

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE- UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRANSPORTE AÉREO
INTERNACIONAL

SOUSA-PB
2014

GERTEMAN DE OLIVEIRA ALCANTARA

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRANSPORTE AÉREO
INTERNACIONAL

Monografia apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Esp. Admilson Leite de Almeida Junior.

Data de Defesa: _____/_____/_____

Resultado: _____

Banca Examinadora:

Nome do Examinador(a)

Nome do Examinador(a)

Nome do Examinador(a)

SOUSA
2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus primeiramente, minha família em especial meus pais que me apoiaram tanto, enfim a todos que nessa caminhada direta ou indiretamente contribuíram para esse êxito.

SUMÁRIO

RESUMO.....	04
1. INTRODUÇÃO.....	06
2. O CONTRATO DE TRANSPORTE.....	09
2.1 Conceito, histórico e natureza jurídica	10
2.2 Sujeitos e requisitos	15
2.3 Espécies de contratos de transporte	17
2.4 Direitos e deveres	21
3. AS RELAÇÕES DE CONSUMO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	22
3.1 Os sujeitos da relação de consumo	23
3.2 A relação de consumo e suas características	25
3.3 A responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor	28
4. A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL	32
4.1 O transporte aéreo nacional e internacional	32
4.2 A regulamentação do transporte aéreo internacional	34
4.3 Os tratados e convenções e a posição do Supremo Tribunal Federal acerca sua aplicação dentro do território brasileiro	38
5. CONCLUSÃO.....	44
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	47

RESUMO

O conceito de responsabilidade social pode ser compreendido em dois níveis: o nível interno relaciona-se com os trabalhadores e, a todas as partes afetadas pela empresa e que, podem influenciar no alcance de seus resultados. Diante deste diapasão constata-se de forma clara as posições contrárias a cada tema abordado com relação a responsabilidade civil no transporte aéreo de pessoas, pois a decisões tanto para os dois lados. O objetivo do contrato de transporte é dar maior segurança para seus usuários no que diz respeito aos danos que por ventura quem o preste possa ocasionar, isso vem da ideia de que a responsabilidade civil no transporte ela é objetiva inexistindo dolo ou culpa do agente em outras palavras é dever do prestador deste serviço faze-lo de forma que não ocasione nem um dano, seja físico, mental ou psicológico. A pesquisa analisa a antinomia de normas que regem o transporte aéreo nacional e internacional, colocando em confronto as Convenções e tratados internacionais como a de Montreal e Varsóvia com o Código de Defesa do Consumidor. Objetiva-se aferir qual norma deverá ser aplicada quando houver uma relação de consumo, sendo avaliados os precedentes jurisprudenciais sobre a matéria, no âmbito dos Tribunais de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, bem como a posição da doutrina. Devido a especificidade do tema, será utilizado o método de procedimento monográfico.

Como técnica de pesquisa e coleta, o presente estudo utilizará a documentação indireta, com a pesquisa documental através de leis, sentenças, acórdãos e pareceres, bem como a pesquisa bibliográfica, por meio de livros, artigos, revistas, boletins e sites de internet.

Pondera-se, principalmente, acerca das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Ao fim, constata-se que o regramento mais coerente com o ordenamento jurídico pátrio é aquele que privilegia os interesses do consumidor, posto que baseados em direitos fundamentais e unguídos de força normativa constitucional.

Palavras-chave: transporte aéreo internacional, antinomia de normas, Convenção de Montreal, Varsóvia, Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT

The concept of social responsibility can be understood on two levels: the national level relates to employees and to all parties affected by the company and that can influence the achievement of its results. Given this pitch notes is clearly contrary to every topic discussed in relation to civil liability in air transportation of persons, since both decisions for both sides positions. Address definitions of the contract of carriage as a whole clearly addressing your goals and paradigms then the liability decorreste these contracts the damage that their service providers and make the penalties provided. I will discuss the levels of responsibility such as the external level that are the consequences of the actions of an organization on the environment, its business partners and the environment in which they live. The research seeks to analyze the antinomy of rules governing domestic and international air transportation, putting confronting the international conventions and treaties such as the Montreal and Warsaw with the Code of Consumer Protection. Objective is to ascertain what standard should be applied when there is a consumer relationship and evaluated the legal precedents on the matter, under the Courts of Justice and the Superior Court of Justice as well as the position of the doctrine. At this point, if debate about the clash between law and especially higher-ranking law, and domestic law with international treaty. Ponder is mainly about recent decisions of the Supreme Court on the matter. At the end, it appears that the most coherent regramento with the Brazilian legal system is one that privileges the interests of the consumer, since based on fundamental constitutional rights and anointed normative force.

Keywords: international air transport, antinomy of rules, the Montreal Convention, Warsaw, Code of Consumer Protection, precedents, consumer interests, full compensation

LISTA DE ABREVIATURAS

CDC: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

STJ: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STF: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1. INTRODUÇÃO

No mundo moderno e globalizado, a expansão do transporte aéreo, impulsionada pelo incremento nas atividades turísticas e comerciais, tem levado a um fluxo crescente de passageiros.

É evidente que esse frenético trânsito de pessoas, bagagens e mercadorias, além de constituir elemento de singular importância para a economia e geração de empregos, leva também a um maior número de conflitos, que exigiram nos últimos anos constante edição de normas a fim de regular a matéria.

Na pesquisa, reconhecendo a importância do tema na atualidade, será realizado um estudo sobre a responsabilidade civil no transporte aéreo, especificamente no âmbito do transporte internacional, face haver nesse último um nítido conflito entre normas de origem diversa regulando do tema. De um lado, encontra-se a Convenção de Montreal, sucessora da antiga Convenção de Varsóvia, na condição de tratado internacional; noutra borda, está o Código de Defesa do Consumidor, como lei ordinária interna aplicável em toda relação de consumo.

Vislumbra-se que, não obstante a questão suscitada já esteja sendo debatida há um bom tempo, não há em sede jurisprudencial uma uniformização de julgados, mormente nas Cortes Estaduais, não havendo, mesmo no Superior Tribunal de Justiça, qualquer súmula sobre a matéria.

Devido a especificidade do tema, será utilizado o método de procedimento monográfico.

Como técnica de pesquisa e coleta, o presente estudo utilizará a documentação indireta, com a pesquisa documental através de leis, sentenças, acórdãos e pareceres, bem como a pesquisa bibliográfica, por meio de livros, artigos, revistas, boletins e sites de internet.

No que impende ao desenvolvimento da obra, no primeiro momento será o Código de Defesa do Consumidor analisado em suas bases constitucionais e especificando-se os seus conceitos elementares, tais como consumidor, fornecedor e relações de consumo.

A partir da sua presença na Constituição de 1988, as normas tuteladoras dos direitos dos consumidores assumiram o papel de normas cogentes, de

ordem pública e de interesse social, ou seja, inderrogáveis por vontade dos interessados em determinadas relações de consumo.

Em um segundo momento, analisar-se-ão as noções elementares de convenção internacional, dando-se especial enfoque à discussão doutrinária sobre a hierarquia entre lei ordinária interna e tratado internacional, bem como a posição hierárquica desse último no ordenamento brasileiro.

Em seguida, serão expostos os motivos que levam a doutrina a discordar desse posicionamento, defendendo a supremacia do Código de Defesa do Consumidor sempre que se tratar de relação de consumo, coadunando-se com a mais novel decisão da Primeira Turma da Corte Constitucional, igualmente ponderada.

Há certo tempo o Brasil passa por enorme crise no transporte aéreo, agravada ainda mais pelos trágicos acidentes que vitimaram centenas de pessoas e pelas paralisações dos controladores do tráfego aéreo nacional. As notícias acerca de atrasos e cancelamentos de voos são praticamente diárias e as cenas de passageiros dormindo em aeroportos e brigando com funcionários das companhias aéreas já não são mais raras.

O estudo, irar tratar tão somente do transporte aéreo sobre o enfoque da responsabilidade civil pelos danos causados aos passageiros. Todas as empresas que oferecem seus serviços com habitualidade no mercado de consumo hoje se encontram submetidos ao diploma legal que protege estas relações e que tenta criar equilíbrio onde naturalmente há uma desigualdade, até porque o passageiro é entendido como vulnerável na relação com a empresa aérea.

O legislador pátrio procurou cercar de todas as formas, as atividades do mercado de consumo, sendo o mais abrangente possível, e por vezes até redundante, com o objetivo de garantir a aplicabilidade dos dispositivos da legislação consumerista.

Ainda assim algumas atividades permanecem em uma zona nebulosa, haja vista que ainda se encontram opiniões contrárias a aplicabilidade do CDC como e o caso da aviação civil.

Uma das maiores preocupações do legislador ao elaborar o CDC, era de criar mecanismos para restabelecer a igualdade dos contratantes, frente à vulnerabilidade tanto técnico, jurídica, como a fática no mercado de consumo,

portanto merecedor de uma proteção a fim de compensar essa vulnerabilidade jurídica.

No intuito de encontrar os objetivos apresentados nesta pesquisa, utilizar-se-á o método dedutivo como molde de abordagem, uma vez que o estudo partirá de uma premissa maior através de leis, jurisprudências e doutrinas à uma premissa menor, até se chegar a uma conclusão particular sobre o tema ora discutido.

2. O CONTRATO DE TRANSPORTE

A expansão do fenômeno contratual, não é somente de ordem quantitativa. Nessas últimas décadas, os contratos diversificam-se e especializam-se em multifacetárias modalidades. Essa é a tendência deste século. No universo contemporâneo, já não se pode qualificar um tipo genérico de compra e venda, mas inúmeras modalidades de venda que obedecem os regimes diversos, embora o negócio jurídico receba o mesmo rotulo. O Código de Defesa do Consumidor tem alicerce e raiz constitucional. Todo o princípio da proteção acha-se constitucionalmente assegurado. É o primeiro regramento do mercado de consumo no direito brasileiro. O CDC criou um microsistema próprio, por se colocar, no ordenamento jurídico, como uma lei principiológica, pelo que a ela devem se subordinar todas as leis específicas quando tratarem de questões que atinem a relações de consumo. O CDC compõe um sistema autônomo dentro do quadro constitucional. É um subsistema próprio, inserido no sistema constitucional brasileiro.

