

O dilema do Superior Tribunal de Justiça: devem as empresas suportar os riscos de as passageiras serem assediadas no transporte público?

André Brandão Nery COSTA*

RESUMO: O texto examina questão sensível, de grande relevância e ainda não pacificada no Superior Tribunal de Justiça: a responsabilidade das empresas de transporte público pelo assédio sexual cometido em seu interior. O trabalho avalia a jurisprudência desse tribunal a respeito dos casos fortuitos interno e externo, a fim de determinar quais são os requisitos para a exoneração da empresa. A fim de contextualizar a questão, realizou-se também estudo comparado com a jurisprudência da Corte de cassação francesa sobre a configuração da força maior em caso de responsabilidade de empresa de transporte público em razão de evento causado por terceiro.

PALAVRAS-CHAVES: Responsabilidade civil; contrato de transporte; força maior; assédio; risco.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Superior Tribunal de Justiça não pacificado: a divergência das turmas de direito privado; – 3. A inconsistência dos requisitos para exonerar o transportador na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; – 4. A leitura do critério da conexão ao risco de empresa à luz dos requisitos previstos no Código Civil; – 5. Uma contribuição para a debate: a jurisprudência da Corte de Cassação francesa; – 6. Releitura das decisões do Superior Tribunal de Justiça e avaliação da inevitabilidade do assédio sexual cometido no transporte de passageiro.

TITLE: *The Superior Court of Justice's dilemma: Should Companies Bear the Risk of Passengers Being Harassed on Public Transportation?*

ABSTRACT: *This paper examines a sensitive issue, of great relevance and not yet pacified in the Superior Court of Justice: the liability of public transport companies for the sexual harassment committed inside their wagons. The paper then investigates the jurisprudence of that court with respect to internal and external force majeure, in order to determine what are the requirements for the exoneration of the company. In order to contextualize the issue, a comparative study was also carried out regarding the jurisprudence of the French Court of Cassation about the configuration of force majeure in the event of liability of a public transport company due to an event caused by a third party.*

KEYWORDS: *Civil liability; transport contract; force majeure; harassment; risk.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Unpacified Superior Court of Justice: the divergence between Private Law sections; – 3. The inconsistency of the requirements for exonerating the transporter in the Superior Court of Justice's jurisprudence; – 4. Reading the criterium of the connection to the risk of the enterprise in the light of the requirements in the Civil Code; – 5. A contribution for the debate: the jurisprudence of the French Court de Cassation; – 6. Re-reading the Superior Court of Justice's decisions and evaluation of the inevitability of sexual harassment committed in public transportation.*

* Doutor pela Universidade de Roma “La Sapienza”. Mestre pela Universidade de Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Mestre e graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado no Rio de Janeiro e em Paris.

1. Introdução**

Após mais dois anos de discussões e decisões divergentes, o Superior Tribunal de Justiça ainda não pacificou tema delicado e complexo: a responsabilidade do transportador em caso de assédio sexual cometido por outro passageiro. Cada uma de suas turmas de direito privado adota posicionamento diferente. A questão possui ainda repercussão social e relevância midiática, circunstâncias frequentemente lembradas nos votos. O Brasil sofre não apenas com os inúmeros casos de assédio sexual, como também com uma cultura que os normaliza. Eles ocorrem de maneira ostensiva, mesmo no transporte público.

Até o momento, o Superior Tribunal de Justiça não conseguiu responder à altura face a esse problema social, ao não o pacificar em sua jurisprudência. A tentativa de discussão da questão em Embargos de Divergência não prosperou. Além de não solucionar, esse tribunal também não pôs em bases claras os elementos para a configuração da exoneração do transportador e para a qualificação de determinado evento como caso fortuito externo. As condições indicadas na jurisprudência do tribunal apresentam contornos pouco claros, o que não apenas dificulta a determinação da responsabilidade nos casos narrados, como também em outras situações.

A determinação dos requisitos da força maior consiste em tarefa delicada. Ela atende à lógica do tudo ou nada; a sua configuração pode deixar a vítima desamparada. Em referência ao direito francês, chegou-se a afirmar que ela não era “encontrada” em casos de transporte de pessoas, justamente pela jurisprudência buscar reparar a vítima, exigindo requisitos rígidos para a sua verificação.¹ O Superior Tribunal de Justiça emprega para solucionar esses casos um critério original: ocorre a exoneração da responsabilidade quando o evento danoso não guardar conexão com os riscos da atividade. Ao comentar a jurisprudência, este trabalho examina se o critério adotado pelo tribunal permite avaliar adequadamente a configuração da força maior, considerando que os requisitos previstos Código Civil são diferentes. O presente texto pretende lançar novas luzes sobre a questão e contribuir para o debate que ainda se desenrolará no Superior Tribunal de Justiça.

** O autor agradece à Prof.^a M. Fabre-Magnon pelas discussões frutíferas, essenciais para a elaboração do presente artigo.

¹ H. Groutel destaca que “tant en ce domaine la force majeure était devenue ‘introuvable’” (GROUTEL, Hubert, *Revue Responsabilité civile et assurances*, 2011, n° 4, repère 4).

2. Superior Tribunal de Justiça não pacificado: a divergência das turmas de direito privado

As decisões mencionadas no item anterior representam exemplos de relevante, recente e acesa controvérsia na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A última decisão adotada foi publicada recentemente, em setembro deste ano. Existe ainda outra razão para a pertinência deste trabalho: esse tribunal ainda não pacificou a questão. Existem mais de uma dezena de decisões sobre ela, cada turma com posição divergente. Ao tentar a pacificação da matéria, foram opostos embargos de divergência. No primeiro deles, o tribunal negou-lhes conhecimento com argumento processual. Os demais aguardam julgamento pela segunda seção do Superior Tribunal de Justiça.

A primeira decisão a desencadear a discussão, da 3ª turma, condenou, por maioria, uma empresa de transporte pela ocorrência de assédio sexual contra passageira dentro de uma de suas composições.² Essa passageira ajuizou, então, ação de indenização por danos materiais e morais em face da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos, na cidade de São Paulo. Um outro passageiro praticou ato libidinoso contra ela. Ele se postou atrás da vítima, esfregou-se na região das nádegas e ficou com o órgão ereto. Ela o xingou, mas foi hostilizada pelos demais passageiros e chamada de “sapatão”. Essa agressão se deu em horário de pico, às 18h10. O ofensor importunou em seguida outra passageira. A vítima lavrou o boletim de ocorrência. A companhia, assim que soube do ocorrido, efetuou a detenção do menor e o conduziu à autoridade policial. A decisão do tribunal entendeu pela responsabilidade da empresa em R\$ 20.000 (vinte mil reais).

A decisão aduz que o nexo de causalidade é rompido quando verificada uma causa estranha ao contrato de transporte e aos riscos inerentes à atividade. No entanto, após examinar a jurisprudência do Tribunal sobre a força maior, a 3ª turma entendeu que o evento narrado não permitiria a exoneração do transportador. O voto vencedor alegou preocupação com o aumento de assédios sexuais na própria estação em que ocorreram os fatos. Acrescenta que o transportador nada fez para evitar a agressão, mesmo sendo possível propor soluções, por exemplo, a introdução de mais vagões e maior fiscalização. O voto vencido argumenta, por sua vez, que ocorreu fortuito externo e, portanto, não caberia à empresa de transporte responder por essa situação. Na sua visão, a jurisprudência seria no sentido de que o fortuito interno guardaria relação com o contrato de transporte, por exemplo, abalroamento do transporte, o seu tombamento, ou comportamento culposos do preposto. No caso, o transportador não possuiria ingerência

² STJ, 3ª T., REsp 1.662.551, Rel. Min. Nancy Andrighi, voto vencido Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 15.5.2018.

sobre a conduta de terceiro. As medidas propostas, de aumentar o número de vagões e de realizar maior vigilância, não evitariam o dano. Ainda, o problema seria cultural. A empresa de transporte teria realizado todas as medidas necessárias para impedir a infração, como deter o ofensor rapidamente após o ocorrido e encaminhá-lo imediatamente à autoridade policial.

Diante dessa decisão, o transportador opôs embargos de divergência.³ O recorrente alegou o dissenso dessa posição com a da 4ª turma em duas outras decisões. O voto da maioria dos ministros foi por negar conhecimento ao recurso por não ter sido demonstrada a divergência. Apesar do voto contrário do Ministro Luis Felipe Salomão, a 2ª Seção entendeu não estarem preenchidos os requisitos para a interposição desse recurso. Não haveria similitude fática entre os acórdãos mencionados e a decisão tomada. O voto vencido alegava que a jurisprudência do tribunal demonstraria a conexão do assédio com os riscos da atividade de transporte, como nos casos de i) mudança pela empresa da modalidade de transporte, de aéreo para terrestre, e a ocorrência de assalto no trajeto terrestre;⁴ ii) assalto à bilheteria do metrô, tendo como resultado vítima menor;⁵ iii) assalto em caso de parada irregular do ônibus.⁶ Existiriam também outras decisões do mesmo tribunal que atribuiriam a responsabilidade em caso de fatos ocorridos na atividade de transporte decorrente de ato de terceiro: i) responsabilidade pela explosão de bomba no transporte;⁷ e ii) empurrão de outra passageira, resultando em lesões corporais.⁸

Paralelamente à decisão da 3ª Turma, o Superior Tribunal de Justiça adotava acórdão em sentido contrário ao mencionado recurso especial.⁹ A 4ª turma entendeu que a agressão sexual rompia o nexo de causalidade da empresa de transporte e, por isso, excluiu a sua responsabilidade. A autora da pretensão indenizatória teria sofrido ato atentatório ao pudor, praticado por outro passageiro no interior do trem. Mesma pedindo ajuda, ela não teria sido prontamente socorrida pelo serviço de segurança. Em seguida, o agressor foi identificado e detido.

³ STJ, 2ª S., REsp 1.662.551, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, voto vencido Ministro Luis Felipe Salomão, j. em 27.2.2019.

⁴ STJ, 3ª T., REsp 1.728.068, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. em 5.6.2018.

⁵ STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 218.394, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. em 1.10.2015.

⁶ STJ, 3ª T., REsp 200.808, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 16.11.2000.

⁷ STJ, 4ª T., REsp 168.985, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. em 23.5.2000.

⁸ STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 621.486, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 5.2.2015.

⁹ STJ, 4ª T., REsp 1.748.295, Rel. para acórdão Min. Marco Buzzi, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão (voto vencido), j. em 13.12.2018.

