Não é a primeira vez que escrevo sobre o assunto.

Confesso especial predileção pelo tema “limitação de responsabilidade” do transportador, qualquer que seja o modal.

Sinto-me absolutamente seguro em afirmar que a limitação de responsabilidade não tem fundamento jurídico, muito menos legal, relativamente ao modal marítimo. A experiência profissional me autoriza tal afirmação. Não obstante, o assunto é mais complexo em se tratando de modal aéreo.

Isso porque existem fontes legais e convencionais que dispõem em favor da incidência da limitação de responsabilidade do transportador aéreo. Ocorre que a interpretação que se costuma empregar nos meios judiciais brasileiros a respeito do assunto é equívoca.

O tema, portanto, merece ser constantemente estudado e debatido, para que não se tenham interpretações erradas e promotoras de situações absolutamente injustas.

Nunca é demais lembrar que a figura da limitação de responsabilidade não se ajusta ao sistema legal brasileiro, a começar pela Constituição Federal que institui no rol de direitos e garantias fundamentais a garantia à reparação civil ampla e integral.

O Direito Civil brasileiro segue no mesmo sentido e considerada ilegal qualquer esvaziamento do dever de reparação civil por parte de quem causou ato ilícito, seja de natura contratual, seja extracontratual.

Tendo-se em conta que a ordem moral é informadora da regra legal, o debate a respeito do reconhecimento ou não de alguma disposição em favor da limitação de responsabilidade também é um debate que se reveste de elementos éticos e morais.

Não tenho constrangimento algum em afirmar que a defesa da limitação de responsabilidade, ao menos como ela costuma ser indevida e equivocadamente sustentada em favor dos transportadores marítimos e aéreos de cargas carece de legitimação moral, na medida em que afronta o postulado de que a ninguém é dado causar dano a outrem sem a contrapartida da justa e devida reparação.

E, há de se convir, não existe justa e devida reparação do dano se ela não for, à luz do caso concreto, absolutamente integral.

Daí, repito, a necessidade de se estudar constante e atentamente o tema, sem temor de esgrimi-lo de forma completa e sem a pretensão de exauri-lo.

Se, como afirmado inicialmente, dúvida alguma resta quanto ao não reconhecimento e validade de qualquer tipo de limitação no transporte marítimo, situação diversa ocorre no transporte aéreo.

Existem elementos geradores de dúvidas e são estes mesmos elementos que ora pretendo descortinar, aproveitando em grande parte trabalho já apresentado no passado recente.

Tenho especial interesse pelo transporte aéreo de carga porque vejo nele o futuro do transporte de cargas.

Existe um sólido movimento para o seu desenvolvimento, a fim de diminuir, tanto quanto possível, o expressivo volume do transporte marítimo, sobretudo internacional, de carga.

O volume expressivo, ditado pela necessidade, gera um monopólio em favor dos transportadores marítimos e armadores, comprometendo a qualidade dos serviços de transportes.

O transporte aéreo não extinguirá, até por razões logísticas e físicas, o transporte marítimo, mas pode e deve, para o bem das sociedades em geral, abarcar uma significativa parcela dos transportes internacionais de cargas, senão a ponto de terminar o opressivo monopólio dos armadores, ao menos diminuindo de forma sensível, a ponto de convidá-los ao redesenho dos seus elevados preços e dos seus pouco elogiáveis padrões de qualidade.

Vale à pena lembrar que o transporte aéreo é mais rápido, mais seguro, mais eficiente, menos circundado pelos ricos, mais econômico e menos danoso ao meio-ambiente.

As empresas aéreas primam por um elevado padrão de qualidade e por uma seriedade maior do que as congêneres marítimas, razão também pela qual o desenvolvimento do transporte aéreo de carga é, em si mesmo, um bem para todos.

Por isso, apostando do sempre crescente modal de transporte, é que as dúvidas jurídicas precisam ser pacificadas e os itens construtores da Justiça sobrepostos aos que se ancoram no formalismo pelo formalismo.

A limitação de responsabilidade é, talvez, o mais importante dos assuntos a serem enfrentados no que diz respeito à responsabilidade civil do transportador aéreo.

O contrato de transporte aéreo de cargas caracteriza-se por obrigação de fim, também conhecida como obrigação de resultado.

Assim, o transportador aéreo obriga-se pelo resultado convencionado, qual seja, entregar a carga confiada para transporte nas mesmas condições gerais em que recebidas para o transporte.

Se o resultado positivo não for alcançado pelo transportador aéreo, o contrato de transporte não será aperfeiçoado.

O não aperfeiçoamento do contrato de transporte implica inexecução da obrigação assumida pelo transportador e, com ela, a figura da responsabilidade civil.