2.1 Conceito, histórico e natureza jurídica

O Contrato de transporte é o negócio pelo qual um sujeito se obriga, mediante remuneração, a entregar coisa em outro local ou a percorrer um itinerário para uma pessoa. Segundo Miranda (1972), “é o contrato pelo qual alguém se vincula mediante retribuição, a transferir de um lugar para outro pessoa ou bens”.

O código de 2002 passou a disciplinar esse contrato em seu art. 730, que define: “Pelo contrato de transporte alguém se obriga mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”.

Deve distinguir-se o contrato de transporte propriamente dito, que é o ato negocial cujo objetivo principal é o traslado de uma coisa ou pessoa, da relação de transporte acessória de outro contrato. O contrato de transporte traduz-se pelo deslocamento da coisa ou pessoa como fundamento do negócio jurídico. No entanto, a relação de transporte pode estar presente em outros negócios, como acessório, tal como na venda na qual o vendedor obriga-se a entregar a coisa no domicílio do comprador. Nessa hipótese, o vendedor não

se qualifica como transportador, não se submetendo a seus riscos específicos; sua responsabilidade restringe-se às normas que se aplicam à compra e venda.

Esse contrato surge no curso da história quando a civilização atinge determinado estágio que faz brotar a necessidade de intercâmbio de pessoas e coisas. Os transportes têm grande importância para as antigas cidades gregas, principalmente o transporte marítimo. No Direito Romano, ganha importância a *Lex Rhodia de iactu*, de origem grega, que regulou os casos de avaria marítima e lançamento ao mar dos bens transportados na hipótese de perigo de naufrágio. Paulatinamente, o contrato de transporte afasta-se dos princípios da empreitada e da comunicação, exigindo o estabelecimento de regras para diferenciar o transporte de coisas e de pessoas em suas várias modalidades.

Trata-se de contrato peculiar que contém obrigação de resultado que somente se conclui quando a mercadoria ou a pessoa chega ao destino. A distância maior ou menor não lhe é essencial. O transporte pode ser de um pavimento para outro ou de um cômodo de edifício para outro. A evolução da técnica modifica os instrumentos de transporte, por terra, mar e ar, daí dividirem-se em transportes terrestres, marítimos (fluviais, lacustres) e aéreos.

O código comercial não disciplinou especialmente esse contrato, apenas mencionando os condutores de gêneros e comissários de transporte, nos arts. 99 a 118, uma vez que à época, não estavam ainda desenvolvidos os transportes, especialmente no Brasil. O código civil de 2002 introduziu capítulo, traçando normas sobre o transporte em geral (arts.730 a 733), de pessoas (arts.734 a 742) e de coisas (arts.743 a 756).

Pretende, o corrente código, traçar as regras básicas desse contrato, rico em particularidades em suas diversas modalidades, sobrepujando mesmo as inúmeras normas específicas dos transportes marítimos, terrestres e aéreos. Assim é que o art. 731 observa que o transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão, como a maioria o é, reger-se-á pelas normas regulamentares e pelo que for estabelecido naqueles atos, sem prejuízo do disposto no Código. Por outro lado, em conformidade com o 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".

Desse modo, foi intenção do legislador do Código de 2002 estabelecer as regras gerais do contrato de transporte, que deverão ser aplicadas em derrogação aos princípios que contrariem a vasta legislação pretérita sobre transportes. Assim, qualquer que seja a modalidade do transporte, a cartilha legal básica a ser procurada para aplicação é a constante desse capítulo do Código. Somente norma posterior à vigência do Código poderá modificar esse entendimento. Essa posição, certamente, ao transporte aéreo, o que exigirá, quiçá, intervenção do legislador.

Dentre os princípios gerais desse contrato, o art. 733 preocupa-se com o transporte cumulativo. O transporte cumulativo ou combinado é o realizado por vários transportadores mediante um único bilhete e se considera único e executado como se fosse por uma única empresa. Tendo em vista a obrigação de resultado que encarta o contrato de transporte, essa modalidade exige que todas as empresas que participam do percurso contratado respondam solidariamente. Daí porque o art. 733, parágrafo 1º, determina que o dano resultante do atraso ou da interrupção da viagem será determinado em razão da totalidade do percurso. Acrescenta ainda o Parágrafo 2º que, se houver substituição de algum dos transportadores no decorrer do percurso, a responsabilidade solidária estender-se-á ao substituto. A possibilidade inafastável da ação regressiva de um transportador contra o transportador culpado é irrelevante para o transportado. Essa norma, tradicional no Direito dos transportes, aplica-se tanto para a deslocação de pessoas como na de coisas. A regra é enfatizada no art. 756, que reafirma a responsabilidade solidária de todos os transportadores no transporte cumulativo perante o remetente da coisa. Entre os vários transportadores, posteriormente, fixar-se-á a responsabilidade de cada um pelo dano, de acordo com o respectivo percurso.

De início, muito se discutiu acerca de sua natureza jurídica: locação de serviços, empreitada, depósito, misto de locação. Cuida-se evidentemente de contrato com princípios próprios, embora alguns comuns a outros negócios contratuais. Sua afinidade com o depósito é palpável, tanto que o art. 751 do Código Civil estabelece que a coisa depositada ou guardada nos armazéns do transportador, em virtude de contrato de transporte, reger-se-á no que couber, pelas disposições relativas ao depósito.

Na empreitada, o dono da obra quer o resultado final contratado, qual seja, a obra. No transporte, o contratante quer o deslocamento da coisa ou pessoa.

Não se confunde também o transporte com o fretamento. Neste, o navio, aeronave, ônibus, têm seu respectivo uso cedido. O outorgado no contrato de fretamento, o afretador, dará a destinação que desejar ao veículo. No contrato de transporte, quem navega ou dirige é o transportador. O afretador não se responsabiliza pelo transporte, porque em última análise não é transportador. No contrato de charter ou fretamento, o veículo é colocado à disposição do afretador para transportar pessoas ou coisas. Em síntese, a celebração do contrato de fretamento de um veículo não influi em nada para atenuar ou declinar a responsabilidade do transportador, que fica incólume.

O transporte é negócio bilateral, consensual, oneroso, típico conforme o Código Civil, de duração, comutativo, não formal. Trata-se de contrato bilateral, pois gera obrigações para ambas as partes. É negócio consensual, porque se aperfeiçoa com o simples acordo de vontades. A entrega da coisa ou o embarque do passageiro configuram execução do contrato e não sua conclusão. Há doutrina em contrário, sustentando ser contrato real, o qual necessitaria dessa entrega ou embarque para a ultimação. Contudo, no direito contratual, especialmente o de raiz mercantil, a consensualidade é regra geral, não sendo da essência desse negócio transferência de coisa ou embarque de passageiro. CAVALIERI FILHO (2010, pag. 385) enfatiza:

Antes da vigência do Código de defesa do consumidor, os riscos do consumo corriam por conta do consumidor. Falava-se até na aventura do consumo, porque consumir, em muitos casos era realmente uma aventura.

O contrato estará perfeito se a companhia de navegação responde, por telefone ou por telegrama, que a passagem está tomada, isto é, considerada, definitivamente, do freguês. Se o transportador recebe o preço, o contrato de transporte está concluído, independentemente da entrega material da passagem, bilhete ou outro documento. Da mesma forma, quem acena para táxi na via pública, ingressando no veículo e com este em movimento, está

celebrando contrato de transporte. Uma vez concluído o contrato, a fase subsequente é a entrega da mercadoria ao transportador (ou o ingresso do passageiro no meio utilizado) e sucessivamente o pagamento do preço, o ato material de deslocação da coisa e seu recebimento pelo destinatário. A entrega da coisa ao transportador comprova-se ordinariamente pelo conhecimento de transporte, não sendo, porém, documento essencial para que o contrato se perfeça.

É contrato geralmente oneroso, porque as partes buscam vantagens recíprocas; o destino para a coisa ou para o passageiro e o preço para o transportador. Excepcionalmente, o transporte pode ser gratuito, pois a onerosidade não lhe é essencial. Quem transporta em seu veículo um amigo, ou um pacote a pedido dele, ordinariamente não espera o pagamento do preço. Se não estava presente ordenadamente na legislação vigente a época do antigo Código (1916), não era contrato típico, embora nominado, pois perfeitamente conhecido por seu título, pela extensão e compreensão do vocábulo. Ganha tipificação por sua inclusão no vigente Código (2002), embora anteriormente uma vasta legislação esparsa o disciplinasse, em suas várias modalidades.

É contrato de duração, pois sua execução não se compraz em um só ato ou instantaneamente, necessitando sempre de um lapso temporal para ser cumprido. É comutativo, porque as partes conhecem as obrigações respectivas de início, não dependendo de evento futuro e incerto. É não solene, uma vez que não depende de forma prescrita para ser concluído. Eventuais documentos que são emitidos servem para legitimar ou provar a existência da avença.

2.2 Sujeitos e requisitos.

Atente-se primeiramente para o transporte de coisas. Há partícipes do ato material de transporte que não se qualificam como partes no contrato. São partes o remetente e o transportador ou o remetente e o comissário de transporte. O destinatário possui certos direitos e obrigações perante o transportador, mas não é parte no contrato, salvo se for próprio expedidor.

Remetente, expedidor ou carregador é quem entrega a coisa ao transportador para ser deslocada. Transportador ou condutor é aquele que se obriga e entregar a coisa. Também o será no transporte de passageiros. O comissário de transporte é o que se obriga, mediante remuneração, a transportar a mercadoria, embora não faça o transporte pessoalmente, mas por intermédio do transportador. Se se tratar de mercadorias, denomina-se empresa de expedição. Será agência de viagens no transporte de pessoas. São comissários de transportes as empresas que, não possuindo veículos próprios, celebram acordos com seus proprietários, que se colocam a seu serviço, e do preço do frete deduzem uma parte para a empresa comissária. Esta assume diretamente a responsabilidade do transporte perante o remetente, não podendo carregá-la a seu contratado. Sua posição não será, pois, de mero intermediário.