O relator desse recurso, Ministro Luis Felipe Salomão, mais uma vez restou vencido. O Ministro Marco Buzzi concluiu que ocorreu o rompimento do nexo causal. Existiria jurisprudência do próprio tribunal no sentido de afastar a condenação quando ocorresse crime no interior do transporte, como roubo e lesão corporal. Em voto de adesão, a Ministra Isabel Galotti reitera essa interpretação da jurisprudência. Ela argumenta ainda não ser possível conceber um agente de segurança a cada vagão. A segurança pública não seria objeto da atividade de transporte coletivo. Essa obrigação oneraria toda a coletividade. Também não seria possível prever e controlar a atividade de cada passageiro.

Contrário a esses argumentos, o Ministro Luis Felipe Salomão lançou outras interessantes observações. Ele afirmou que existiria uma normalidade de situações vexatórias e da cultura do estupro. De acordo com os dados apresentados, 42% das mulheres teriam sido vítimas de assédio. No transporte público, o superlotamento dos vagões se tornaria uma ferramenta para impunidade. Esses fatores gerariam a previsibilidade do cometimento de tal conduta reprovável no transporte público. Ademais, não pode ser reconhecida a situação como fortuito externo quando não adotadas as devidas precauções para evitar o cometimento de tais atos.

No capítulo seguinte do debate, o Superior Tribunal de Justiça adotou uma nova decisão em junho de 2019.¹⁰ Em acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrighi, a 3ª turma voltou a condenar a empresa de metrô de São Paulo em condições similares. Dois Ministros votaram vencidos, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que, inclusive, mudou de posição nesse julgamento, e o Ministro Marco Aurélio Bellizze. A vítima recebeu carícias forçadas em seu ombro. Após reclamar da situação, o assediador quase a agrediu. Os argumentos foram semelhantes aos anteriormente apresentados. Em seguida, o tribunal consolidou a divergência. A 3ª turma continuou a condenar a empresa de transporte,¹¹ ao passo que a

¹⁰ STJ, 3ª T., REsp 1.747.637, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 25.6.2019.

¹¹ STJ, 3ª T., AgInt REsp 1.748.207, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 17.9.2019; STJ, 3ª T., AgInt AREsp 1349061, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 14.10.2019; STJ, 3ª T., AgInt no AREsp 1513560, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 16.12.2019; STJ, 3ª T., AgInt no REsp 1813945, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 17.2.2020; STJ, 3ª T., AgInt no REsp 1843874, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 23.3.2020; STJ, AgInt no REsp 1.850.667, 3ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 24.8.2020; STJ, AgInt no REsp 1.845.896, 3ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 24.8.2020; e STJ, AgInt no REsp 1.738.113, Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 21.9.2020. A decisão de março deixou em termos claros a divergência presente nesse tribunal: “Constou expressamente na decisão agravada que, no que se refere a responsabilidade civil da prestadora de serviços de transporte metroviário por importunação sexual de usuária praticada por terceiro estranho ao seu quadro de funcionários, se verifica que, não obstante a existência de julgados da colenda Quarta Turma desta Corte Superior no mesmo sentido daquele adotado pelo Tribunal bandeirante, o aresto recorrido está em desconformidade com a jurisprudência desta Terceira Turma, que se orienta no sentido de assentar a obrigação da concessionária em reparar a lesão extrapatrimonial, equiparando o evento a fortuito interno e o qualificando como mais um risco da atividade mercantil”.

4ª turma, a exonerá-la.¹² Com a oposição de Embargos de Divergência, a questão foi posta à segunda seção, que ainda não se manifestou de modo definitivo.

Os dois posicionamentos apresentam argumentos convincentes. Eles empregam o critério da conexão do evento com os riscos da empresa para avaliar a exoneração da sua responsabilidade por ato de terceiro. Essa ligação permite determinar se esse evento consiste em fortuito *interno* ou *externo*. Apenas nesse último caso ele romperia o nexo de causalidade entre o evento e a empresa. O instrumento adotado pela jurisprudência consiste em útil ferramenta para selecionar as hipóteses de responsabilidade empresarial. No entanto, o critério empregado parece não ser suficiente para solucionar a questão jurídica narrada.

3. A inconsistência dos requisitos para exonerar o transportador na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O critério adotado pelo Superior Tribunal de Justiça para avaliar a exoneração por caso fortuito (ou força maior)¹³ merece críticas. Apesar de sua utilidade, o tribunal não estabeleceu seus contornos claramente. A ausência de seu detalhamento acarreta a adoção de uma jurisprudência inconsistente. Ela não permite uma seleção segura dos eventos capazes de exonerar a responsabilidade empresarial.

O transportador, como delineada nas decisões, responde por inadimplemento de obrigação de resultado. Ela se traduz em transportar o passageiro incólume (art. 734 do Código Civil). Sob outra perspectiva, essa responsabilidade, além de derivada da obrigação de resultado, é objetiva por força do Código de Defesa do Consumidor (art. 14, § 3º) e da Constituição da República (art. 37, § 6º). O fato de terceiro não exoneraria a responsabilidade da transportadora, salvo se revertido das características da força maior (interpretação conjunta dos artigos 734 e 735 do Código Civil).¹⁴

¹² STJ, 4ª T., AgInt no REsp 1748194, Rel. Maria Isabel Gallotti, j. em 11.2.2020; STJ, 4ª T., AgInt no REsp 1.738.398, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 11.2.2020.

¹³ Em entendimento amplamente majoritário, a doutrina e a jurisprudência tratam o caso fortuito e a força maior como sinônimos. Cf., por todos, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN de MORAES, Maria Celina. *Código civil interpretado: conforme a Constituição da República*, t. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.711; FRAZÃO, Ana. *Risco da empresa e caso fortuito externo*. In: civilistica.com: Revista eletrônica de direito civil, 5(1). Em relevante entendimento contrário, v. ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 329; TARTUCE, Flávio. *Manual de responsabilidade civil: volume único*. São Paulo: Método, 2018, p. 357.

¹⁴ O Superior Tribunal de Justiça utiliza diversos fundamentos jurídicos para determinar o regime de responsabilidade. Em termos práticos, os regimes indicados (inadimplemento de obrigação de resultado do transportador, responsabilidade objetiva por defeito na prestação de serviço a consumidor e responsabilidade objetiva de prestadora de serviço público) atingem o mesmo resultado. No entanto, a aplicação dessas normas conjuntamente pode encontrar barreira nos defensores da impossibilidade de cumular regimes de responsabilidade.

O Superior Tribunal de Justiça não estabelece, com clareza, os elementos para a configuração da força maior no direito brasileiro. O tribunal adota como critério principal a distinção entre fortuito interno e fortuito externo. Não presente na legislação, ele se desenvolveu com a sua jurisprudência.¹⁵ Existe um elevado número de acórdãos a respeito desse critério em relação à responsabilidade do transportador. O caso do passageiro “pingente” costuma ser amplamente citado para exemplificá-lo.¹⁶ Essa jurisprudência foi discutida nas decisões mencionadas no item 2.

O parâmetro para a distinção entre fortuito interno e externo consiste na conexão entre o evento avaliado com os riscos inerentes à atividade exercida pelo transportador. Esse critério se mostra eficaz na maior parte dos casos, o que justifica a sua adoção pela jurisprudência. Existem, todavia, críticas a serem realizadas. O seu potencial aplicativo não foi explorado pela jurisprudência. Isso resulta na inconsistência de sua configuração e na dificuldade de uniformização dela. Ainda, o conceito de risco relacionado à atividade, apesar de aparente fácil apreensão, esconde a integralidade dos elementos utilizados na avaliação da exoneração do transportador.

O tribunal não contribui para esclarecer essa noção de riscos conexos à atividade. A 2ª Seção teve a oportunidade de sanear a questão, anteriormente às decisões referidas no presente trabalho. Os Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.318.095 tiveram o objetivo de pacificar a jurisprudência do tribunal a respeito da exoneração por fato de terceiro no transporte coletivo.¹⁷ Essa decisão reafirmou o conceito de fortuito interno/externo e a sua identificação com a conexão com a atividade. Ela também acrescentou que, caso o fato tenha sido cometido de maneira dolosa por terceiro, ele não estaria enquadrado na responsabilidade. O dolo seria um critério suplementar ao do risco.¹⁸ Assim, de acordo com essa decisão, o ato doloso de terceiro admitiria a exclusão da responsabilidade, ao passo que o ato culposo de terceiro não, pois conexo com a

¹⁵ Não existe uma previsão legal classificando essa modalidade de exoneração de responsabilidade. No entanto, a determinação da obrigação de segurança na responsabilidade civil consumerista (art. 14 do Código Civil do Consumidor) exige a avaliação do resultado e dos riscos razoavelmente esperados, o que aproxima da causa de exoneração do caso fortuito interno/externo.

¹⁶ STJ, 4ª T., REsp 259.261, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 13.9.2000.

¹⁷ STJ, 2ª S., EREsp 1.318.095, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 22.2.2017.

¹⁸ Esclarece a decisão “Por sua vez, o ato de terceiro que seja doloso ou alheio aos riscos próprios da atividade explorada, é fato estranho à atividade do transportador, caracterizando-se como fortuito externo, equiparável à força maior, rompendo o nexo causal e excluindo a responsabilidade civil do fornecedor” (STJ, 2ª S., EREsp 1.318.095, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 22.2.2017).

atividade do transportador.¹⁹ Ao explicar esse critério, a decisão também afirma que a determinação da conexão com a atividade ocorreria com base em *rotineiros* acidentes de trânsitos.²⁰⁻²¹ A frequência com que os atos ocorrem consistiria em outro fator para a averiguar a conexão com a atividade e, portanto, a impossibilidade de sua exoneração.

Além desses elementos, o tribunal parece também adotar outro índice para averiguar a exoneração do transportador: a inevitabilidade do evento.²² Em outra decisão sobre a configuração de força maior, em caso de roubo no transporte de carga, o Superior Tribunal de Justiça também exigiria, para configurar a força maior, a adoção de *cautelas razoáveis para evitar o fato*.²³ Adota-se também como critério da configuração de fortuito interno a existência de padrão mínimo das expectativas geradas no exercício de atividade de risco.²⁴

Em que pesem a utilidade desses quatro elementos complementares (a frequência do evento, a adoção de cautelas razoáveis, a expectativa razoável no exercício da atividade de risco e o dolo de terceiro), eles foram negligenciados em parte da discussão das decisões sobre assédio sexual cometido por outro passageiro no transporte público. Existe a referência à imprevisibilidade e à irresistibilidade do ato em alguns dos votos,

¹⁹ O voto do Ministro Raul Araújo é explícito ao ressaltar que: “Assim, a partir da visão fracionada do conceito amplo de culpa, a doutrina e a jurisprudência admitem que somente os atos dolosos de terceiro, ou atos estranhos à prestação do serviço, ainda que não dolosos, excluem a responsabilidade do transportador, sendo que o ato culposos de terceiro, conexo com a atividade do transportador e relacionado com o risco do próprio negócio, caracteriza o chamado fortuito interno, inapto a excluir a responsabilidade do transportador”.

