícita da cláusula de incolumidade, que encerra a obrigação mais importante do transportador, que é conduzir o passageiro ou a coisa sã e salva até o local concertado como ponto de chegada, não se pode aceitar a validade da cláusula de não-indenizar nesse tipo de contrato.

E não são poucos os motivos que nos levam a essa inferência. Em primeiro lugar, aceitar a validade da cláusula de não-indenizar no contrato de transporte significaria inobservar o art. 734 do Código Civil¹⁵⁹, que estreitou as hipóteses de exclusão da responsabilidade civil do transportador e, de maneira expressa, qualifica como nula a cláusula pela qual o transportador exclua sua responsabilidade pelos danos ocorridos nas pessoas ou coisas que ele carrega.

Ademais, o transporte coletivo é, hoje, um serviço público, delegável pelo Poder Público aos particulares, por meio de concessão ou permissão, nos termos do art. 21, XII¹⁶⁰, da Constituição Federal de 1988, aplicando-se-lhe, por conta disso, as regras do Código de Defesa do Consumidor.

Aludido diploma, na esteira do que prescreve o Código Civil, atribui responsabilidade objetiva ao transportador pelos defeitos que acontecerem na prestação do seu serviço, forte no seu art. 14¹⁶¹.

¹⁵⁹ Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

¹⁶⁰ Art. 21. Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

¹⁶¹ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

Por sua vez, o art. 51, I¹⁶², também do Código Consumerista, comina de nulidade a cláusula mediante a qual o transportador busque exonerar-se de sua responsabilidade pelos defeitos decorrentes da prestação do serviço de transporte. Tal artigo não pode ser simplesmente deixado de ser aplicado, já que as normas do Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública e interesse social, de conformidade com o seu art. 1º¹⁶³, o que impõe o seu acatamento.

Por tudo isso, entendemos que deve prevalecer a tese que propugna a invalidade da cláusula de não-indenizar, especialmente no transporte de pessoas, pois envolve os bens jurídicos mais relevantes para o homem, que são a vida e a integridade física.

I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

¹⁶² Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

¹⁶³ Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos [arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal](#) e [art. 48 de suas Disposições Transitórias](#).

Referências

- AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de Não Indenizar**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1947.
- BANDEIRA, Evandro Ferreira de Viana. As Cláusulas de Não Indenizar. **Revista de Jurisprudência do Tribunal do Mato Grosso do Sul**. Campo Grande, 1979
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CORDEIRO, Rosvany Terezinha. A Cláusula de Não Indenizar e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XXXI, Julho-Setembro de 1992.
- DOURADO, Paulo de Gusmão. **Introdução ao Estudo de Direito**. 8ed. Editora Forense, 1978.
- GAGLIANO, Pablo Stoze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo Curso de Direito Civil. volume IV: contratos, tomo II**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. A Cláusula de Não Indenizar. **Revista dos Tribunais**. Ano 71, v. 565, 1982.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume III: Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Aspectos Relevantes do Contrato de Transporte e da Responsabilidade Civil do Transportador. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis/SC, n.º 108/109, 2006.
- JÚNIOR, Alberto do Amaral. O Código de Defesa do Consumidor e as Cláusulas de Limitação de Responsabilidade nos Contratos de Transporte Aéreo Nacional e Internacional. **Revista dos Tribunais**, volume 759, janeiro de 1999.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. V. 45, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, volume 3: Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- OLIVEIRA, Cláudia Vieira de. Cláusula de Não-Indenizar. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. Ano 15, Outubro-Dezembro de 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Contratos**. Volume III, Rio de Janeiro: Forense.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, n. 183.

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

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil: Lei 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos em Espécie**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.