A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. – Art. 12 Parágrafo 2º, III, do Código de defesa do consumidor.

Destinatário ou consignatário é a pessoa designada para receber a coisa. Nem sempre será seu dono, não tendo nessa situação poder de disposição. É de ser mencionado também o domiciliatário, que não é parte no contrato, pessoa indicada no conhecimento de transporte com a incumbência de indicar ao transportador o destinatário, uma vez que o conhecimento é endossável e nem sempre este último é facilmente identificável. Quem adquire bilhete de transporte, também chamado passagem, ou quem contrata o transporte de coisa, pode fazê-lo em favor de outrem, não se postando destarte nem como passageiro, nem como remetente. Nessa hipótese, há estipulação, contrato em favor de terceiro.

Qualquer que seja a modalidade de transporte de coisas, por trem, veículo automotor, aeronave, embarcação etc., existem requisitos que lhe são próprios acerca do peso, dimensão, embalagem. Há necessidade de ser obedecida capacidade de carga de cada veículo, bem como normas de segurança impostas pela administração.

A carga deve ser apresentada ao transportador embalada convenientemente, de conformidade com sua natureza. Os materiais inflamáveis, explosivos, corrosivos ou perigosos devem ser devidamente denunciados ao transportador. O art. 746 do Código Civil dispõe que o transportador poderá "recusar a coisa, cuja embalagem seja inadequada, bem como a que possa pôr em risco a saúde das pessoas, ou danificar o veículo e outros bens".

Pelo mesmo diploma, o transportador terá a obrigação de recusar a coisa cujo transporte ou comercialização não sejam permitidos, ou que venha desacompanhada dos documentos exigidos por lei ou regulamento (art. 747). Nessas hipóteses, o objeto do contrato não será idôneo. A carga pode ser apresentada em diversos volumes fracionados, em paletas quando em plataformas ou estrados de madeira, em contêineres etc. Há regulamentos, costumes e a vontade das partes a serem obedecidos em cada caso.

Quem adquire bilhete de transporte, também chamado passagem, ou quem contrata o transporte de coisa, pode fazê-lo em favor de outrem, não se postando destarte nem como passageiro, nem como remetente. Nessa hipótese, há estipulação, contrato em favor de terceiro. O porte ou frete é o preço do transporte de coisas pago ao transportador. Constitui elemento essencial no contrato, porque o transporte gratuito deve ser considerado uma categoria a margem da regra geral. A *exceptio non adimpleti contractus* autoriza o transportador a não realizar o transporte, se não pago o frete, salvo se estabelecido que seria pago no destino. Passagem é o termo que geralmente se utiliza para o bilhete do passageiro.

2.3 Espécies de contratos de transporte

O contrato de transporte se apresenta sob três espécies, sendo o transporte de pessoas, o transporte gratuito e o transporte de coisas.

No caso da primeira espécie, se obriga o transportador a levar o passageiro até o destino contratado. Desde o provecto Decreto legislativo nº 2.681, de 1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro, se assentou definitivamente a responsabilidade objetiva do transportador. A regra é sintetizada no art. 734, no tocante ao transporte de pessoas: o transportador responde pelos danos causados as pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade. É claro que também a culpa exclusiva da vítima, dentro dos princípios gerais da responsabilidade civil, elidirá o dever de indenizar. Essa responsabilidade do transportador por acidente com passageiro não é nem mesmo elidida por culpa de terceiro, contra a qual terá ele ação regressiva (art. 735).

A regra geral é no sentido de que o transporte de pessoa é um serviço público, um direito constitucional do indivíduo em se locomover.

O atraso ou a mudança de itinerário contratado faz emergir a responsabilidade do transportador, salvo motivo de força maior (art. 737). Essa questão é crucial, mormente em transporte aéreo, no qual são múltiplos os problemas que podem motivar atraso, com ou sem culpa do transportador. Nesse sentido, a legislação específica deve prever as hipóteses mais comuns, sempre respeitando os direitos do consumidor.

O transportador por seus prepostos, quais sejam, o motorista de coletivo, o comandante da aeronave, o capitão de embarcação etc., poderá impedir que passageiro inconveniente ou que traga risco ao transporte seja transportado ou prossiga na viagem. Os atentados terroristas e os sequestros das aeronaves, com graves consequências, são exemplos patentes que a regra deve ser seguida à risca, além das inúmeras disposições que disciplinam a segurança do voo e do transporte em geral. Por esse prima, o art. 738 dispõe que a pessoa transportada deve sujeitar-se as normas estabelecidas pelo transportador, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou

prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou impeçam ou dificulte execução normal do serviço. Acrescenta o parágrafo único desse artigo, matéria dispensável, que já encontra solução nos princípios gerais de responsabilidade civil:

Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível a transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano. (VENOSA, 2009, p. 342)

O Código resolveu estabelecer um princípio geral para transporte de passageiro no tocante a desistência da viagem. O art. 740 concede o direito ao passageiro de rescindir o contrato de transporte, antes de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor da passagem, desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de ser negociada. As leis e regulamentos devem especificar os prazos para o exercício desse direito; 24 ou 48 horas antes da data aprazada, por exemplo.

O transporte somente deve ser considerado gratuito aquele totalmente desinteressado, sem direito a alguma retribuição pecuniária. É o transporte benévolo ou amistoso, que se funda na amizade ou cortesia e não decorre do dever ou obrigação. Não é gratuito, pois se apresenta agregado a outro contrato oneroso ou como acessório de uma prestação de serviços.

Neste sentido, assim prevê o art. 736 do Código, dentro das disposições sobre o transportador de pessoas:

Art. 736. Não se subordina as normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia.
Parágrafo único. Não se considera gratuito o transporte quando, embora feito sem remuneração, o transportador auferir vantagens indiretas.

Solução mais recentemente aceita concebe o transporte como contrato gratuito, porque, em síntese, o preço não é figura essencial desse negócio. Para Venosa (2011), nos contratos unilaterais, responde por simples culpa o

contraente, a quem o contrato aproveite, e só por dolo, aquele a quem não favoreça.

Atualmente, a questão é tema da Súmula nº 145 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe:

No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave.

Chama-se a atenção, no entanto, para uma nova perspectiva e guinada doutrinária acerca do transporte gratuito que é defendida pela doutrina mais recente, com destaque para Venosa (2011). Em síntese, Venosa (2011) entende que a regra geral da responsabilidade civil deve ser aplicada ao transporte gratuito. Desse modo, deve ser provada a culpa do transportador gratuito, como regra geral, sem que haja remissão aos contratos gratuitos. Essa posição se harmoniza inteiramente com a disposição do artigo 736 do mais recente Código. Já Tartuce (2010) elenca esse aspecto como a conduta humana, causada por uma ação, pois a conduta humana, pode ser causada por uma ação ou omissão voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa.

No transporte de coisas, a exemplo do que ocorre com o transporte de pessoas, "o transportador conduzirá a coisa a seu destino, tomando todas as cautelas necessárias para mantê-la em bom estado e entregá-la no prazo ajustado ou previsto" (art. 749). Trata-se da obrigação de incolumidade presente em todo contrato de transporte. O prazo para a entrega poderá ser um dia ajustado do calendário, ou um prazo previsto em horas, dias ou meses. A responsabilidade do transportador será limitada ao valor constante do conhecimento.

Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível a transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para o ocorrência do dano. (VENOSA, 2011, p. 345).

A coisa entregue para o transporte deve estar caracterizada por sua natureza, valor, peso, quantidade e tudo o mais que for necessário para que não se confunda com outras, devendo o destinatário ser indicado ao menos pelo nome e endereço. (art. 743). Salvo disposição em contrário, é obrigação do remetente apresentar a coisa devidamente embalada. A embalagem deve ser adequada a modalidade de transporte e a natureza da coisa. O transportador pode recusar a coisa cuja embalagem seja inadequada ou possa colocar em risco a saúde das pessoas, ou danificar o veículo ou outros bens (art.746).

O art. 754 reporta-se ao recebimento das mercadorias que devem ser entregues ao destinatário ou a quem apresentar o conhecimento endossado. Aquele que receber a coisa deve conferir e apresentar reclamação, sob pena de decadência dos direitos. Se a perda ou avaria não for perceptível a primeira vista, o destinatário conserva a sua ação contra o transportador, desde que denuncie o dano e, dez dias a contar da entrega (art.754, paragrafo único). Para tal deve documentar-se devidamente, com a descrição dos danos e avarias. A matéria passa para o campo da prova. Note que o dano deve ser denunciado no prazo de dez dias; não se trata de prazo para a propositura da ação, mas para a denuncia da falta. Esse dispositivo é específico para o contrato de transporte e ao meio a que se destina e afasta, em princípio, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, em matéria de prazos decadenciais. Contudo dependerá do caso concreto e da figura do destinatário do contrato de transporte sua inserção no campo dos direitos do consumidor.

2.4 Direitos e deveres

São obrigações do remetente ou passageiro: entregar a mercadoria; pagar o frete, salvo quando a cargo do destinatário; acondicionar a mercadoria, sob pena de recusa, e declarar seu valor e natureza, pagar a passagem ao transportador para ter direito a viagem.