²⁰ A decisão acrescenta que “Essa também é a linha de entendimento adotada majoritariamente por esta Corte Superior, extremando o fato de terceiro estranho à atividade do transportador, tal como a pedra lançada contra ônibus coletivo, do fato de terceiro que guarda conexão com o desempenho da atividade, tais como *os rotineiros acidentes de trânsito*” (grifou-se).

²¹ Esse mesmo critério parece ser extraído de decisão anterior, adotada em 2000, ao afastar a condenação da empresa de transporte em razão de explosivo ter causado danos a outros passageiros: “Fato previsível e inerente à atividade empresarial, que deve ser avaliado caso a caso, não se limitando a responsabilidade do transportador exclusivamente àqueles eventos comumente verificados, mas a todos aqueles que se possa esperar como possíveis ou previsíveis de acontecer, dentro do amplo leque de variáveis inerentes ao meio, interno ou externo, em que trafega o coletivo, resultando no afastamento da hipótese de caso fortuito” (STJ, 4ª T., REsp 168.985, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. em 23.5.2000).

²² No Recurso Especial n. 1.748.295 o Ministro Marco Buzzi, ao aplicar o entendimento de outra decisão do Superior Tribunal de Justiça, ressalta que: “A culpa de terceiro rompe o nexo causal entre o dano e a conduta do transportador quando o modo de agir daquele (terceiro) puder ser equiparado a caso fortuito, isto é, quando for imprevisível e autônomo, sem origem ou relação com o comportamento da própria empresa” (grifou-se).

²³ Cf. voto da Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial n. 1.660.163: “Entendimento este consolidado, inclusive, no âmbito da Segunda Seção do STJ, no sentido de que o ato de terceiro que seja doloso ou alheio aos riscos próprios da atividade explorada, é fato estranho à atividade do transportador, caracterizando-se como fortuito externo, equiparável à força maior, rompendo o nexo causal e excluindo a responsabilidade civil do fornecedor”. Em outra trecho afirma: “Mesmo diante de todas as precauções e cautelas possíveis, a força maior é por si mesma inevitável e irresistível e, por mais que se exija dos prestadores de serviço de transporte terrestre de mercadoria, o roubo com emprego de arma de fogo pode continuar a ocorrer, não sendo exigível a existência de escolta armada, sem a prévia estipulação contratual”. A existência de cautelas razoáveis não exigira, no caso, a presença de escolta armada para afastar a responsabilidade da transportadora.

²⁴ STJ, REsp 1.786.722, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 9.6.2020.

mas essas características não foram claramente identificadas como requisitos para a determinação dos riscos no contrato de transporte. Ademais, nas decisões analisadas, o agressor atuou claramente com dolo e, em razão dessa exceção ao critério da conexão do risco, deveria ser excluída a responsabilidade da empresa.

Exceção a essa tendência consiste no voto vencido do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, no Recurso Especial 1.747.637, julgado no final de junho de 2019, ao qual aderiu o Ministro Marco Aurélio Bellizze. Ele esclarece a relação entre o fortuito interno e o evento imprevisível e inevitável. Trata-se de uma terceira condição para a configuração de força maior do evento. Mesmo o evento imprevisível e inevitável, ele não deve ser exonerado caso conexo aos riscos da atividade. O seu voto ressalta que: “Em outras palavras, tem-se por fortuito interno o *fato que, ainda que sendo imprevisível e inevitável*, está diretamente relacionado aos riscos que são próprios da atividade desenvolvida pelo transportador” (grifou-se). Em outras palavras, o evento deve ser qualificado como i) não inerente aos riscos da empresa; ii) inevitável; e iii) imprevisível.²⁵

Como consequência dessas incongruências, a jurisprudência balizada pelo critério da conexão ao risco também não é consistente. Tanto a decisão que decidiu pela condenação da empresa, quanto a que a rejeitou basearam as suas razões na coerência da posição adotada com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a responsabilidade do transportador. Essa jurisprudência não consegue explorar o critério do risco como elemento discriminador para permitir a responsabilidade ou a exoneração do transportador.²⁶ Essa circunstância talvez se deva à ausência de clareza dos elementos

²⁵ O voto ainda ressalta o método necessário para examinar a inevitabilidade e a imprevisibilidade. O evento seria inevitável, pois praticados “em questão de segundos por simples ação humana, se possa sequer antever seu potencial ocorrência. Basta dizer, nesse aspecto, que o eventual molestador se vale da utilização do próprio corpo como instrumento da ação ofensiva e que muitas vezes se aproveita do fato de estar em ambiente no qual o contato corporal é regular para dissimular sua intenção vil”. Ela também não poderia colocar um agente de segurança para impedir as investidas de cunho sexual. Em relação à imprevisibilidade, o voto argumenta que a companhia não poderia identificar previamente entre os usuários de seus serviços aqueles que possuam aparência física de eventuais molestadores. A reiteração do evento não deve ser a sua reiteração. Existe a impossibilidade de se antever quando e como quando o evento ocorrerá – então, a imprevisibilidade ocorre na avaliação concreta das intenções do molestador. A prevenção e repressão desses fatos estariam a cargo do Poder Público, de modo que não seria possível solucionar a questão ao ser transferida a responsabilidade ao transportador”. Esta seria responsável caso tenha agido com culpa, por exemplo, caso “(i) for impossibilitada a identificação do real agressor em virtude da atuação negligente de seus funcionários ou do mal funcionamento de seu sistema de câmeras; (ii) for ofendida a dignidade da vítima por não lhe ter sido prestado adequado socorro e (iii) for permitido o ingresso do agressor em composição destinada ao transporte exclusivo de pessoas do sexo oposto”.

²⁶ Ainda que a formação dessa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça seja inconsistente, como argumentado no presente trabalho, o elenco de causas capazes ou não de romper o nexo de causalidade merece ser elogiada. Ela permite uma simplificação e uma coerência aplicativa. Ela não deve implicar desconsiderar elementos particulares dos casos. A realização de elenco de causas é vista como bons olhos pela doutrina. Cf. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. *Les conditions de la responsabilité*. In: GHESTIN, Jacques (coord.). *Traité de droit civil*. Paris : LGDJ-Lextenso éditions, 2013, n. 399.

necessários para a exoneração da responsabilidade, o que gera uma utilização excessivamente ampla do critério dos riscos, muito além de sua função.

Na decisão do Recurso Especial n. 1.662.551, resultando na condenação do transportador, o voto condutor distinguiu as decisões que levaram a condenação da empresa, daqueles que a exoneraram. No primeiro grupo, constam decisão condenando a empresa de transporte em caso de i) tombamento de ônibus, mesmo que provocado por terceiro;²⁷ e ii) abalroamento de ônibus e acidentes em geral.²⁸ No segundo grupo, estariam i) arremesso de pedra;²⁹ e ii) assalto a mão armada no interior do veículo de transporte coletivo;³⁰ iii) assalto a mão armada nas dependências da estação metroviária;³¹ iv) a morte de usuário do transporte coletivo vítima de “bala perdida”;³² e v) danos decorrentes de explosão de bomba em composição de trem.³³ Na decisão do Recurso Especial n. 1.748.295, o voto que exonerou a responsabilidade citou ainda como exemplos: de roubo e de latrocínio dentro de ônibus.³⁴ O voto vencido, por sua vez, alega como circunstância incapaz de exonerar: i) o empurrão realizado por outro passageiro;³⁵ ii) explosivo que causa dano a outros passageiros.³⁶

Nessa leitura, os eventos narrados – empurrão, explosão de bomba, abalroamento e tombamento de ônibus – fazem parte da esfera de risco da empresa de transporte. A *fortiori*, o ato de agressão sexual também faria parte dessa esfera de risco. Inversamente, os votos no sentido para exonerar a empresa mencionam uma jurisprudência que afasta a responsabilidade do transportador em caso de crime, especialmente de roubo. A prática de crime consistiria em evento extraordinário e, por isso, deve afastar a responsabilidade. Ora, a prática de um crime, de assédio sexual, excluiria a responsabilidade da empresa.

²⁷ STJ, 3ª T., AgInt no REsp 1.632.269, Rel. Marco Aurélio Bellizze, j. em 13.6.2017.

²⁸ STJ, 4ª T., AgInt no AREsp 1.042.632, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 23.5.2017; STJ, 3ª T., AgRg nos EDcl no REsp 1.318.095, Rel. Sidnei Beneti, j. em 19.6.2012; STJ, 3ª T., REsp 469.867, Rel. Min. Carlos Alberto Meneses Direito, j. em 27.9.2005; e STJ, 3ª T., REsp 427.582, Rel. Min. Castro Filho, j. em 28.10.2004.

²⁹ STJ, 2ª S., AgInt nos EREsp 1.325.225, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 14.9.2016; STJ, 3ª T., AgRg nos EDcl no AREsp 156.998, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 14.8.2012; STJ, 4ª T., REsp 247.349/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. em 5.2.2009.

³⁰ STJ, 2ª S., REsp 435.865, Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 9.10.2002; STJ, 4ª T., AgRg no REsp 620.259, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 15.10.2009; STJ, 4ª T., AgRg no REsp 960.578, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. em 18.9.2007.

³¹ STJ, 4ª T., REsp 974.138, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 22.11.2016.

³² STJ, AgRg no REsp 1.049.090, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 7.8.2014; STJ, 4ª T., REsp 613.402, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, jul. 15.4.2004.

³³ STJ, 2ª S., AgRg nos EDcl nos EREsp 1.200.369, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 11.12.2013.

³⁴ STJ, 3ª T., REsp 1728068, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 5.6.2018; STJ, 4ª T., AgRg no REsp 1551484, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. em 18.2.2016; STJ, 4ª T., REsp 974.138, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 22.11.2016; STJ, 4ª T., AgRg no REsp 1185074, Rel. Min. Marco Buzzi, j. em 24.2.2015; STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 531.739, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 5.2.2015; STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1456690, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 5.8.2014; STJ, 3ª T., AgRg no Ag 1389181, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 26.6.2012.