No plano do Direito das Obrigações, mais especificamente da teoria geral dos contratos, a responsabilidade decorre do inadimplemento.

Rui Stoco[1], ensina que *"a responsabilidade é, portanto, resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever de obrigação. Se atua na forma indicada pelos cânones, não há vantagem, porque supérfluo em indagar a responsabilidade daí decorrente".*

E prossegue **Rui Stoco**[2] afirmando: *"O que interessa, quando se fala de responsabilidade, é aprofundar o problema na face assinalada, de violação da norma ou obrigação diante da qual se encontrava o agente.".*

Para os fins deste estudo, interessa dispor sobre a responsabilidade civil do transportador aéreo de carga, exclusivamente no plano contratual.

Nesse sentido, afirma-se desde logo que a responsabilidade civil do transportador aéreo, a exemplo dos transportadores em geral, é regida pela teoria objetiva imprópria.

A teoria objetiva imprópria é aquela em que a culpa do transportador, havendo inadimplemento do contrato de transporte, é sempre presumida (em verdade, a expressão mais apropriada é presunção de responsabilidade, ao invés de presunção de culpa, ora utilizada porque existem muitas decisões judiciais e muitos comentários doutrinários importantes que usam tal expressão).

Presunção legal de culpa que se origina da condição de devedor da obrigação imediata do contrato de transporte, isto é, *"transportar de um lugar para outro"* (art. 730, CC), a *carga*[3] confiada.

Trata-se de verdadeiro postulado do Direito brasileiro a responsabilidade civil objetiva do transportador em razão de faltas ou avarias havidas as cargas entregues para transporte.

Assim, é certo dizer que o transportador responde pelo o que é e não exatamente pelo que fez, uma vez que sua culpa é presumida em razão da condição de ser transportador, tenha ou não, ao menos inicialmente, agido com culpa no evento danoso.

Num determinado caso concreto, o transportador só conseguirá eximir-se dessa presunção legal de culpa provando a existência de alguma das causas excludentes de responsabilidade previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Isso vale para os transportadores de cargas em geral, qualquer que seja o modal de transporte, e, com mais razão, ao transportador aéreo de carga, segundo dispõem todas as regras legais hábeis para disciplinar sua responsabilidade civil.

Várias são as fontes legais que tratam dessa modalidade de responsabilidade. Importante ressaltar que a responsabilidade civil contratual do transportador aéreo é um dos poucos temas do Direito em que a existência de muitas fontes legais não gera o caos, mas, antes, a perfeita harmonia, sendo possível interpretação sistêmica das regras legais, sem se falar em conflito aparente de normas (trata-se da famosa teoria do diálogo entre as fontes legais).

E nem poderia mesmo ser diferente, pois permeando o ordenamento jurídico, tem-se a moral e o bom-senso, elementos presentes no dever de custódia inerente à *cláusula de incolumidade*, figura principiológica do Direito que se faz presente em toda e qualquer regra que trata da responsabilidade civil do transportador de carga.

Dentre as fontes legais aplicáveis à matéria, a mais tradicional, data do início do século passado, qual seja: Decreto legislativo (Lei Federal) nº 2.681/12, mais conhecido como "Decreto das Estradas de Ferro" (também "Decreto dos Transportes"). Suas regras são aplicáveis, por ampliação jurisprudencial, também aos casos envolvendo os transportadores aéreos de cargas.

O Decreto legislativo (Lei Federal) nº 2.681/12, aplicável aos transportadores em geral, extremamente vanguardista à época de sua promulgação, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, razão pela qual se encontra em pleno vigor, produzindo todos os efeitos jurídicos a que se destina seu importante conteúdo, notadamente o estabelecimento da responsabilidade objetiva do transportador.

Com efeito, diz o artigo 1º do Decreto legislativo (Lei Federal) nº 2.681/12 que: "*Art. 1º — será sempre presumida a culpa do transportador*".

Vê-se nas letras do referido dispositivo legal, a adoção plena e expressa do conceito de responsabilidade objetiva para regrar a situação jurídica dos transportadores — posição que influenciou, de certo modo, a responsabilidade civil contratual em geral.

Referida norma jurídica foi elaborada, como já se disse, para disciplinar a responsabilidade civil dos transportadores ferroviários, tanto assim que é mais conhecido pela expressão "Decreto das Estradas de Ferro". Mas, ao longo dos tempos, por analogia, passou a regrar todo e qualquer modal de transporte, especialmente o aéreo.