Em ato contínuo, são obrigações do transportador: receber, transportar e entregar coisa ou pessoa com diligência e presteza; emitir conhecimento de transporte conforme a natureza do contrato; seguir o itinerário ajustado, salvo impedimento por caso fortuito e força maior, quando oferecer perigo ou estiver impedido; aceitar variação de destino pelo destinatário, conforme condições ajustadas; permitir o desembarque em trânsito de mercadoria a quem apresente com o conhecimento. Levar em segurança pessoa até seu destino final sob pena de responsabilidade. De uma forma geral, os direitos e deveres dos passageiros, são:

- Receber serviço adequado;
- Liberdade na escolha dos serviços;
- Ser transportado com pontualidade, segurança, higiene e conforto;
- Receber informações como tempo de viagem, distância, trajeto, pontos de parada, preço da passagem, características do veículo, etc.;
- Ter garantido o seu assento no ônibus, de acordo com o que consta na passagem;
- Ser atendido com educação pelos prestadores de serviço;
- Obter auxílio no embarque, em caso de pessoas com dificuldade de locomoção;
- Transportar, gratuitamente, volumes no bagageiro e no porta-embrulhos;
- Receber o comprovante dos volumes transportados no bagageiro;
- Ser indenizado por extravio ou dano dos volumes transportados nos bagageiros;
- Receber a diferença do preço da passagem, quando a viagem acontecer, total ou parcialmente, em veículo de características inferiores às daquele contratado;

- Em caso de venda de mais de um bilhete para a mesma poltrona, interrupção ou retardamento da viagem por culpa da empresa, o passageiro deve receber alimentação e pousada;
- Em caso de acidente, receber assistência da empresa transportadora;
- Transportar, sem pagamento de passagem crianças de até 5 (cinco) anos de idade, desde que não ocupem poltronas;
- Efetuar a compra de passagem com data de utilização em aberto, sujeita a reajuste de preço se não utilizada dentro de um ano da data da emissão;
- Receber a reembolso ou revalidar sua passagem, no caso de desistência de viagem, desde que a desistência seja comunicada com antecedência de três horas em relação ao horário da partida do ônibus (sujeito a multa de 5% do valor da passagem em caso de desistência);
- Receber seguro em caso de acidente;
- Embarcar consigo animais domésticos de pequeno e médio porte, desde que devidamente acondicionados.

Finalizando, repise-se que constitui regra geral do Direito Civil brasileiro e do Direito Comparado a adoção da teoria da culpa, pela qual haverá obrigação de indenizar somente se houver culpa genérica do agente, sendo certo que o ônus de provar a existência de tal elemento cabe, em regra, ao autor da demanda, conforme determina o art. 333, I, CPC.

3. AS RELAÇÕES DE CONSUMO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A relação jurídica é um vínculo que une duas ou mais pessoas caracterizando-se uma como o sujeito ativo e outra como passivo na relação. Este vínculo decorre da lei ou do contrato e, em consequência, o primeiro pode exigir do segundo o cumprimento de uma prestação do tipo dar, fazer ou não fazer. Se houver incidência do Código de defesa do consumidor na relação, isto é, se uma das partes se enquadrar no conceito de consumidor e a outra no de fornecedor e entre elas houver nexo de causalidade capaz de obrigar uma a entregar a outra uma prestação estar-se-á diante de uma relação de consumo.

3.1 Os sujeitos da relação de consumo

Relação de consumo é a relação existente entre o consumidor e o fornecedor na compra e venda de um produto ou na prestação/utilização de um serviço. É um vínculo jurídico dotado de características próprias sobre o qual incide o microsistema denominado Código de defesa do consumidor, o Código regula a relação de consumo e não apenas o “contrato de consumo”, desde “o ilícito do consumo” até o “ato do consumo”.

O Código de defesa de consumidor tutela as relações de consumo e sua abrangência esta diretamente ligada às relações negociais das quais participam, necessariamente, o consumidor e o fornecedor, transacionando produtos e serviços, excluindo destes últimos os gratuitos e os trabalhistas.

Para que seja amparada pelo Código de defesa do consumidor, a relação tem que possuir todos estes aspectos, isto é, uma relação de negócios que visa a transação de produtos e ou serviços, feita entre um fornecedor e um consumidor. Assim, não basta a existência de um consumidor numa determinada transação para que ela seja caracterizada uma relação de consumo. É preciso também, a existência de um fornecedor que exerça as atividades no artigo 3º do Código de defesa do consumidor.

Diante disso, é primordial a verificação da existência da relação de consumo, antes de qualquer procedimento, pois somente quando ela estiver evidente, não importando de que forma, é que se poderá fazer uso desta legislação.

Primeiramente, o elemento objetivo deve ser entendido como o a prestação de um serviço, ou seja, atividades, benefícios ou satisfações que são oferecidos ou colocação à venda de produtos ao consumidor, entendidos como qualquer mercadoria que seja utilizada em uma atividade fim. Podem ser entendidos os termos "produtos" e "serviços" com base no artigo 3º, §1º e §2º do Código de Defesa do Consumidor. Produto é então "qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial" e serviço é "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".

Superada a análise do elemento objetivo, cabe analisar os elementos subjetivos, em primeiro lugar a figura do consumidor, para isso faz-se uso do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Segundo consta do seu artigo 2º é considerado consumidor toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto como destinatário final, ou seja, todos aqueles que adquirem um produto ou a prestação de um serviço para sua utilização, consumo, sem que tal utilização seja em função de nova transformação do produto ou serviço para ser novamente colocado no mercado.

Acerca da conceituação retro exposta, podem ser citados como exemplos da figura do consumidor dentro de uma relação de consumo: um estudante que se dirige a uma loja de eletrodomésticos e compra um computador para que possa fazer seus afazeres escolares em sua residência; o pai de família que contrata junto ao banco empréstimo financeiro para quitar as dívidas do lar; o proprietário de um veículo que contrata junto a uma seguradora o serviço de transferência dos riscos do sinistro, através de um típico contrato de seguro etc.

Apesar de o termo “relação de consumo” transparecer ser de fácil conceituação, importante se faz ressaltar que alguns doutrinadores nacionais, a exemplo de Venosa (2011), Cavalieri Filho (2010), dedicaram extensos estudos objetivando concluir sobre a verdadeira significação da aludida expressão, que pode ser considerado por alguns, como a “pedra angular” do próprio Direito do Consumidor devido a grande importância da conceituação de tal relação (Rizzardo, 2010). José Carlos de Oliveira (2008), também buscou ressaltar a importância do instituto jurídico da relação de consumo estabelecendo um conceito próprio. Segundo o autor, seriam relações de consumo somente aquelas que envolvem bens, produtos ou serviços fornecidos ao destinatário final. O traço marcante das relações de consumo não seria então o jurídico, mas a relação fática. O significado de aquisição é em sentido amplo, não importando a capacidade jurídica. Estariam evidentemente sob a proteção legal as relações fáticas, como o uso de transporte coletivo ou energia elétrica, por exemplo.

Nota-se, portanto, que apesar do que dispõe a própria legislação consumerista nacional, em seus artigos 2º e 4º, a obtenção do verdadeiro significado do que vem a ser uma relação de consumo demanda grandes

reflexões que ultrapassam uma simples leitura superficial do texto legal, vez que cada um dos termos contidos nos citados artigos do CDC contém em si uma profundidade de significações capazes de explicitarem o verdadeiro fim visado pelo legislador. É mister salientar que o *consumidor* é partícipe de uma relação de consumo, sendo esta nada mais que uma relação jurídica por excelência. É o sujeito passivo da relação de consumo, definido no art. 2º do CDC como "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."

Parte básica de uma "relação de consumo" é juntamente com o consumidor um dos protagonistas desta relação. O Código de Defesa do Consumidor define no seu art. 3º, quem é o fornecedor de bens e serviços:

Art. 3º. O fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvam atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços.

Definição ampla que procura apresentar o fornecedor como o principal responsável, o produtor, ou seja, o fabricante do produto acabado de uma parte componente ou de matéria-prima, e ainda, de quem se apresente como tal pela aposição no produto.

3.2 A relação de consumo e suas características

As características dos participantes da relação de consumo são aquelas relacionados com os objetivos pretendidos por fornecedores (art. 3º CDC) e consumidores (art. 2º CDC) ao se envolverem nesta específica relação jurídica. No que diz respeito à determinação dos interesses dos fornecedores quando se envolvem neste tipo de negócio jurídico, não existem grandes dificuldades para tanto, posto o fato de que este se preocupa, basicamente, com a

obtenção de lucro através do desenvolvimento de sua atividade empresarial ligada à prestação de um serviço ou a venda de um produto.

Todavia, ocorre que, apesar do que diz respeito à figura do fornecedor, nem sempre a definição prática do que vem a ser o interesse do consumidor se mostra tão facilitada, na medida em que a definição da própria a figura do consumidor não se mostra simples. Assim, observa-se através de uma atenta leitura do Código de Defesa do Consumidor, que a definição jurídica de consumidor vai muito além daquela positivada no artigo 2º da mesma lei, uma vez que a relação jurídica de consumo poderá se dar entre indivíduos que não tiveram uma relação direta em uma relação típica de negócios (compra e venda ou prestação de serviço), mas sim em razão de ter ocorrido um acontecimento relacionado ao fornecedor no desenvolvimento de sua atividade empresarial, e que a lei estipulou como relevante.

Como exemplos práticos do acima exposto, podem ser citadas a prática de publicidade abusiva ou enganosa por parte do fornecedor e a efetuação de um serviço ou produto defeituoso no mercado a ponto serem capazes de causar danos diretos a indivíduos que não participaram da relação jurídica original. Assim, observa-se que, tanto no primeiro exemplo quanto no segundo, a figura do consumidor vai muito além daquela relacionada a um simples adquirente de um produto ou serviço, passando a incidir sobre indivíduos que, em princípio, não poderiam ser classificados como sendo consumidores, mas o são por simples comparação legal.

Tal figura é aquela relativa a um número determinado ou indeterminado de indivíduos capazes de se enquadrarem dentre da definição legal de consumidor, seja de forma ordinária ou por equiparação.

No que se refere à classificação das diversas figuras de consumidores, conforme anteriormente ressaltado, existem quatro sentidos jurídicos para a expressão em questão, sendo um deles referente ao sentido fundamental (ou ordinário como ressaltamos), e os outros três relacionados aos sentidos de consumidores por equiparação.