³⁵ STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 621.486, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 5.2.2015.

³⁶ STJ, 4ª T., REsp 168.985, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. em 23.5.2000.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é adotada tanto como ferramenta para condenar a empresa, quanto para inocentá-la. Essa dupla leitura ressalta a inexistência de critério firme que possa determinar globalmente em que medida o evento corresponde ao risco de empresa. Essa dificuldade foi percebida pela doutrina e resultou, inclusive, na elaboração de sofisticado artigo com o objetivo de colmatar essa jurisprudência do tribunal.³⁷

O critério da conexão do evento à atividade da empresa, seja pela ausência de especificação de seus critérios, seja pela inconsistência da jurisprudência formada, não permite desvendar a adequação das soluções adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça. O parâmetro sugerido, apesar de sua praticidade e utilidade, não permite esclarecer a configuração de força maior em todas as situações. Tampouco a jurisprudência indica com precisão o caminho a ser tomado. Parece reinar cenário nebuloso no estabelecimento de casos de fortuito interno e externo.

4. A leitura do critério da conexão ao risco de empresa à luz dos requisitos previstos no Código Civil

A distinção entre fortuito interno e externo nas decisões aludidas no item 2 exige a adoção de critérios complementares para avaliar quais fenômenos poderiam exonerar o transportador. O elemento da conexão do risco de empresa não parece o único a ser considerado. É preciso compreender melhor o argumento do fortuito interno/externo, assim como a sua relação com os demais elementos legais da força maior.

No contrato de transporte, em interpretação conjunta dos artigos 735³⁸ e 734, o fato de terceiro apenas pode exonerar a responsabilidade do transportador caso revertido da qualificação de força maior. Ao disciplinar a responsabilidade pelo inadimplemento de obrigações, o Código Civil positivou dispositivo contendo os critérios a serem observados. O artigo 393, em seu parágrafo único, apresenta tais fatores de maneira didática: i) a necessidade do fato;³⁹ ii) e a sua inevitabilidade. De acordo com a doutrina,

³⁷ Cf. FRAZÃO, Ana, cit. Esse trabalho é comentado com maior profundidade no próximo item.

³⁸ O artigo parece refletir o antigo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, sumulado no enunciado n. 187: “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

³⁹ Esse elemento não é normalmente ressaltado, em especial diante da difusão em doutrina e jurisprudência do entendimento de que o força maior rompe o nexo de causalidade. Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil*, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 335 ss.) define como o evento que leva obrigatoriamente ao fato danoso. Já Judith Martins-Costa (*Comentários ao novo Código civil*, v. V, t. II (arts. 389 a 420), Do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 290 ss.) admite que o critério da necessidade corresponde àquele fora da esfera de controle do responsável.

não haveria a necessidade de averiguar a previsibilidade, pois a exigência de evitar o dano implicaria o dever também de prevê-lo.⁴⁰

Em análise histórica, a exigência da conexão aos riscos da atividade parece ser ligada à clássica obra de Agostinho Alvim.⁴¹ Esse autor propõe a diferenciação, com base na doutrina de L. Jossierand, entre caso fortuito e força maior.⁴² O primeiro seria fato inerente à atividade da empresa, ao passo que o segundo decorreria de elemento a ela estranho. Embora a diferenciação entre caso fortuito e força maior não seja mais acolhida em doutrina, a utilização do critério da exterioridade à atividade de empresa ganhou corpo próprio, propulsionado especialmente pelo Código de Defesa do Consumidor. Ela passou a dotar de características específicas e autonomia aplicativa.

A doutrina avalia esse critério de diferentes maneiras. Em alguns manuais, ele não é mencionado. Outros parecem relacionar esse critério com à externalidade do evento – externalidade como um dos elementos clássicos da configuração da força maior, ao lado da irresistibilidade e da imprevisibilidade.⁴³ Em terceira visão, o critério possui autonomia para avaliação a exoneração de fato de terceiro – sem a necessidade de adotar outro elemento para a avaliar a exoneração da empresa. Existe também o entendimento de que a determinação da conexão ao risco de empresa pressuporia a inevitabilidade do fato.⁴⁴ Nesse sentido, o fortuito interno seria o fato inevitável e, normalmente, imprevisível, conexo à atividade do agente.⁴⁵ A discussão da força maior também parece se confundir com a de políticas públicas. Alguns exemplos de configuração força maior apenas poderia ser evitada por meio da implementação de políticas públicas. Como não se poderia transferir esse risco à empresa, ela seria exonerada, como no caso de arremesso de pedra e de assalto em ônibus.⁴⁶

⁴⁰ Nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN de MORAES, Maria Celina, cit., p.711; MARTINS-COSTA, Judith, cit., p. 398; PEREIRA, Caio Mário da Silva, cit., p. 335 ss.

⁴¹ Essa interpretação resultada, por exemplo, da leitura de FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: SaraivaJur, 2019 a respeito desse critério. Em outros trabalhos, a obra de Alvim, Agostinho Neves de Arruda, cit., p. 329 ss. também é comumente citada.

⁴² Atualmente, no direito francês, essa teoria estaria ultrapassada: V. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne, cit., n. 383.

⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, cit., p. 335 ss. não menciona a expressão “fortuito interno”, mas dá exemplos – como de mal súbito do motorista – como incapaz de exonerar, pois não externo à atividade da empresa de transporte.

⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 407; FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson, cit., p. 573. MARTINS-COSTA, Judith, cit., pp. 292 ss. parece adotar nesse particular uma posição confusa: em um primeiro momento, afirma que o fortuito interno seria um fato evitável. Em seguida, ressalta que o evento conexo à atividade pode ser até mesmo inevitável – mesmo nesse caso haveria responsabilidade.

⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina, cit., p.710.

⁴⁶ Essa é a visão de CAVALIERI FILHO, Sergio, cit., p. 408 ss.

Ciente da abrangência da noção de risco de empresa, atenta doutrina buscou estabelecer critérios para a sua determinação.⁴⁷ De acordo com Ana Frazão, o critério proposto pelo Superior Tribunal de Justiça busca determinar a pertinência entre o dano e o risco da atividade. A autora elenca os elementos a serem considerados nos riscos de empresa: i) elementos voluntários de assunção do risco, bem como ii) os elementos econômicos que formatam o risco da empresa a partir dos ii.i) critérios de previsibilidade, ii.ii) calculabilidade e possibilidade de gerenciamento;⁴⁸ ii.iii) dos custos da prevenção dos danos e ii.iv) dos distintos e possíveis graus de dever de cuidado que podem ser adotados pelo empresário. Ao examinar o subcritério da adoção de deveres de cuidado, estabelece necessidade de verificar se todas as medidas exigíveis teriam sido tomadas diante do que seria razoavelmente previsível. A autora faz então a conexão entre o risco e o impacto econômico para impedir o evento. Quanto mais difícil e custoso for para evitar o dano, maior razão haveria para cogitar a exoneração da responsabilidade. Essa avaliação realçaria aspectos volitivos e subjetivos concernentes à conduta do empresário. Ao analisar algumas decisões relativas à atividade da transportadora, o artigo argumenta que os fatos seriam previsíveis, assim como sujeitos a cálculo e gerenciamento pela empresa transportadora ao agir no padrão adequado de cuidados.

Os critérios trazidos por Ana Frazão são pertinentes na avaliação da conexão do evento aos riscos da empresa. Em interpretação do seu trabalho, avalia-se que autora propõe uma noção ampla de riscos conexos a uma atividade, que englobaria também a de inevitabilidade do dano. Como visto, ao lado do elemento volitivo, a autora propõe a composição do risco da empresa a partir dos critérios de previsibilidade, calculabilidade, possibilidade de gerenciamento, dos distintos e possíveis graus de dever de cuidado que podem ser adotados pelo empresário. Eles podem ser traduzidos justamente em elemento para determinar a inevitabilidade do evento – como revela a jurisprudência francesa ao fazer um exame como proposto pela autora (cf. item 5).

Ela ressalta, todavia, que “a controlabilidade do risco não diz respeito apenas à possibilidade de evitar o dano, mas também à possibilidade de gerenciá-lo

⁴⁷ FRAZÃO, Ana, cit.

⁴⁸ É necessário explicitar a compreensão do critério do gerenciamento dos riscos pela autora: “Vale ressaltar que a controlabilidade do risco não diz respeito apenas à possibilidade de evitar o dano, mas também à possibilidade de gerenciá-lo adequadamente. Daí por que são questionáveis as decisões jurisprudenciais de que assaltos à mão armada em coletivos, apesar de previsíveis e habituais, seriam fortuitos externos à atividade da transportadora, por serem inevitáveis. Afinal, o critério isolado da inevitabilidade do dano pode funcionar bem como excludente de responsabilidade subjetiva, mas não necessariamente como excludente de responsabilidade pelo risco. Ora, se os fatos são previsíveis e sujeitos a cálculo e gerenciamento pela empresa transportadora que age com os padrões adequados de cuidado, existem bons motivos para considerá-los como fortuitos internos, ainda que a empresa tenha tomado as cautelas que lhes seriam exigíveis para evitar o dano” (FRAZÃO, Ana, cit.).

adequadamente. (...) o critério isolado da inevitabilidade do dano pode funcionar bem como excludente de responsabilidade subjetiva, mas não necessariamente como excludente de responsabilidade pelo risco”. Nessa visão, o critério da inevitabilidade seria insuficiente. Ela propõe essa leitura para criticar as decisões que entendem como fortuito externo assaltos à mão armada em coletivos por serem inevitáveis. Como propõe o presente artigo, talvez não seja a questão de descartar o critério da inevitabilidade, mas adoção de diferentes métodos na sua avaliação, o que incluiria aí a possibilidade de gerenciar o risco (cf. item 6).⁴⁹

As considerações precedentes parecem conduzir ao aumento da relevância da condição da evitabilidade do evento. Ela representaria requisito adicional para a exoneração da empresa, que se encontraria no cerne nas decisões do Superior Tribunal de Justiça para estabelecer a configuração de fortuito interno e externo. Ela pode ser visualizada como critério implícito e subjacente para exonerar a responsabilidade do transportador nos casos de i) arremesso de pedra; ii) assalto a mão armada no interior do veículo de transporte coletivo; iii) assalto a mão armada nas dependências da estação metroviária; iv) a morte de usuário do transporte coletivo vítima de “bala perdida”; v) danos decorrentes de explosão de bomba em composição de trem; vi) o empurrão realizado por outro passageiro; e vii) explosivo que causa dano a outros passageiros.