A propósito, diz Carlos Roberto Gonçalves[4]: "*No direito brasileiro a fonte dessa responsabilidade encontra-se na Lei n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Tal lei, considerada avançada para a época em que foi promulgada, destinava-se a regular, tão-somente a responsabilidade civil das estradas de ferro. Entretanto, por uma ampliação jurisprudencial, teve a sua aplicação estendida a qualquer outro tipo de transporte: ônibus, táxis, lotações, automóveis, etc. Inicialmente, referida lei teve a sua aplicação estendida aos bondes elétricos, dada a sua semelhança com os trens. Posteriormente, a idéia foi transferida para os ônibus, automóveis e todas as espécies de transportes, até mesmo os elevadores.*"

Infere-se, tanto do Decreto-legislativo nº 2.681/12 que a obrigação do transportador aéreo de carga é a de resultado, devendo ele entregar os bens confiados para o transporte em idênticas condições às recebidas, sob pena de se configurar, a rigor, o inadimplemento da obrigação assumida e, com ela, a respectiva responsabilidade.

Tal regra praticamente esquadrinhou o cenário geral da responsabilidade civil de todo e qualquer transportador, sendo, ainda que às avessas e de forma comparativa, uma espécie de fundamento de validade das demais regras sobre a matéria, ainda que especiais.

A mesma inferência se faz relativamente às demais fontes legais que tratam do assunto, dentre as quais: o Código Brasileiro de Aeronáutica, o Código Civil e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

As regras do passado que continuam vigendo e se harmonizam com as regras do presente, orientando a matéria num único e incontestável sentido, já mencionado e ressaltado: o transportador responde pelo o que é e não apenas pelo o que faz no mundo dos fatos.

Obrigação e responsabilidade são faces de uma mesma moeda. O descumprimento de uma obrigação faz surgir à responsabilidade. No caso específico do transportador aéreo de cargas, o simples inadimplemento do dever jurídico de entregar a carga no lugar de destino em perfeitas condições importa responsabilidade de reparação dos prejuízos, tenha ou não o transportador agido com culpa.

No instante em que recebe os bens, o transportador aéreo assume a mesma natureza de um depositário. A natureza jurídica de depositário importa dever objetivo de cuidado, nas modalidades guardar, conservar e restituir. Somente com a efetiva e boa entrega dos bens a quem de direito, é que o negócio jurídico a que o transportador estava vinculado se aperfeiçoa, extinguindo-se de pleno Direito.

Dá-se a isso, a esse dever, o nome de dever de custódia, algo comum ao depositário e ao transportador, próprio da cláusula de incolumidade.

Havendo qualquer dano nos bens, é imputada ao transportador a presunção de responsabilidade (e, mesmo, de culpa) independentemente de prova específica em tal sentido (a responsabilidade pelo descumprimento da relação obrigacional).

Presunção legal de culpa só poderá ser afastada mediante prova da existência de alguma causa excludente de responsabilidade prevista no sistema legal brasileiro, ou seja vício de origem (vício de embalagem ou culpa exclusiva do credor), caso fortuito ou força maior. Daí falar-se em inversão do ônus da prova.

Basicamente, a responsabilidade civil contratual do transportador aéreo trabalha com dois sólidos pilares, um próprio do Direito material, culpa presumida, outro originário do Direito instrumental, mas com reflexos imediatos no Direito material, inversão do *onus probandi*.

Inverter o ônus da prova é obrigar o transportador, querendo afastar a presunção legal de culpa inerente ao inadimplemento contratual, a produzir prova sobre a existência de alguma causa legal excludente de responsabilidade suficientemente hábil para justificar o não aperfeiçoamento do contrato de transporte.

O dono da carga (extraviada ou avariada) não precisa provar a culpa do transportador; mas é o transportador quem tem que se ocupar em provar sua inocência, diga-se, ausência de culpa.

É o que determina a lei e o que entende a doutrina brasileira.

Agostinho Alvim[5], por exemplo, discorre: "*Realmente, a obrigação do transportador é de fim e não de meio. Não se obriga ele a tomar providências e cautelas necessárias para o bom sucesso do*

transporte; obriga-se pelo fim, isto é, garante o bom êxito. Daí a apreciação rigorosa da sua responsabilidade"

Enfim, tratando-se de contrato de transporte, é obrigação de o transportador conduzir a carga, sem qualquer dano, ao destino. Se, ao término da viagem, a carga apresentar danos, é evidente que o transportador não deu cabal desempenho a obrigação assumida, respondendo objetivamente por falta contratual. Daí a conclusão de que a responsabilidade do transportador começa desde o momento em que recebe a carga e só se expira depois que a entrega no lugar convencionado e a quem de Direito, sendo que as perdas ou avarias acontecidas correm por sua conta, salvo se provenientes de vício próprio, força maior ou caso fortuito, competindo ao transportador, porém, provar a concreta ocorrência de uma destas causas legais excludentes de responsabilidade.[6]

Dentro do âmbito da cláusula de incolumidade, o transportador de carga, além de presunção legal de responsabilidade pela inexecução de obrigação de resultado, tem contra si o signo da culpa "in custodiendo", na medida em que seus deveres contratuais são rigorosamente os de um depositário, isto é, os de guardar, conservar e restituir (entregar).