O consumidor em seu “sentido fundamental” seria aquela figura obtida através de uma simples leitura do caput do artigo 2º do CDC. Já os outros três sentidos, por suas vezes, somente seriam obtidos através da interpretação dos

seguintes dispositivos do código: (I) artigo 2º, parágrafo único; (II) artigo 17; e (III) artigo 29.

Sobre esta questão, relevante foi a inovação trazida pelo Código de Defesa do Consumidor ao prever em seu artigo 29 a possibilidade de se tutelarem os interesses de uma coletividade de pessoas que, apesar de muitas vezes não desenvolverem qualquer contato pessoal, merecem ser igualmente protegidas como consumidores uma vez que estarão sujeitas às mesmas práticas elaboradas pelos fornecedores, e que poderão lhes causar algum tipo de dano. Fábio Ulhoa Coelho (2010) conceitua a partir do artigo 29 do CDC o consumidor por equiparação, protegido pelo Direito do Consumidor, sendo as pessoas que são consumidoras em potencial, que não são parte em um contrato de compra e venda ou de prestação de serviços, mas que podem vir a ser, estão sujeitos à mesma proteção que a lei reconhece aos consumidores no tocante às práticas comerciais e contratuais. O legislador considera que a tutela, nestas áreas específicas, não pode restringir ao momento posterior ao acordo entre o consumidor e o fornecedor, mas, ao contrário, deve anteceder-lo para que tenha um caráter preventivo e mais amplo.

Tendo em vista o fato de que, assim como a figura do consumidor tomada em sua individualidade, a figura dos consumidores por equiparação enquanto uma coletividade, apresenta direitos que, uma vez transgredidos, geram ao ofendido uma pretensão. Esses direitos podem ser divididos em difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81 do CDC), sendo uma possível classificação destes em duas subcategorias: os direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos) e os acidentalmente coletivos (individuais homogêneos) Para os direitos essencialmente coletivos não há mera somatória de interesses, mas sim um único interesse, pertencente a toda uma coletividade, a todo um grupo, independente de quem sejam os sujeitos.

Já quanto aos interesses individuais homogêneos, embora sejam, do ponto de vista ontológico, individuais, merecem o tratamento coletivo em função da amplitude e extensão dos interesses lesados, tendo em vista os escopos do processo de facilitar o acesso das vítimas à justiça quando a causa da ilicitude for comum a toda a uma coletividade, ou seja, os interesses são decorrentes de uma origem comum, propiciando economia processual para o sistema jurídico.

Portanto, através das definições supra expostas, conclui-se que o CDC buscou tutelar da maneira mais abrangente possível os interesses do consumidor, considerando esta última parte da relação de consumo em seu aspecto mais amplo e abrangente possível. Assim, por fim, estando subsidiado por tais informações, possível se mostra o estabelecimento de um parâmetro acerca de qual seriam os interesses dos consumidores, e que devam ser protegidos pela lei consumerista, sendo aqueles relativos à necessidade de que não sejam lesados os bens jurídicos referentes à sua saúde, honra e expectativas decorrentes da execução do contrato de consumo ou de atos tendentes a atrair a atenção do consumidor para ele (contrato de consumo)

3.3 A responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor.

As empresas, ao praticarem alguma atividade no mercado, devem fazê-la no sentido de não provocar riscos à vida, à saúde, à segurança dos consumidores, devem também colocar produtos e serviços de qualidade. Da prática disforme dessas atividades é que será imputada a responsabilidade de se reparar os vícios e os defeitos ocasionados. Os principais eixos de proteção do consumidor estendem-se desde a fase pré-contratual, até a pós-contratual, passando pela fase contratual propriamente dita e visam em linha gerais à proteção contra práticas comerciais desleais e abusivas, informação, educação do consumidor e a proteção contra produtos ou serviços defeituosos ou com vícios. A responsabilidade civil do fornecedor está inserida neste último eixo, representando um dos mais significativos aspectos da proteção do consumidor, porque objetiva reparar o consumidor dos prejuízos causados pela introdução de produtos ou serviços defeituosos ou com vícios, no mercado de consumo.

No Direito Brasileiro, antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil das empresas nas relações de consumo, na ausência de legislação específica, era disciplinada pelas normas previstas no Código Civil de 1916. A sistemática do antigo Código Civil (1916) tratava da responsabilidade subjetiva, em seu art. 159, fundada no princípio da culpa, que se baseia na necessidade de estar ela caracterizada pela conduta do agente

relacionada com um comportamento subjetivo. Se alguém provocasse um dano, deveria ser comprovada sua culpa, o que se dava a partir da verificação de que se agiu com negligência (dano causado por omissão), imprudência (dano causado por ação) ou imperícia (falta de destreza que dele se espera). Além disso, apenas o agente considerado culpado podia ser responsabilizado. Assim, com a intensificação das atividades coletivas que, muitas vezes, não possibilitavam identificar o autor do dano, resultou na insuficiência do sistema tradicional para a caracterização da responsabilidade objetiva, ante a necessidade de adoção de um mecanismo de responsabilização mais eficaz, com vistas a proteger a saúde e a segurança do consumidor, bem como facilitar a sua defesa.

Dois são os fundamentos da responsabilização do agente: de um lado, a culpa, baseada na teoria subjetiva ou teoria da culpa, e, de outro lado o risco, fundamentado pela teoria objetiva ou teoria do risco. O Código Civil, em seus arts. 186 e 187, adota como regra a responsabilidade subjetiva, ou seja, além da ação ou omissão que causa um dano, ligados pelo vínculo denominado nexó de causalidade, deve restar comprovada a culpa em sentido lato. A essência da responsabilidade subjetiva como enuncia o insigne jurista Caio Mario 2011 assenta-se fundamentalmente na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima.

Em conclusão, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro como causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor, a rigor nos remete a inexistência de defeito do produto ou serviço. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 502)

Não é apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer. É preciso que este fato seja jurídico e que seja ilícito. Assim, a responsabilidade civil surge pela prática de um ato ilícito, que é o conjunto de pressupostos da responsabilidade civil. Tratando-se de responsabilidade subjetiva a culpa integra esses pressupostos e a vítima só obterá a reparação do dano se comprovar a culpa do agente. Com isso, o principal pressuposto dessa responsabilidade é a culpa.

O Código de Defesa do Consumidor, ao contrário do Código Civil, como regra, adota a responsabilidade objetiva, dispensando, assim, a comprovação da culpa para atribuir ao fornecedor a responsabilidade pelo dano. Basta a

demonstração da existência de nexo causal entre o dano experimentado pelo consumidor e o vício ou defeito no serviço ou produto. A opção legislativa reflete a adoção feita pelo legislador da teoria do risco do negócio, segundo a qual aquele que explora atividade econômica deve arcar com os danos causados por essa exploração, ainda que não tenha concorrido voluntariamente para a produção dos danos

Segundo a teoria objetiva, quem cria um risco deve responder por suas consequências. O fato danoso é que engendra a responsabilidade. Não se perquire se o fato é culposo ou doloso, basta que seja danoso. Para a teoria objetiva interessa somente o dano para que surja o dever de reparação. A vítima deverá provar somente o dano e o fato que o gerou.

Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos a saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 493).

Claudia Lima Marques (2009) ensina que para ser caracterizada a responsabilidade prevista no art.12 do CDC, é necessária a ocorrência comprovada e concorrente de três elementos: a) existência do defeito; b) o dano efetivo moral e/ou patrimonial; c) o nexo de causalidade entre o defeito do produto e a lesão.

Como restam especificados no *caput* do art. 12 que os danos indenizáveis são somente aqueles causados aos consumidores por defeitos de seus produtos observa-se ser necessária a existência de um defeito no produto e um nexo causal entre este defeito e o dano sofrido pelo consumidor, e não só entre o dano e o produto.

CAVALIERI FILHO (2009, p. 344) ressalta:

Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decore do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e

comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.

Contudo, há uma exceção à responsabilidade objetiva, onde o artigo 14, §4º trata da responsabilidade dos profissionais liberais, em suas atuações não ligadas a "obrigação de resultado", condição esta que, se verificada, os remete à responsabilidade objetiva. É importante ressaltar que o tratamento diferenciado dado aos profissionais liberais se limita ao fundamento da responsabilidade, inexistindo incompatibilidade entre a norma e as demais regras protecionistas, inclusive a de inversão do ônus da prova.

4. A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL

Ao longo dos anos, a aviação brasileira experimentou importante avanço em seus meios de transporte aéreo, principalmente após as duas grandes guerras mundiais. As técnicas de voo aperfeiçoaram-se, a fabricação de aeronaves intensificou-se, passando a Embraer a destacar-se na comercialização com vários países. Houve também o crescimento e desenvolvimento da instrução e formação de pilotos, tanto comerciais como militares.

4.1 O transporte aéreo nacional e internacional

A melhora do poder aquisitivo da população, a competitividade, a redução de preços, a facilitação da compra de passagens aéreas, a melhor divulgação do serviço, atrelado a procura por meios de transportes mais rápidos com qualidade e eficiência, são fatores que levaram a esse crescimento tão significativo do número de usuários de transportes aéreos. O tema se mostra relevante e atual, porque o transportador assume uma obrigação de garantia, no sentido de que ele deve transportar o passageiro, e/ou bens, de um local de origem ao seu destino de forma incólume. A ocorrência de fatos geradores de danos induz a necessidade de se responsabilizar, o seu causador, sendo, pois o princípio básico da responsabilidade civil previsto nos arts. 186 e 927 do Código Civil.

No que concerne ao conceito clássico de contrato de transporte, este 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.

STOLZE e PAMPLONA (2010, p. 253), caracterizam o contrato de transporte como sendo “um contrato bilateral e sinalagmático, por gerar, reciprocamente, direitos e obrigações para ambas as partes”.