O critério da conexão do evento ao risco da atividade com a introdução do aprofundamento do elemento legal da inevitabilidade do evento (ou a adoção dos elementos propostos por Ana Frazão) reduziria a incerteza na aplicação da jurisprudência formulada pelo Superior Tribunal de Justiça. A determinação das condições da força maior do direito francês fornece elementos para esclarecer a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

5. Uma contribuição para a debate: a jurisprudência da Corte de Cassação francesa

O exame em Direito comparado auxilia na avaliação dos critérios de exoneração do transportador e, portanto, das decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça. O direito francês consiste em esclarecedora comparação. Ele passa por intensa discussão a respeito dos elementos necessários para a configuração de caso fortuito. Estes foram

⁴⁹ Em complexo artigo, BURKE, Ciarán, e MOLITORISOVÁ, Alexandra. *Some Birds Fly High: The Disappearance of Force Majeure Doctrine*. In *European Aviation Tort Law*, 14 fev. 2017 argumentam que as esferas de risco e de controle representam círculos secantes; não haveria coincidência entre eles. Este consistiria nas medidas adotadas para evitar os eventos inerentes a determinada a atividade; o risco, medido pela probabilidade e pela intensidade, corresponderia à probabilidade de ocorrência de determinado evento. Existe, portanto, o perigo de tentar mesclar elementos que possuem características inatas diferentes.

recentemente positivados em relação à responsabilidade contratual, ao passo que existe também a intenção de fazer o mesmo no caso de responsabilidade aquiliana. A sua mais alta corte, ainda, enfrentou recentemente a questão da responsabilidade do transportador por fato terceiro, com duas decisões que alteraram a antiga severidade de sua jurisprudência.

O direito francês reformou o direito dos contratos em 2016. Essa alteração consolidou orientações da jurisprudência, que lentamente forjaram e modernizaram a disciplina dos contratos. O código civil francês data do início do século XIX. A distância do momento de sua promulgação resultava em uma disciplina incapaz de tratar das novas questões de uma sociedade dinâmica e ágil. Ela também dificultava o engajamento de operadores econômicos internacionais a adotar a legislação francesa como disciplina dos seus acordos. Com essa reforma, o artigo 1.218 do atual código tratou dos requisitos da força maior para exonerar a responsabilidade contratual.⁵⁰ De acordo com a doutrina majoritária, os requisitos dessa causa de exoneração são i) a exterioridade do evento; ii) a sua imprevisibilidade; e iii) a sua inevitabilidade.

A doutrina não é unânime a respeito da aplicabilidade dos requisitos da força maior da responsabilidade contratual à responsabilidade delictual. É reflexo dessa orientação a tentativa de positivação de outro dispositivo no código civil francês versando sobre a força maior na responsabilidade extracontratual. Atualmente a França discute a reforma do Direito da Responsabilidade Civil.⁵¹ O projeto elaborado se encontra em consulta pública. O seu artigo 1.253 exige outros elementos para a configuração da força maior.

⁵⁰ Em francês: "Article 1218. Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1". Em tradução livre: "Existe força maior em matéria de contrato, quando um evento fora do controle do devedor, que não poderia ser razoavelmente esperado no momento da celebração do contrato e cujos efeitos não podem ser evitados por medidas apropriadas, impede o cumprimento de sua obrigação pelo devedor. Se o impedimento for temporário, o cumprimento da obrigação será suspenso, a menos que o atraso resultante justifique a rescisão do contrato. Se o impedimento for definitivo, o contrato é automaticamente resolvido e as partes são exoneradas de suas obrigações nas condições previstas nos artigos 1351 e 1351-1".

⁵¹ Em doutrina sobre esse projeto, cf. VINEY, Geneviève. *L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile*. In Recueil Dalloz, 2016, p. 1378 ss.; BORGHETTI, Jean-Sébastien. *L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile. Commentaire des principales dispositions*. Recueil Dalloz, 2016, p. 1386 ss.; BACACHE, Mireille. In Revue Dalloz, 2016, p. 1454 ss.; FABRE-MAGNAN, Muriel. *Un projet à refaire*. In RDC 2016, n° 113s8, p. 782; e MAZEAUD, Denis. *Réflexions sur le projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017*. In Mel. Neau-Leduc, LGDJ: 2018, p. 711 ss.

Ele elenca como requisitos i) a exterioridade; e ii) a inevitabilidade.⁵² A imprevisibilidade não seria mais exigida.

O elemento da exterioridade, comumente exigido para a exoneração por força maior, do evento se transforma em outra noção mais dúctil, da possibilidade de controle do evento pela empresa.⁵³ A transformação dessa condição é influenciada por decisões adotadas em 2006 pela Corte de Cassação, que excluíram esse requisito em caso de responsabilidade contratual. Uma delas excluiu a responsabilidade de devedor de uma obrigação personalíssima afetado por uma doença.⁵⁴ A sua assembleia plenária, reunindo todos os membros das suas câmaras, afastou que a externalidade fosse um dos requisitos da força maior. A doutrina examina a exclusão da externalidade como a preponderância da exigência da inevitabilidade do evento.⁵⁵ Em arguta observação, Muriel FABRE-MAGNAN nota que apenas o devedor poderia executar a obrigação prometida e que essa doença ocorreu de maneira tão brutalmente que ele não teve tempo nem possibilidade de se organizar para assumir suas obrigações. Trata-se de evento que foge ao *controle* do devedor. A qualificação de força maior poderia excepcionalmente ser considerada um evento não exterior desde que o devedor não possa – a despeito de tudo – evitar o dano.⁵⁶

Ainda, a comparação entre sistemas legais também permite a indicação do método para avaliar os critérios de configuração da força maior, em especial a inevitabilidade e a irresistibilidade – tratados de maneira distinta em alguns julgados franceses, mas que encontram uma visão unificada no direito brasileiro. A seleção do evento exoneratório pode ser concretizada com o exame adequado do critério da inevitabilidade. Alguns dos argumentos – muito dos quais convincentes – adotados nos votos das decisões referidas no item 2 não se enquadram diretamente no critério do risco. Os votos fazem referências a *evento previsível e medidas apropriadas*. Esses argumentos não foram

⁵² Em francês: “Article 1253. Le cas fortuit, le fait du tiers ou de la victime sont totalement exonérateurs s'ils remplissent les caractères de la force majeure. En matière extracontractuelle, la force majeure est l'événement dont le défendeur ou la personne dont il doit répondre *ne pouvait éviter la réalisation ou les conséquences par des mesures appropriées*. En matière contractuelle, la force majeure est définie à l'article 1218”. Em tradução livre: “Artigo 1253. O fato fortuito, o fato de terceiros ou da vítima são totalmente exonerados se preencherem as características de força maior. Na matéria extracontratual, força maior é o evento em que o réu ou a pessoa a quem ele é responsável não pode evitar a realização ou as consequências por meio de medidas apropriadas. Em matéria de contrato, força maior é definida no artigo 1218”.

⁵³ FABRE-MAGNAN, Muriel, cit., n. 338.

⁵⁴ Uma das decisões, de 14 de abril de 2006, avaliou a configuração dos requisitos da força maior em caso de culpa da vítima. Pondera FABRE-MAGNAN, Muriel, cit., n. 233 que o fato da vítima é inexoravelmente exterior ao autor – autor e vítima devem ser duas pessoas distintas. A ausência nessa decisão a respeito do critério da exterioridade pode não representar a exclusão desse requisito; ele seria ínsito a essa modalidade de exoneração da responsabilidade.

⁵⁵ Fabre-Magnan, Muriel, cit., n. 223, p. 257-258.

⁵⁶ Fabre-Magnan, Muriel, cit., n. 223, p. 257-258.

adequadamente traduzidos no critério empregado da conexão ao risco de empresa e, por isso, perdem a sua força.

As decisões adotadas recentemente na França buscaram estabelecer as condições e o método para avaliar se o fato de terceiro é capaz de exonerar o transportador. Elas alteraram a tendência de severidade de sua responsabilidade por fatos ocorridos com os passageiros. A Corte de cassação normalmente condenava empresas de transporte ao negar a configuração dos requisitos para exonerá-las de sua responsabilidade. A força maior apenas era reconhecida em circunstâncias excepcionais, como no caso de um suicida também carrega consigo outro passageiro à linha de trem⁵⁷ ou de abrupta agressão por terceiro.⁵⁸ No entanto, ela não exonerava em outros casos, a agressão de um passageiro no trem;⁵⁹ de queda do passageiro sobre os trilhos, seja por ter sido empurrado por outro passageiro⁶⁰ seja ao tentar descer ou entrar no trem.⁶¹

Os dois últimos casos examinados podem alterar a rigidez desse posicionamento. O primeiro caso, de fevereiro de 2018 (Civ. 2^e, 8 févr. 2018, n^o 17-10.516), diz respeito a um viajante subitamente amarrado e arrastado nos trilhos por um terceiro quando um trem entrou na estação. Os dois homens, que não se conheciam, caíram nos trilhos e foram atropelados pelo trem que se aproximava. O agressor possuía esquizofrenia e ouvia vozes ao cometer o ato. Resultou do inquérito policial que nenhuma medida de controle e de segurança evitaria ou impediria essa agressão, salvo a instalação de fachadas na plataforma em todas as estações que, dada a escala da obra e o fato de a empresa de transporte ferroviária não ser proprietária das plataformas, não podia ser exigida. No segundo caso (Civ. 2^e, 8 févr. 2018, n^o 16-26.198), um passageiro, atacado no metrô de Paris, perseguiu seu ofensor na plataforma, mas este o empurrou para longe, causando sua queda fatal nos trilhos enquanto o trem do metrô passava. A Corte de Cassação desta

⁵⁷ Cass., ass. plén., 14 avr. 2006, n^o 04-18.902.

⁵⁸ Cass, Civ. 1^{re}, 23 juin 2011, n^o 10-15.811. Ao comentar essa decisão, JOURDAIN, Patrice. *Agression dans un train : la force majeure à nouveau admise au profit de la SNCF*. In Recueil Dalloz, 2011, p. 1817 ss. está de acordo com a avaliação adotada pela decisão do critério da irresistibilidade. O transportador não poderia resistir a um surpreendente ataque, mesmo se houvesse um controlador no vagão. A avaliação da irresistibilidade do evento não se ateve ao momento da ocorrência do evento, mas também as atitudes que poderiam ter sido adotadas antes dele ocorrer. O controlador não poderia ter feito nada antes. Não poderia ser evitado por medidas de previsão. A irresistibilidade deve cobrir todo o período de execução do contrato. Cf. tb. ROME, Félix. *Irresponsabilité de la SNCF : c'est de nouveau possible !* In Recueil Dalloz, 2011, p.1745 ss.

⁵⁹ Civ. 1^{re}, 12 déc. 2000, n^o 98-20.635 ; Civ. 1^{re}, 3 juill. 2002, n^o 99-20.217 ; Civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, n^o 05-10.783.

⁶⁰ Civ. 2^e, n^o 99-10.417, D. 2001. 432.

⁶¹ Civ. 2^e, 23 janv. 2003, n^o 00-15.597, Civ. 2^e, 27 févr. 2003, n^o 01-00.659; Civ. 1^{re}, 21 déc. 2006, n^o 06-10.976.

vez censurou a decisão do tribunal inferior, concluindo que ele procedeu por meio de afirmação genérica sobre a imprevisibilidade e irresistibilidade do evento.⁶²

Ambas as decisões novamente provocaram a reflexão sobre o standard da conduta do responsável. Apresentaram-se então questões a respeito da irresistibilidade do fato, da sua previsibilidade, mesmo da recorrência dele. Apesar de algumas indicações de medidas para evitar o dano, a primeira decisão afastou a sugestão de que fachadas na plataforma evitaria o dano.⁶³ As fachadas, apesar de custosas, são possíveis de serem realizadas; algumas linhas de metrô já possuem essa proteção. No entanto, a decisão concluiu que não se poderia exigir da empresa de transporte essa medida.

Essas decisões sugerem o método de apreciação da força maior, em especial da condição da inevitabilidade. É necessário realizar essa avaliação de maneira pormenorizada.⁶⁴ Em relação à irresistibilidade, ela deve ser vista com severidade, como o evento que impeça absolutamente o agente de cumprir o seu dever.⁶⁵ Os outros requisitos – previsibilidade⁶⁶ e inevitabilidade – devem ser feitos num standard abstrato de referência.⁶⁷ O evento deve ser inevitável a todo indivíduo normalmente razoável, prudente e diligente, colocado nas mesmas circunstâncias exteriores e exercendo a mesma atividade.⁶⁸ Em outras palavras, se deve verificar se nenhuma violação ao dever tenha sido realizada e todas as medidas a

⁶² Atualmente, a doutrina e a jurisprudência ainda discutem quais são os requisitos da força maior. A resposta tradicional ainda consiste na irresistibilidade, na imprevisibilidade e na exterioridade (v. MALAURIE, Philippe, AYNES, Laurent, e STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Droit des obligations*. Issy-les-Moulineaux : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2018, n. 953). O elemento da irresistibilidade e da inevitabilidade se confundem. Esses autores, por exemplo, definem a irresistibilidade como a adoção de medidas apropriadas.

⁶³ JOURDAIN, Patrice. *Force majeure: la Cour de cassation admet l'exonération du transporteur ferroviaire de personnes (chute d'un voyageur sur les voies)*. In RTD Civ. 2018, p.418.

⁶⁴ JOURDAIN, Patrice. *Force majeure: la Cour de cassation admet l'exonération du transporteur ferroviaire de personnes (chute d'un voyageur sur les voies)*, cit., p.419.

⁶⁵ JOURDAIN, Patrice. *Force majeure: la Cour de cassation admet l'exonération du transporteur ferroviaire de personnes (chute d'un voyageur sur les voies)*, cit. O autor adota uma visão específica da irresistibilidade, como uma conduta capaz de especificamente impedir a realização do dano. BACACHE-GIBEILLI, Mireille. *La Responsabilité Civile Extracontractuelle*. Paris: Economica, 2016, n. 534 explica que a doutrina buscou substituir o conceito de irresistibilidade por inevitabilidade (i.e., a impossibilidade de evitar as consequências danosas de um evento que era previsível). Essa proposta teria sido aceita em algumas decisões, mas a Corte de Cassação voltou a utilizar os critérios tradicionais de imprevisibilidade e irresistibilidade em duas decisões de 14 de abril de 2006.

⁶⁶ Rebeyrol, Vincent, *L'appréciation de la force majeure par la Cour de cassation*. In Recueil Dalloz, 2018, p. 598 ss. sugere a possibilidade de abandonar o requisito da imprevisibilidade. Ele alega também a instabilidade desse requisito.

⁶⁷ Jourdain, Patrice. *Force majeure : la Cour de cassation admet l'exonération du transporteur ferroviaire de personnes (chute d'un voyageur sur les voies)*, cit.. Nesse sentido, TERRE, François; SIMLER, Philippe; Lequette, Yves, Chénéde, François. *Droit civil: les obligations*. Paris: Dalloz, 2019, n. 1023; MALAURIE, Philippe, AYNES, Laurent, e STOFFEL-MUNCK, Philippe, cit., n. 954; BACACHE-GIBEILLI, Mireille. *La Responsabilité Civile Extracontractuelle*, cit., n. 535; BRUN, Philippe. *Responsabilité civile extracontractuelle*. Paris : LexisNexis, 2018, n. 285 Em obra monográfica, ANTONMATTEI, Paul-Henri. *Contribution à l'étude de la Force Majeure*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, n. 110 também partilha dessa concepção. De acordo com o autor, se deve perguntar qual deveria ser o modelo de comportamento de acordo com a situação de referência.

⁶⁸ BACACHE-GIBEILLI, Mireille. *La Responsabilité Civile Extracontractuelle*, cit., n. 535.

apropriadas devem ter sido razoavelmente adotadas para prevenir os danos ou evitar os efeitos.⁶⁹ Patrice JOURDAIN sugere que a referência a medidas adequadas para evitar danos deve ser entendida por referência ao que pode razoavelmente ser esperado do transportador.⁷⁰

Ao adotar tais métodos de avaliação dos requisitos da força maior, dever-se-á examinar quais medidas as empresas de transportes podem tomar para evitar a ocorrência de queda de passageiros nos trilhos.⁷¹ No caso francês, conclui-se que os eventos são perfeitamente previsíveis e igualmente evitáveis em absolutos, como pela adoção de fachadas nas plataformas das estações, mas eles exigiriam tempo e custos excessivos, o que por isso deve ser afastado como exigível da empresa de transporte.⁷²

Existe uma diferença, não propriamente jurídica, entre os exemplos dos dois países. Na França, a discussão é menos dramática. Em ambos os casos o fundo responsável por indenizar eventos terroristas reparou a vítima. A discussão é realizada em ação de regresso do fundo em face da empresa de transporte, o que retira o peso do drama envolvido. Os casos brasileiros tratam de avaliar se a própria vítima deve ser indenizada; em caso negativo, eles teriam sofrido dano que dificilmente seriam indenizados pelo real agressor.

Esse aprofundamento do standard de medidas auxilia a esclarecer a questão no direito brasileiro. A posição mais coerente consiste naquela de exigir, ao lado do critério da conexão aos riscos de empresa,⁷³ a necessidade e a inevitabilidade do evento, conforme previsto no artigo 393 do Código Civil. Eles podem ser aplicados em conjunto com o método de delineado na jurisprudência francesa. Os casos de agressão sexual são,

⁶⁹ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne, cit., n. 398 e 399. DUBOIS, Charlotte, *La force majeure sur les rails de l'exonération*. In La Semaine Juridique Edition Générale n° 17, p. 477 ressalta que a decisão raciocina com base na inevitabilidade do dano, e não de imprevisibilidade.

⁷⁰ JOURDAIN, Patrice. *Force majeure : la Cour de cassation admet l'exonération du transporteur ferroviaire de personnes (chute d'un voyageur sur les voies)*, cit. ressalta que "la référence aux mesures appropriées destinées à éviter les dommages doit s'entendre de façon relative et circonstanciée, comme lorsqu'il s'agit d'apprécier la faute, c'est-à-dire par référence à ce que l'on peut raisonnablement attendre du transporteur". Em tradução livre "a referência a medidas apropriadas para evitar danos deve ser entendida de maneira relativa e detalhada, como no caso de avaliação da culpa, ou seja, com referência ao que pode ser razoavelmente esperado do transportador". V. tb. REBEYROL, Vincent. *L'appréciation de la force majeure par la Cour de cassation*. In Recueil Dalloz, 2018, p. 598 ss ; HOCQUE-BERG, Sophie. *La force majeure aux deux visages*. In Responsabilité civile et assurances n° 5, Mai 2018, étude 6.

⁷¹ JOURDAIN, Patrice, *Force majeure: la Cour de cassation admet l'exonération du transporteur ferroviaire de personnes (chute d'un voyageur sur les voies)*, cit.

⁷² De acordo com DUBOIS, Charlotte, *La force majeure sur les rails de l'exonération*, cit., em algumas decisões, razões financeiras não são suficientes para afastar a força maior. A corte faz uma avaliação custo/vantagem. Essa avaliação pode ser no sentido inverso, de atribuir esse dano à álea da companhia.

⁷³ Sob a perspectiva de direito comprado, a utilização da noção de riscos conexos à empresa representa critério mais avançado do que aquele de exterioridade. Isso mostra a sofisticação da sua utilização pela jurisprudência brasileira. Ela também vai ao encontro da noção recente no direito francês de controlabilidade do evento.

infelizmente, muito comuns no transporte público. Os números são alarmantes. A responsabilidade civil se presta a determinar se a reação do direito privado a esses fatos na reparação à vítima.

6. Releitura das decisões do Superior Tribunal de Justiça e avaliação da inevitabilidade do assédio sexual cometido no transporte de passageiro

Os itens precedentes auxiliam na delimitação das condições para a configuração da força maior no direito brasileiro. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça conjuga o elemento da conexão do evento aos riscos da empresa com os critérios legais previsto no Código Civil, de necessidade e a inevitabilidade. O critério da necessidade busca relacionar a relevância da causa estrangeira para romper o nexos de causalidade. Ele não afeta, todavia, a avaliação do evento, o que ressalta o outro critério. Nesse contexto, a inevitabilidade se torna condição a ser analisada para avaliar o fortuito interno e externo.