Sendo assim, entende-se aquele que uma pessoa ou empresa se obriga a transportar pessoa ou coisa, de um local para outro, mediante pagamento de um preço (MARTINS, 1984). De início, muito se discutiu acerca de sua natureza jurídica: locação de serviço, empreitada e depósito. Cuida-se evidentemente de contrato com princípios próprios, embora alguns comuns a outros negócios contratuais. Sua afinidade com o depósito é palpável, tanto que o art. 751 do código civil estabelece que a coisa depositada ou guardada nos armazéns do transportador, em virtude de contrato de transporte, rege-se-á, no que couber, pelas disposições relativas ao depósito.

O transporte é negócio bilateral, consensual, oneroso, típico conforme o Código Civil, de duração, comutativo, não formal. Trata-se de contrato bilateral, pois gera obrigações para ambas as partes. É negócio consensual, porque se aperfeiçoa com o simples acordo de vontades, a entrega da coisa ou o embarque do passageiro configuram execução do contrato e não sua conclusão.

O objeto do transporte de coisa é a mercadoria a ser deslocada. No transporte de passageiro, é o deslocamento deste para o ponto indicado. São obrigações do remetente: entregar a mercadoria; pagar o frete, salvo quando a cargo do destinatário; acondicionar a mercadoria, sob pena de recusa e declarar seu valor e natureza. São obrigações do transportador: receber, transportar e entregar a coisa com diligência; emitir conhecimento de transporte conforme a natureza do contrato; seguir o itinerário ajustado, salvo impedido; aceitar variação de destino pelo destinatário, conforme condições ajustadas; permitir o desembarque em trânsito da mercadoria a quem se apresente com o conhecimento.

Segundo VENOSA (2011, p. 355), “como em toda responsabilidade objetiva e tarifada, se houver culpa grave ou dolo do transportador, responderá este pelo direito comum, culpa aquiliana, nos termos do art. 186 do Código Civil”.

No que concerne a responsabilidade civil do transportador, o Código Civil de 2002, no Capítulo XIV do Título VI do Livro I, buscou oferecer uma disciplina

bastante completa da matéria, subdividindo-se em três seções, a saber: Seção I disposições gerais; Seção II – do transporte de pessoas; Seção III – do transporte de coisas. No trato do assunto, foram aproveitados princípios constituídos de direito positivo decorrentes de leis específicas e da doutrina. Distingue-se das figuras afins, como da locação de coisa, da prestação de serviços e da empreitada, pela circunstância do expedidor não se encontrar convencido o uso de um bem, ou a prestação de uma atividade, mas sim o transporte de uma coisa de um lugar para outro.

Desde o advento do CDC, o transporte aéreo, internacional ou nacional, contratado no Brasil, quando inserido numa relação de consumo é regido por ele, não se aplicando a responsabilidade do transportador aéreo contida nas legislações aeronáuticas, na presunção de culpa, mas sim a responsabilidade civil objetiva, conforme estabelecido no arts. 6º, inciso VI, 14, 20, 25 e 51 do CDC. Assim é que não há de se falar em limites da responsabilidade do transportador aéreo, pois o CDC adota o princípio da reparação integral, na proporção do dano sofrido, não comportando limitações, indenizando os danos materiais e imateriais. O transportador aéreo só não será responsável, quando provar que o serviço não tem defeito ou a culpa for exclusiva do consumidor ou de terceiro.

4.2 A regulamentação do transporte aéreo internacional

Divide-se o transporte aéreo em internacional e interno ou nacional. O primeiro era disciplinado pela convenção de Varsóvia, de 12 de outubro de 1929, substituída pela convenção de Montreal, celebrada em 28 de maio de 1999, mas só aprovada no Brasil em 18 de setembro de 2006, por meio do Decreto Legislativo nº 59, e promulgada pelo Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006. A convenção de Montreal, portanto, a partir de setembro de 2006, é o novo diploma legal substitutivo do sistema de Varsóvia. O transporte aéreo interno, presentemente, é regulado pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei nº 7.565, de 19 de Dezembro de 1986. Mas no que se refere a legislação aplicável em nosso território a respeito da responsabilidade do

transporte aéreo nacional e internacional é do Código de defesa do consumidor tendo os tratados e convenções uma espécie de complemento.

No que se refere ao transporte aéreo, a responsabilidade quanto aos danos causados ao passageiro e a bagagem e carga, está elencada nos termos do art. 226, caput do atual Código Brasileiro de Aeronáutica lei nº 7.656/86, constando que responde o transportador por qualquer dano resultante de acidente relacionado com a aeronave em vôo ou na superfície, a seu bordo ou em operação de embarque ou desembarque, que causar a morte ou lesão corporal do passageiro, salvo culpa deste e sem culpabilidade do transportador ou de seus prepostos. A responsabilidade é contratual. Assim transparece no art. 256 e seu parágrafo primeiro:

O transportador responde pelo dano decorrente:

I- de morte ou lesão de passageiro, causada por acidente ocorrido durante a execução do contrato de transporte aéreo, a bordo de aeronave ou no curso das operações de embarque e desembarque;

II – de atraso no transporte aéreo contratado.

§1º - O transportador não será responsável:

a) no caso do item I, se a morte ou lesão resultar, exclusivamente, do estado de saúde do passageiro, ou se o acidente decorrer de sua culpa exclusiva;

b) no caso do item II, se ocorrer motivo de força maior ou comprovada determinação da autoridade aeronáutica, que será responsabilizada.

O art. 257, do mesmo diploma, fixa a tarifa para a indenização, observando que, a partir da extinção da outrora Obrigação do Tesouro Nacional – OTN, a correção monetária passou a obedecer outros índices, sendo o mais apropriado o IGP-M: “A responsabilidade do transportador, em relação a cada passageiro, limita-se, no caso de morte ou lesão, ao valor correspondente. Na data do pagamento, a 3.500 (Três Mil e Quinhentos) obrigações do tesouro nacional”.

O art. 264 alinha as hipóteses de isenção de responsabilidade:

O transportador não será responsável se comprovar:

I- que atraso na entrega da carga foi causado por determinação expressa de autoridade aeronáutica do vôo, ou por fato necessário, cujos efeitos não era possível prever, evitar ou impedir;

II – que a perda, destruição ou avaria resultou, exclusivamente, de um ou mais dos seguintes fatos:

- a) natureza ou vício próprio da mercadoria;
- b) embalagem defeituosa da carga, feita por pessoa ou seus prepostos;
- c) ato de guerra ou conflito armado;
- d) ato de autoridade pública referente a carga.

A indenização toma para a base de cálculo o peso do produto e não seu valor, ou o tipo qualitativo. O cálculo da indenização só se faz sobre a parte da mercadoria direta ou indiretamente danificada. A responsabilidade trazida pelo CDC é objetiva, cabendo aos consumidores que tiverem problemas decorrentes da má qualidade da prestação desses serviços exigir, alternativamente e à sua escolha, a reexecução dos serviços, a restituição imediata da quantia paga o abatimento proporcional do preço e ainda pleitear indenização pelos danos materiais sofridos, referente aos gastos com alimentação, hospedagem, transporte, etc, e também, pelos danos morais.

O Decreto nº 5.910/06 ao qual promulga a relação de certas regras, relativas ao transporte aéreo internacional, celebrada em Montreal, no seu art. 17 diz que:

O transportador é responsável pelo dano causado em caso de morte ou de lesão corporal de um passageiro, desde que o acidente que causou a morte ou a lesão haja ocorrido a bordo da aeronave ou durante quaisquer operações de embarque ou desembarque.

E em seguida no seu inciso 2º e 3º expõe que o transportador é responsável pelo dano causado em caso de destruição, perda ou avaria da bagagem registrada, no caso em que a destruição, perda ou avaria haja ocorrido a bordo da aeronave ou durante qualquer período em que a bagagem registrada se encontre sob a custódia do transportador. Não obstante, o transportador não será responsável na medida em que o dano se deva à natureza, a um defeito ou a um vício próprio da bagagem. No caso da bagagem não registrada, incluindo os objetos pessoais, o transportador é responsável, se o dano se deve a sua culpa ou a de seus prepostos. Se o transportador admite a perda da bagagem registrada, ou caso a bagagem registrada não tenha chegado após vinte e um dias seguintes à data em que

deveria haver chegado, o passageiro poderá fazer valer contra o transportador os direitos decorrentes do contrato de transporte. Ou em contrário quando a menos que se indique de outro modo, na presente Convenção o termo “bagagem” significa tanto a bagagem registrada como a bagagem não registrada. Sendo assim pode-se observar que tanto a legislação brasileira como as convenções e tratados internacionais preocuparam tratar a respeito da matéria.

O art. 2º da convenção de Montreal caracteriza como transporte internacional aquele cujo “ ponto de partida e o ponto de destino, haja ou não interrupção no transporte, ou transbordo, estão situados, seja no território de dois estados partes, seja no território de um só estado parte, havendo escala prevista no território de qualquer outro estado, ainda que este não seja um estado parte”. No sistema de Varsóvia, a responsabilidade do transportador aéreo era subjetiva, com culpa presumida, conforme se podia extrair dos arts. 17, 20 e 21 da respectiva convenção. A indenização era limitada a um valor máximo, consoante o art. 22, nº 1, da mesma convenção, limitação essa que deixava de existir, passando a indenização a ser fixada com base no Direito comum, se houvesse dolo ou culpa grave da parte do transportador, conforme o art. 25, nº 1, do mesmo diploma legal. O ônus da prova, nesse caso, cabia a vítima.

A convenção de Montreal adotou a responsabilidade objetiva com base na teoria do risco da atividade, conforme se depreende da leitura do art. 17, 1, que assim se dispõe:

O transportador é responsável pelo dano causado em caso de morte ou lesão corporal de um passageiro, desde que o acidente que causou a morte ou lesão haja ocorrido a bordo da aeronave ou durante quaisquer operações de embarque ou desembarque.

Essa responsabilidade objetiva, entretanto, é limitada ao valor de 100.000 DES (Direitos Especiais de Saques) por passageiro, equivalente a aproximadamente U\$ 133.000,00, consoante art. 21, da nova Convenção: “O transportador não poderá excluir nem limitar sua responsabilidade, com relação

aos danos previstos no número 1 do art. 17, que não exceda de 100.000 Direitos Especiais de saque do passageiro.”