A conexão do evento aos riscos da empresa deve permitir a avaliação das circunstâncias diretamente relacionadas com a atividade desenvolvida, o que não permitiria a sua exoneração. No caso do transporte de pessoas, o abaloamento do veículo, o estouro de pneu e a explosão do motor afastaria qualquer possibilidade de exoneração; eles são inegavelmente internos à atividade. O assédio cometido por terceiro não estaria *diretamente* relacionado aos riscos da atividade. Essa exclusão, todavia, exige examinar se a empresa de transporte realizou o esforço para evitá-lo, de tal modo que apenas circunstâncias extraordinárias e efetivamente inevitáveis poderiam exonerá-la.⁷⁴ Esse critério não pode se tornar subterfúgio para examinar a culpa da empresa. Trata-se de responsabilidade objetiva, de tal modo que os fatores exoneratórios não se confundem com a avaliação da culpa do ofensor.

Será necessário avaliar de maneira pormenorizada do elemento da inevitabilidade para averiguar se o evento deve ser atribuído ou não à empresa de transporte, comprando a conduta do responsável com o standard abstrato de referência. O evento deve ser

⁷⁴ Esse raciocínio também pode ser alcançado por outra via, sugerida pela Ministra Nancy Andrighi, ao tratar da configuração como fortuito interno. De acordo com a sua decisão, deveria ser necessário adotar como critério da configuração de fortuito interno “a existência de padrão mínimo das expectativas geradas no exercício de atividade de risco” (STJ, REsp 1.786.722, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 9.6.2020). Esse requisito reflete o § 1º, em especial o seu inciso II, do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Os eventos evitáveis ocorridos no âmbito de atividade de risco coincidem, com grande frequência, com as expectativas de segurança geradas no exercício de atividade. No entanto, a noção de expectativas de segurança pode não discernir todas as situações, em particular aquelas em que é necessário um exame multidimensional do evento, como no caso do assédio cometido por outro passageiro no transporte público. Afinal, haveria a expectativa desse risco no exercício da atividade de transporte público? As turmas do STJ parecem divergir nessa avaliação. A utilização dos instrumentos propostos, em especial da inevitabilidade sob uma perspectiva dinâmica, parece responder melhor ao desafio interpretativo.

inevitável a todo indivíduo normalmente razoável, prudente e diligente, colocado nas mesmas circunstâncias exteriores e exercendo a mesma atividade, de modo a tornar a obrigação de segurança impossível.

Existe no Brasil diversos casos de assédio sexual em transporte público. Eles consistem em situações completamente previsíveis (em termos estatísticos), em particular pelas empresas de transporte urbanos. Na estação onde ocorreu o crime no primeiro caso julgado pela 3ª turma, são comuns as situações de agressão sexual. São previsíveis e exigem a adoção de medidas preventivas razoáveis. Nesse contexto, deve-se avaliar qual o standard de comportamento da empresa de transporte. Por um lado, a empresa de transporte realizou uma conduta exemplar quando soube do ocorrido. Nos casos relatados, ela deteve o agressor, o levou para a delegacia, onde foi lavrado um boletim de ocorrência. Ela evitou consequências mais severas às vítimas e a outras passageiras. A empresa se comportou nos casos de maneira diligente para reduzir as consequências danosas às vítimas. Ela também realiza campanhas de prevenção e de esclarecimento aos usuários para evitar esse tipo de ocorrência.⁷⁵

A Ministra Nancy Andrihí, no voto no caso REsp 1.662.551, ressalta algumas medidas que poderiam ter sido tomadas pela concessionária de transporte. Ela sugere a aquisição de novos vagões e de maior fiscalização. A aquisição de novos vagões é, de fato, uma medida em absoluto admissível. Ela poderia reduzir a frequência de danos. Os passageiros ficariam mais distantes um dos outros, o que evitaria os assédios sexuais realizados em ambos os casos. Como a proposta de implantação de fachadas nas plataformas de metrô e de trem na França, essa sugestão se mostra factível. No entanto, a aquisição de novos vagões é muito onerosa, exigindo também uma mudança sistemática no transporte pública. Ela certamente alteraria significativamente o equilíbrio financeiro do contrato de concessão. É uma medida desejável por todos os usuários, e não apenas as vítimas de assédio sexual. Ela deve ser objeto de decisão pelo órgão competente para regular o transporte público com base no contrato concessão pública, e não deve configurar o standard de conduta a ser exigido para evitar agressões sexuais. Note-se a influência da relação de concessão pública não pode servir de

⁷⁵ Cf. o acórdão no REsp 1.748.295: “Consta da própria sentença que julgou procedente o pedido que a concessionária faz campanhas de prevenção e de esclarecimento aos usuários para evitar esse tipo de lamentável ocorrência que, infelizmente, é frequente. Também consta do acórdão recorrido que o suposto ofensor foi imediatamente detido e conduzido, juntamente com a vítima, à delegacia de polícia mais próxima, tão logo ciente a empresa ré do fato. Do boletim de ocorrência consta que mal se fechou a porta da composição e ele já foi detido e foram ambas as partes conduzidas à delegacia. Penso que mais não se poderia exigir da prestadora de serviço de transporte coletivo”.

justificativa para avaliar a inevitabilidade do evento; afinal, a empresa concessionária deve buscar prestar aos consumidores serviço adequado e de qualidade.⁷⁶

A segunda sugestão, de aumentar a fiscalização, é mais pertinente e poderia ser exigido da transportadora. A empresa ré em ambos os casos parece ter um aparato eficiente na averiguação da infração, na detenção do agressor e na sua condução ao posto policial. Todavia, essa atuação não é eficiente para evitar o evento danoso. Ela apenas ocorreria *a posteriori*, mitigando os efeitos deletérios. Como será argumentado em seguida, a empresa pode e deve aumentar a fiscalização nos trens, seja por meio do aumento do número de agentes de fiscalização nas conduções,⁷⁷ seja por meio de um sistema de câmera de monitoramento em tempo real dos passageiros. Esta, em especial, poderia coibir a atuação de agressores ao facilitar a sua identificação. Existe também outras soluções a serem adotadas, que podem ser sugeridas com base em trabalhos acadêmicos voltadas a esse fim.

O artigo *'What Works' in Reducing Sexual Harassment and Sexual Offences on Public Transport Nationally and Internationally: A Rapid Evidence Assessment* é valoroso nesse sentido.⁷⁸ O *Project Guardian* em Londres, Inglaterra, incorpora muitas das iniciativas analisadas nesse relatório. De acordo com o trabalho acadêmico mencionado, esse projeto seria um dos programas mais abrangentes visando a reduzir o comportamento sexual indesejado no transporte público no mundo. Ele elenca as seguintes medidas a serem adotadas seja pela concessionária, seja pelos agentes públicos:

- 1) Vigilância formal: patrulhamento por pessoal da empresa de transporte com alta visibilidade e pela polícia, bem como operações com de fiscais não uniformizados. A equipe visível é consistentemente avaliada pelas mulheres como uma das medidas mais desejáveis na redução de ofensas sexuais.

⁷⁶ O art. 6º, da Lei n. 8.987/1995, sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, exige a prestação de serviço adequado aos usuários, isto é, aquele que satisfaça as condições de regularidade, continuidade, eficiência, atualidade generalidade, cortesia na sua prestação, modicidade tarifária e, sobretudo, segurança. Aliás, a Lei n. 13.460/2017, versando sobre os direitos dos usuários dos serviços públicos, corrobora o relevante papel do dever de segurança das prestadoras de serviço público. Ela impõe como diretriz, entre outras, às concessionárias e permissionária a adoção de medidas visando à proteção à saúde e à segurança (art. 5º, VIII).

⁷⁷ Essa medida é aparentemente já adotada pela companhia metropolitana, conforme correio eletrônico enviado ao autor explicando as medidas adotadas pela CTPM para a proteção de seus usuários.

⁷⁸ GEKOSKI, A., GRAY, J.M., HORVATH, M.A.H., EDWARDS, S., EMIRALI, A. & ADLER, J. R. *'What Works' in Reducing Sexual Harassment and Sexual Offences on Public Transport Nationally and Internationally: A Rapid Evidence Assessment*. London: British Transport Police and Department for Transport, 2015.

- 2) Vigilância tecnológica: câmeras de CCTV (*Closed-circuit television*, câmera de monitoramento em tempo real) em veículos e em centros de transporte, como estações de trem e pontos de ônibus. As agências de transporte e a polícia devem levar em conta as preocupações dos passageiros sobre o CCTV, adotadas nas melhores práticas envolvendo câmeras monitoradas e respostas rápidas a incidentes observados. Para garantir a sua eficiência, mensagens devem ser transmitidas em todas as redes de transporte, informando aos passageiros a localização da câmera de monitoramento em tempo real, bem como dando exemplos de casos em que os infratores foram identificados e processados por meio de imagens. Essas atitudes tranquiliza o público e age como um impedimento para os potenciais infratores.
- 3) Vigilância natural: melhor iluminação e visibilidade através das redes de transporte.
- 4) Campanhas publicitárias: elaboradas com o objetivo de aumentar o número de reportagens, conscientizar e desafiar atitudes de assédio sexual.
- 5) Ação popular: campanhas de conscientização e demonstrações para disseminar informações e iniciar uma conversa pública sobre o assédio sexual.
- 6) Novas tecnologias: plataformas on-line e aplicativos de smartphone para as mulheres compartilharem suas experiências, relatar incidentes, rastrear passageiros e criar mapas com *hotspots* de transgressão.
- 7) Transporte somente para mulheres: vagões separados por gênero em trens e ônibus.
- 8) Outras iniciativas foram identificadas, mas receberam menor prioridade no relatório devido à sua menor relevância. São elas: (i) boa manutenção de transporte e instalações; (ii) botões e telefones de emergência / pânico; (iii) espaços dedicados nos centros de transporte para reportar incidentes; (iv) relatórios de linhas diretas; (v) pedido de parada imediata do ônibus a noite; (vi) informações em tempo real em pontos de ônibus / redes ferroviárias; (vii) empresas de táxi exclusivamente femininas; (viii) aumento da gravidade da sentença e probabilidade de prisão e multa do condenado; (ix) métodos aprimorados de coleta de dados; e (x) incorporação melhor das opiniões das mulheres a respeito serviços de transporte.

O referido trabalho pondera que todas as iniciativas que visem a reduzir o comportamento sexual indesejado no transporte público precisam não apenas serem implementadas, como também divulgadas para que o público saiba que elas estão sendo realizadas. As iniciativas precisam ser expostas e avaliadas como prioridade, tanto para

atuar como uma garantia aos passageiros quanto para dissuadir os infratores. Embora o transporte de mulheres em vagão próprio possa ser um meio eficaz de reduzir o comportamento sexual indesejado no transporte público em alguns países, trata-se de “solução de curto prazo” e reforça a mensagem de que as mulheres devem ser contidas e segregadas para protegê-las. Delineia-se, portanto, o standard de medidas passíveis de serem adotadas pela empresa de transporte.

Caso as medidas sugeridas sejam adotadas, os casos de agressão em transporte público poderiam ser reduzidos. É necessário discordar do argumento do Ministro Marco Aurélio Belizze, em voto vencido no Recurso Especial 1.748.295. Ele aduz que as soluções propostas, especialmente de intensificar maior controle, não evitaria o evento por se tratar de uma questão cultural. De fato, existe essa cultura no Brasil de normalizar situações de agressão sexual a mulheres, mas efetivas medidas e firmes podem reduzir números tão elevados. A resignação não pode ser a proposta a ser adotada. Também argumenta a Ministra Isabel Galotti que não é possível disponibilizar o aparato de segurança a cada vagão. Ainda, quando a composição está lotada, não seria possível controlar os passageiros. Ora, a disponibilização de segurança não consiste na única medida contra os casos de agressão sexual. Tampouco não se deve restringir a análise da inevitabilidade à impossibilidade de impedir concretamente a ocorrência do evento. Mesmo um evento irresistível em concreto, pode ser evitado caso medidas mais abrangentes sejam tomadas pelo transportador.

Aqui cabe tocar em outra arguta provocação do voto da Ministra Isabel Galotti. Para ela, a condenação atribuiria a responsabilidade à empresa em razão de questões de segurança pública. A discussão iria muito além da possibilidade da responsabilidade civil. A adoção da conexão do evento à atividade de empresa causa a sensação de atribuir um excessivo peso às empresas, ao impor riscos associados à segurança pública. No entanto, essa sensação se desfaz com o exame dos requisitos legais da força maior. No Brasil, alguns eventos, pela existência de riscos inerentes à atividade, impõem o controle da situação pelas empresas de transporte, como no caso assédio ou, algumas circunstâncias, o assalto (como no assalto à bilheteria). As empresas que realizam o transporte coletivo possuem meios para reduzir esses eventos ocorridos, respeitando a incolumidade do passageiro. Não se trata de exigir uma conduta desproporcional, mas apenas de medidas necessárias para evitar que danos como esses sejam tragicamente previstos e as empresas assistam inertes a sua ocorrência.

Também cabe mencionar o argumento adotado pelo Ministro Villas Bôas. Ele alega que “constituiria verdadeiro atentado à segurança jurídica admitir que eventuais oscilações estatísticas no número de comunicações de ocorrência de determinada prática delituosa, mesmo que constatadas a partir do exame de bases de dados oficiais, servissem de pretexto para a modificação da natureza do evento, transformando-o ora em fortuito interno, ora em fortuito externo”.⁷⁹ Certamente, o número de ocorrência não determina a configuração das condições da força maior. Trata-se de um número que pode ser lido de diversas formas, ele indica seja a ocorrência seguida do mesmo evento sem nenhuma conduta voltada a evitá-lo, seja o sucesso em campanhas contra o assédio sexual na empresa.⁸⁰

A empresa algumas vezes implicada nas decisões comentadas, a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos, parece responder aos anseios da sociedade. Ela é pioneira na realização de campanhas de conscientização.⁸¹ Ela interpreta o aumento de registros de assédio sexual como evidência favorável (no primeiro semestre de 2018 foram registrados 152 casos pela Companhia Paulista de Trens Metropolitanos e pelo metro de São Paulo, um aumento de 67% em comparação com 2015⁸²). Eles decorreriam de um aumento da conscientização em razão das campanhas promovidas⁸³ e da atuação mais vigorosa. Como resultado, 55 suspeitos já teriam sido encaminhados às delegacias pelos agentes de segurança – 89% dos abusadores seriam detidos.⁸⁴ Ainda, a empresa conta com i) agentes especialmente instruídos para lidar com a situação; ii) agentes de segurança à paisana;⁸⁵ iii) mais de 8.000 câmeras;⁸⁶ iv) a disponibilidade de comunicação de ocorrências por meio de SMS; v) mensagens sonoras nas estações incentivando passageiros a denunciar o assédio.⁸⁷

⁷⁹ STJ, 3ª T., REsp 1.747.637, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 25.6.2019, voto do Min. Villas Bôas.

⁸⁰ O próprio voto do Min. Villas Bôas destaca essa forma de interpretação: “Também não parece acertado concluir que o acréscimo do número de denúncias de casos de importunação sexual no interior de composições da CTPM, ora recorrente, represente necessariamente um acréscimo da ocorrência dessa espécie delitiva. Afinal, essa variação estatística pode estar relacionada ao fato de a referida empresa vir adotando, ao longo dos últimos anos, ostensiva política de conscientização e estímulo para que as vítimas de ilícitos dessa natureza sintam-se resguardadas para denunciar seus efetivos agressores”.

⁸¹ E-mail enviado pela CTPM, de 2 de setembro de 2019, a partir de dúvida veiculada por meio de seus canais de atendimento.

⁸² CARDOSO, William. *Crimes sexuais no metrô e trens de São Paulo crescem 67% em 4 anos*. In: Folha de São Paulo, 20 de agosto de 2018.

⁸³ Uma delas lançada em conjunto com o Tribunal de Justiça de São Paulo. Chamava-se “Juntos podemos para o abuso sexual nos transportes”.

⁸⁴ *Suspeito de abuso sexual é detido na Linha 1- Azul do Metrô em SP*. In G1, 23 de setembro de 2015.

⁸⁵ BOCCHINI, Bruno. *CPTM e Metrô de SP usam agentes contra assédio sexual*. In Agência Brasil, 5 de maio de 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-05/cptm-e-metro-de-sp-usam-agentes-contra-assedio-sexual>. Acesso em: 25 de maio de 2020.

⁸⁶ E-mail enviado pela CTPM, de 2 de setembro de 2019, a partir de dúvida veiculada por meio de seus canais de atendimento.

⁸⁷ E-mail enviado pela CTPM, de 2 de setembro de 2019, a partir de dúvida veiculada por meio de seus canais de atendimento.

No entanto, a sua conduta, apesar de louvável, não se mostra completamente de acordo com o standard para evitar os casos assédios. Dada o número de casos de assédio, as empresas de transporte devem adotar postura ainda mais rígida na prevenção desses eventos. O caso brasileiro apresenta peculiaridades. A conduta sugerida pelo projeto inglês não é capaz de evitar o assédio – o número de decisões do Supremo Tribunal também denota essa dificuldade. A situação narrada deixa de ser extraordinária; ela poderia ser evitada por uma conduta mais rígida a fim de configuração dos casos de assédio. Não apenas o controle da empresa deveria ser mais intenso em relação aos passageiros agressores. Ela poderia adotar o gerenciamento dos casos de assédio, uma vez que o risco de agressão sexual se tornou, com a sua repetição, quantificável, de modo que seria possível, inclusive, celebrar contrato de seguro para poder reparar as vítimas desse evento. Não se trata, afinal, de esforço desproporcional, técnico e economicamente, para prevenir a sua ocorrência ou reparar em caso sua ocorrência. Essas características tornam esse evento sob o controle das empresas, impedindo a sua qualificação como inevitável.

7. Conclusões

O presente trabalho se insere como uma resposta à ponderação da Ministra Isabel Galotti, mencionada no final do item anterior, e da Ministra Nancy Andrichi, por ocasião do julgamento Recurso Especial 1.662.551/SP. Os casos de assédio sexual contra mulheres, em especial no transporte público, exigem um passo firme e corajoso. É preciso, todavia, não deixar a percepção subjetivo determinar a responsabilidade do transportador e buscar elementos para permitir um maior rigor aplicativo das normas: objetivo assumido nesse trabalho.⁸⁸

As decisões comentadas certamente representam uma importante controvérsia, seja pelo impacto social, sejam pelas inúmeras discussões a seu respeito – sem que se tenha chegado a uma solução adequada. Como ressaltado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é inconsistente em relação aos critérios para determinar o risco da empresa conexo à atividade. A doutrina se mostra, na sua maior parte, também vacilante sobre esse critério, assim como a sua relação com os requisitos legais. Existem trabalhos buscando estabelecer critérios específicos para a determinação dos riscos conexos à atividade da empresa e, com isso, definir os casos de força maior capaz de exonerar o

⁸⁸ Mesmo com a apresentação de critérios, a sensibilidade do juiz ainda poderá desempenhar o papel relevante. Como afirmam VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne, cit., p. 398, ao examinar os critérios de configuração de força maior no direito francês, a regra de direito pode servir mais a justificar a solução adotadas do que a determinar.

responsável. Estes permitem não apenas definir os elementos para determinar os casos de exterioridade do evento à atividade da empresa, como também diferenciar com maior clareza do outro critério, a inevitabilidade.

O direito francês serve de exemplo não apenas pelas discussões recentes sobre os requisitos, da força maior, mas sobretudo por duas decisões da Corte de Cassação. Elas estabeleceram o método que se deve avaliar os critérios da força maior. A inevitabilidade deve ser examinada como as medidas razoáveis a serem adotadas para prevenir que um dano ocorra de acordo com um standard abstrato de conduta. Esse método de avaliação pode ser estendido às decisões comentadas do Superior Tribunal de Justiça. Devem-se estabelecer quais medidas podem ser razoavelmente adotadas.

A verificação da conduta da empresa de acordo com um padrão abstrato de conduta permite uma adequada avaliação do requisito da inevitabilidade. Ele também estimula às empresas a adotarem deveres para reduzir os danos, conferindo-lhe uma dinamicidade. A circunstância de o risco de empresa afastar a responsabilidade de certos eventos pode não estimular a permanecer inerte. Uma adequada resposta seria verificar se o standard por ela adotado é capaz de reduzir ou evitar os danos cometidos. No caso, a empresa de transporte de trens metropolitano não adotou todas as medidas desejáveis para reduzir os casos de assédio, que continuam a ocorrer a despeito dessas providências. O Superior Tribunal de Justiça terá a oportunidade de esclarecer a questão nos diversos embargos de divergência opostos e responder à altura desse grave problema social.

civilistica.com

Recebido em: 1.6.2020
Aprovado em:
27.9.2020 (1º parecer)
30.9.2020 (2º parecer)

Como citar: COSTA, André Brandão Nery. O dilema do Superior Tribunal de Justiça: devem as empresas suportar os riscos de as passageiras serem assediadas no transporte público?. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 3, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-dilema-do-superior-tribunal-de-justica/>>. Data de acesso.