A partir desse limite a responsabilidade do transportador aéreo é subjetiva, embora com culpa presumida (art. 22, 2), uma vez que poderá eximir-se do dever de indenizar provando que o dano não se deveu a negligência ou a outra ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos; ou que o dano se deveu unicamente a negligência ou a outra ação ou omissão de um terceiro. Em síntese, até 100.000 Direitos Especiais de Saque (aproximadamente 133.000 dólares) a responsabilidade do transportador aéreo é objetiva, mas não fundada no risco integral, uma vez que pode afastar ou reduzir a sua responsabilidade provando a culpa exclusiva ou concorrente da vítima, consoante art. 20 da Convenção de Montreal. A partir desse limite, a responsabilidade do transportador é subjetiva, com culpa presumida. O fato de terceiro, doloso ou culposo, só libera o dever de indenizar do transportador aéreo naquilo que superar o limite da responsabilidade objetiva.

A Convenção de Varsóvia, o Código Brasileiro de Aeronáutica e o Código de Defesa do Consumidor convivem harmoniosamente, permanecendo plenamente em vigor, não havendo conflito entre o que dispõem, exceto em relação às normas concernentes à responsabilidade civil do transportador; nelas há patente antinomia. Portanto o conflito aparente entre elas é restrito diante de relação jurídica de consumo e apenas no que se refere à responsabilidade civil do transportador. Em relação a outros temas como o controle de cláusulas abusivas, publicidade, práticas abusivas, etc., que não são tratados nem pela Convenção nem pelo CBA, o CDC permanece como uno. As relações não abrangidas pelo CDC são regidas pela Convenção de Varsóvia, pelo Código Brasileiro de Aeronáutica e pelo Código Civil.

4.3 Os tratados e convenções e a posição do Supremo Tribunal Federal acerca sua aplicação dentro do território brasileiro

O transporte aéreo internacional é hoje uma realidade do cotidiano de inúmeras pessoas. Com efeito, nos últimos anos, o transporte aéreo internacional banalizou-se, tornando-se cada vez mais um corriqueiro meio de transporte.

Porém, surpreendentemente, a popularização do transporte aéreo internacional não foi acompanhada da divulgação das regras jurídicas que regulam esta atividade.

No entanto, a Convenção de Varsóvia - com a redação do Protocolo de Haia - não se limitou a definir o que seria transporte aéreo internacional. Estes dois textos legais regem e regulam o contrato e a responsabilidade civil no transporte aéreo internacional.

Nesse sentido, o art. 1º da Convenção de Varsóvia estabelece:

A presente Convenção aplica-se a qualquer transporte internacional de pessoas, bagagens ou mercadorias, efetuado mediante remuneração. Aplica-se igualmente aos transportes gratuitos efetuados por aeronave por uma empresa de transportes aéreos.

Por outro lado, note-se que o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) não veio a revogar os textos acima.

Pelo contrário, o Código Brasileiro de Aeronáutica veio revigorá-los pois estabeleceu expressamente no seu art. 1º que:

O Direito Aeronáutico é regulado pelos Tratados, Convenções e Atos Internacionais de que o Brasil seja parte, por este Código e pela legislação complementar.

Consequentemente, os textos base que regulam o transporte aéreo internacional no Brasil são a Convenção de Varsóvia, com a redação dada pelo Protocolo de Haia.

O Código Brasileiro de Aeronáutica aplica-se unicamente de forma subsidiária e somente nas matérias não reguladas expressamente pelos dois textos internacionais acima mencionados.

Da mesma forma, a Portaria nº 957 do Ministério da Aeronáutica que regula as relações entre do alcance e significado que se pretendeu estabelecer em seu contexto”. Não por acaso, afirma REZEK (2011) que o primeiro princípio a ser aplicado na interpretação dos tratados é aquele pelo qual “não

há por que interpretar o que está claro e preciso”. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, estabelece regras gerais acerca da interpretação dos tratados internacionais. A primeira delas, disposta no cânon do art. 31, alínea 1, consagra o princípio da boa-fé do intérprete, ao versar que “todo tratado deve ser interpretado de boa-fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz do seu objeto e finalidade.

O referido dispositivo consagra implicitamente a regra do *pacta sunt servanda*, na medida em que a convenção deve ser respeitada da maneira como foi acordado entre as partes, não sendo permitido o seu descumprimento por alegações viciadas por simulação, dolo ou fraude no âmbito das relações internacionais. Noutro bordo, no mesmo dispositivo encontra-se imbuído o postulado pelo qual o tratado deve ser interpretado de acordo com o sentido comum do seu texto, atribuindo-se sentido especial somente quando expressamente determinado. Trata-se da dicção do art. 31, 4, da mesma Convenção, interpretada a *contrario sensu*, senão vejamos: “um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes”.

Oportuno ressaltar que toda e qualquer discussão acerca da supremacia de lei sobre tratado, e vice-versa, conforme acima disposto, só logrará frutos no sistema jurídico brasileiro após a fase de incorporação da norma internacional ao ordenamento pátrio. Sem essa etapa, a norma internacional não fará parte do sistema jurídico do Estado pactuante, posto que não internalizado, não gerando sobre ele seus efeitos.

Ao se estabelecer a necessidade imperiosa de incorporação, independente da posição que assumirá posteriormente a norma, evidentemente adota o direito brasileiro uma forma de dualismo, mesmo que moderado. Somente depois de incorporadas ao ordenamento jurídico interno podem as normas de origem internacional criar direitos e deveres para os particulares, ainda que antes disso tenha o Estado relevado aos seus co-contratantes ter assumido suas obrigações.

Interpretar um tratado significa “dar clareza e compreensão ao seu texto ou a qualquer uma de suas normas, deixando as partes seguras acerca da sua aplicabilidade.

O Supremo Tribunal Federal, ao discutir a matéria em *leading case* no RE 80.004, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, enquanto membro da primeira turma, julgado em 12/04/2008, entendeu que a superveniência de lei interna é capaz de alterar o regramento de tratado internacional em vigor. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1482, sob a relatoria da Ministra Cármen Lúcia, julgada em 23/03/2009, e na Carta Rogatória nº 8.279, também sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em 16/05/2008, a Corte Suprema manifestou-se de forma mais precisa e direta sobre o tema, definindo a situação do Brasil em relação às correntes monista e dualista, ao indicar que após a sua incorporação no ordenamento jurídico nacional, os tratados passam a ter valor legal, é dizer, mesma hierarquia que leis ordinárias. O entendimento cristalizado pelo Supremo Tribunal Federal, ao atribuir aos tratados internacionais o mesmo valor hierárquico que leis domésticas, é válido para a maioria dos tratados internacionais, mas não para sua totalidade. Conforme salienta, “o valor hierárquico pode variar, a depender da natureza e do conteúdo do pacto internacional”.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DANOS MORAIS DECORRENTES DE ATRASO OCORRIDO EM VOO INTERNACIONAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. 2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor. 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República. 4. Recurso não conhecido. (STF - RE 351750, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 17/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 EMENT VOL-02375-03 PP-01081 RJSP v. 57, n. 384, 2009, p. 137-143)

Entretanto, o Supremo também já decidiu de modo contrário:

DECISÃO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO INTERNACIONAL. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: APLICABILIDADE. PRECEDENTES. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. DESNECESSIDADE DE EXAME. ART. 323, § 1º, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACÓRDÃO RECORRIDO DIVERGENTE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRESUNÇÃO DE EXISTÊNCIA DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDOS. Relatório 1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alíneas a e b, da Constituição da República. O recurso inadmitido tem como objeto o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: 'SEGURO ' Ação regressiva ' Responsabilidade civil ' Transporte aéreo ' Inaplicabilidade da regra da indenização tarifada na Convenção de Varsóvia, uma vez que, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, pelo extravio de mercadoria, a companhia aérea deve pagar ao consumidor o valor real do bem, para que haja a reparação integral dos prejuízos sofridos ' A seguradora apelada sub-roga-se em todos os privilégios conferidos ao consumidor, fazendo jus, portanto, ao recebimento do valor integral da mercadoria ' Recurso não provido' (fl. 132). 2. A decisão agravada teve como fundamentos para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a incidência, na espécie, da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal e a circunstância de que 'em momento algum declarou a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal' (fl. 234). 3. A Agravante alega que o Tribunal a quo teria contrariado o art. 178 da Constituição da República. Argumenta que, 'ao contrário do que considerou a r. decisão agravada, o art. 178 da Constituição Federal foi objeto de amplo prequestionamento. Já na contestação a agravante observou se aplicar ao caso concreto a Convenção de Varsóvia, introduzida pelo Decreto n. 20.704 de 24 de novembro de 1931 e recentemente re-ratificada pelos Decretos 2.861, de 07 de dezembro de 1998 e 5.910 de 27 de setembro de 2006' (fl. 4). Sustenta que 'não há dúvidas que o v. acórdão recorrido, ao afastar do caso dos autos a incidência do art. 22, 2º b', da Convenção de Varsóvia, violou diretamente o art. 178 da Constituição Federal' (fl. 4). Afirma que 'a bem da verdade, historicamente, esta Excelsa Corte sempre respeitou os dispositivos da Convenção de Varsóvia, aplicando-os às celeumas oriundas do transporte internacional aéreo de cargas (v. RE's 30.405-DF, 64.310-SP, 92.066-RS, 94.970-3-RS)' (fl. 8). Assevera que, 'ao afastar a Conversão de Varsóvia, para aplicar ao caso sub judice o Código de Defesa do Consumidor, o v. acórdão infringiu o art. 178 da CF e ao mesmo tempo declarou inconstitucional o referido Tratado, razão pela qual merece reforma' (fl. 8). Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO. 4. Cumpre, inicialmente, afastar o óbice da decisão agravada de que a matéria constitucional não estaria prequestionada, pois a Agravante alegou a matéria constitucional desde a Contestação, tendo o cuidado, inclusive, de opor embargos de declaração de modo a se ter por provocado o prequestionamento da matéria constitucional. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que 'a interposição pertinente de embargos declaratórios satisfaz a exigência (Súmula 356) ainda que a omissão não venha a ser suprida pelo Tribunal a quo' (RE 191.454, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 8.6.1999). Superado esse óbice, razão jurídica assiste à Agravante pelo art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República. 5. É de se ressaltar que, apesar de ter sido a parte recorrente intimada depois de 3.5.2007 e constar no recurso extraordinário capítulo destacado para a defesa da repercussão geral

da questão constitucional, não é o caso de se iniciar o procedimento para a aferição da sua existência, pois, nos termos do art. 323, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal ' com a redação determinada pela Emenda Regimental n. 21/2007 -, esta se presume 'quando o recurso (...) impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante'. 6. O Tribunal a quo assentou que 'a empresa Andrew do Brasil contratou a empresa apelante para transportar dois lotes de mercadorias denominados 'suporte parasítico e contra-rebite de plástico', de Viracopos até Shanghai' (fl. 132). 7. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que no caso específico de contrato de transporte internacional aéreo prevalece a Convenção de Varsóvia em detrimento do Código de Defesa do Consumidor, nos termos do art. 178 da Constituição da República, devendo, portanto, a responsabilidade por dano material no transporte internacional de carga ser a tarifada e não a integral. Confirma-se, a propósito, o seguinte julgado: 'EMENTA: PRAZO PRESCRICIONAL. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, matéria não objeto da Convenção de Varsóvia, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional (RE 214.349, rel. Min. Moreira Alves, DJ 11.6.99). 2. Embora válida a norma do Código de Defesa do Consumidor quanto aos consumidores em geral, no caso específico de contrato de transporte internacional aéreo, com base no art. 178 da Constituição Federal de 1988, prevalece a Convenção de Varsóvia, que determina prazo prescricional de dois anos. 3. Recurso provido' (RE 297.901, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 31.3.2006). E ainda, no mesmo sentido, a decisão monocrática proferida no Agravo de Instrumento n. 593.779, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, com trânsito em julgado em 4.12.2006. 8. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. 9. Pelo exposto, dou provimento a este agravo, na forma do art. 544, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, e, desde logo, ao recurso extraordinário, nos termos do art. 557, § 1º-A, do mesmo diploma legal. Ficam invertidos os ônus da sucumbência. Publique-se. Brasília, 23 de março de 2009. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora (STF - AI: 715877 SP , Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 23/03/2009, Data de Publicação: DJe-064 DIVULG 02/04/2009 PUBLIC 03/04/2009)

Pode-se observar que existe ainda no STF posicionamentos contrários em relação à aplicação do CDC na responsabilidade civil nos contratos de transporte aéreo internacional. Isso se deve ao fato do Brasil ser signatário de vários tratados e convenções internacionais, e, ainda, por ter uma legislação que rege, em parte, estes atos negociais, sobretudo pelo fato de não existir posição consolidada, abrindo precedentes para decisões em contrário, a exemplo da decisão citada acima, onde o STF considerou, incidentalmente, inconstitucional o pacto de Varsóvia por ter infringido o art. 178 da CF.

5. CONCLUSÃO

A presente pesquisa pautou-se em realizar uma sólida contribuição para o atual debate acerca da antinomia entre o Código de Defesa do Consumidor e as convenções e tratados internacionais, como a convenção de Montreal e a de Varsóvia.

Tais normas, embora distintas, em muitas situações regulam a mesma relação jurídica, qual seja, uma relação de consumo, embora sob espectros diametralmente opostos. A primeira prima pela proteção ao consumidor, ente este verdadeiramente privilegiado pela Lei Fundamental do Ordenamento, em diversos dos seus dispositivos.

A Convenção de Montreal, por sua vez, embora tenha atualizado a matéria em relação à sua antecessora (Convenção de Varsóvia), muito deixou a desejar, mormente face à manutenção de barreiras à reparação integral de danos que venha a sofrer o usuário do transporte.

Na pesquisa pode-se identificar que a reparação, em quaisquer hipóteses, deve ser plena e efetiva. Como já demonstrado, os mandamentos constitucionais de respeito à pessoa humana e de construção de uma sociedade justa, fraterna e solidária impõem uma esfera de proteção maior aos sujeitos de direito que se encontram em posição de vulnerabilidade.

O advento do CDC, surgindo num contexto de reafirmação dos direitos de nova geração, advindos da Carta Magna de 88, veio a concretizar essas normas, antes consideradas programáticas, mas que agora se encontram concretizadas num código moderno, ousado e imprescindível.

Em se tratando de relações de consumo, não se pode conceber a prevalência de convenções que foram elaboradas para compor os interesses de grandes conglomerados econômicos, como o são as grandes empresas aéreas. Se há quase um século essas medidas eram justificáveis para impulsionar a embrionária indústria aeronáutica, o mesmo não pode ser dito no mundo atual, onde o transporte aéreo afigura-se como meio de transporte seguro e desenvolvido.

A responsabilidade civil em sede das companhias aérea e demais empresas relacionadas à aviação civil, tem importância ímpar em um mundo cada dia mais globalizado, onde o fluxo de capitais gira literalmente nas asas

das aeronaves que diuturnamente cortam os céus em todos os cantos do mundo.

Atraso de vôos, extravio e dano à bagagem, "overbooking" são questões jurídicas que não se limitam às fronteiras de um país, mas, infelizmente, ocorrem em quase todos os aeroportos existentes, em maior ou menor grau dependendo, de forma diretamente proporcional, do nível de organização operacional e financeira dos aeroportos.

Há necessidade do Poder Público agir de forma uniforme, respeitando evidentemente a soberania de cada estado e aumentando o conforto e a segurança do usuário, que independentemente do país onde esteja, saberá que seus direitos serão reconhecidos caso experimente algum dano.

Este trabalho teve a preocupação de reconhecer a ocorrência de responsabilidade de que se reveste o transporte aéreo e buscou demonstrar as correntes existentes que, cada uma a sua maneira, tenta resguardar os direitos dos usuários. A proposta é que o Poder Público defina, para dar maior estabilidade às relações jurídicas, quais as normas que entende serem mais adequadas para os usuários.

Entrementes, deve-se reafirmar, acima de tudo, a hierarquia superior da lei consumerista, seja por ser norma de ordem pública, como por sua peculiar especialidade, atuando não em função do objeto, mas em razão do sujeito de direitos nela tutelado, com vistas a protegê-lo das práticas contratuais, impingindo-lhe, muitas vezes, desvantagem técnica, econômica e jurídica.

Ante a principiologia estabelecida pelo CDC, convém considerar derogados, no que tange às relações de consumo, os dispositivos das Convenções de Varsóvia e Montreal que estabelecem a indenização limitada.

Não obstante esse regramento ser aplicado há muito tempo em sede doutrinária e jurisprudencial, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal não manifestou, até o presente momento, tese unificada, debatida em plenário.

Não obstante esse cenário incerto, ousa-se prever uma tendência de consolidação do entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Não há como conceber a prevalência de norma constitucional reguladora da ordenação de meio de transporte, sobre outra que concretiza um direito fundamental, como é feito em relação ao consumidor. Consoante alude a melhor doutrina, trata-se de um paradoxo desprestigiar a proteção irrestrita

ao consumidor, mormente face a uma tendência moderna, de âmbito internacional e nacional, inclusive, em resguardar a ordem pública de proteção à pessoa humana.

Pensa-se que, em questões tais, o aplicador da lei deve se pautar, sobretudo, na razão de ser da Constituição, retroagindo ao sentido que o constituinte originário quis atribuir à Lei Maior. Destarte, conforme discorrido nos votos-vista do RE 351.750/RJ, é perfeitamente possível interpretar a dicção do art. 178 da Constituição Federal de 1988 de forma compatível com a proteção irrestrita do consumidor, na medida em que seja feita uma interpretação à luz da Constituição. Acredito que sendo contrato de transporte aéreo relação consumerista e havendo lei específica que trata do tema, não vejo nada melhor que seja regido por tal, sendo os tratados e convenções internacionais, apenas de forma subsidiária, ate por que esse entendimento esta se consolidando na nossa corte suprema o STF como acima expôs.

Por todo o exposto, é inegável que o caminho a ser seguido para a concretização dos direitos do consumidor ainda é, deveras, bastante árduo. Face às prementes desigualdades que se verificam na realidade social, deve o operador do direito agir muito além da fria letra da lei, já que essa não é estática, mas dinâmica, buscando-lhe o sentido fundamental.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Relatório de movimentação de passageiros. Brasília: INFRAERO, 2003. Disponível em:
<http://www.infraero.gov.br/images/stories/Estatistica/2003/abril_-_2003.pdf>
Acesso em: 7 abril de 2014.

BRASIL. Relatório de movimentação de passageiros. Brasília: INFRAERO, 2013. Disponível em: <
<http://www.infraero.gov.br/images/stories/Estatistica/2013/ret/abr.pdf>> Acesso em: 30 Julho de 2014.

BRASIL. Supremo tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 351750, Ministro Marco Aurélio, Relator, Brasília, 17 de março de 2009
Disponível do DJe nº 181, de 25/09/2009.

BRASIL. Supremo tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 286.636-1, Ministra CÁRMEN LÚCIA, Relatora Brasília, 23 de março de 2009
Disponível em
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+715877%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/c4tn6qb>

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Contratos em espécie. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. Responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2011

OLIVEIRA, José Carlos. Contratos como um todo. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010

REZEK, Francisco. Responsabilidade civil nos transportes. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil. 4 ed. São Paulo: Forense, 2009.

TARTUCE, Flávio. Direito das obrigações e responsabilidade Civil. 5 ed. São Paulo: Método, 2010

ULHOA, Fábio Martins. Direito Civil. 9º Ed. São Paulo: Saraiva, 2010

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Parte geral. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.