No universo do Direito dos Transportes, tem o transportador de cargas os mesmos deveres objetivos do depositário, de tal modo que a comparação ora traçada cabe como luva à mão. Vê-se, tanto em termos legais como em conceituais que o que vale para o depositário, vale igualmente para o transportador aéreo, como para os transportadores de carga em geral. Tal e qual o depositário, o transportador deve guardar, conservar e restituir (entregar) o bem que lhe foi confiado no mesmo estado geral em que recebido, presumindo-se sua culpa por qualquer anormalidade.

Waldemar Ferreira[7], ao tratar do contrato de transporte e sua natureza jurídica, foi muito feliz ao conceituá-lo concomitantemente a responsabilidade do transportador, comparando-o ao contrato de depósito, a saber: ***"O CONTRATO DE TRANSPORTE E O DEPÓSITO***. – *Desmanchando-se o contrato de transporte em seus elementos constitutivos, salienta-se o de receber o condutor ou transportador, pessoa natural ou jurídica, a coisa móvel, que se incumbe de remover, encarregando-se de conservá-la em perfeito estado, a fim de entregá-la no ponto de destino. Investe-se, portanto, de obrigação idêntica à do depositário. Este recebe a coisa móvel, para guardar, até que o depositante a reclame. Obriga-se a ter, para guardá-la e conservá-la, o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como restituí-la (...)".*

A comparação com a obrigação de depósito é muito apropriada, porque ambos os devedores, transportador e depositário, assumem deveres contratuais ligados ao resultado concreto: entregar a coisa móvel a quem de Direito e no mesmo estado recebido. A diferença entre ambas as obrigações, acentua o mesmo e sempre renomado Waldemar Ferreira[8], está *"em que, no depósito, restitui-se no lugar de entrega. No transporte, em outro, na mesma ou diversa localidade."*, donde se infere a dinâmica especial do contrato de transporte e, por conseguinte, sua importância invulgar não só para o mundo do Direito, mas para o meio social como um todo.

Eis o motivo pelo qual é correto equiparar as obrigações do transportador aéreo com as do depositário. É feliz a comparação porque ela é revestida de lógica jurídica e tem a capacidade de fazer a justaposição da norma com o contexto fático. Explica-se: o transportador aéreo, ao receber os bens contratualmente confiados para o transporte, deve, antes, guardá-los e conservá-los, para, depois de feita a viagem marítima, restituí-los, entregá-los, a quem de direito e no local de destino.

Isso, aliás, está explicitamente disposto no Código Civil, artigo 749, com a seguinte redação: Art. 749. O transportador conduzirá a coisa ao seu destino, tomando todas as cautelas necessárias para mantê-la em bom estado e entregá-la no prazo ajustado ou previsto.

O texto legal evidencia os já comentados deveres objetivos de cuidado, a natureza finalista da obrigação de transporte e o dever geral de cautela que se exige do transportador de carga.

Se o comandante do avião falhou em uma de suas obrigações profissionais, e em razão desta falha causou danos nos bens confiados para o transporte, é inequívoca a caracterização da sua culpa.

A culpa do comandante é absorvida diretamente pelo transportador, já que o comandante, na melhor forma de Direito, é preposto do transportador. Daí falar-se também na figura legal da culpa “in eligendo”.

E isso mesmo no caso de o transportador (de Direito), por força de um dos muitos contratos existentes no Direito dos Transportes, não possuir vínculo específico com o comandante (fala-se, por exemplo, do afretador de aeronave ou de um agente de cargas que assume a obrigação de transporte, mas a realiza por meio de outro transportador).

Assim, o comandante do avião é preposto de todo aquele que, em relação ao avião e as cargas, assume às vezes de transportador.

A responsabilidade do comandante de aeronave pode ser comparada ao do capitão de um navio mercante, de tal modo que a ele, por analogia, se aplica o que disposto no artigo 519 do Código Comercial: Art. 519. O capitão é considerado verdadeiro depositário da carga e de quaisquer efeitos que receber a bordo, e como tal está obrigado à sua guarda, bom acondicionamento e conservação, e à sua pronta entrega à vista dos conhecimentos (arts. 586 e 587).

A responsabilidade do comandante a respeito da carga principia a correr desde o momento em que a recebe, e continua até o ato da sua entrega no lugar que se houver convencionado, ou que estiver em uso no porto da descarga, como, aliás, é a do transportador aéreo de carga em si, à luz do artigo 750 do Código Civil: Art. 750. A responsabilidade do transportador, limitada ao valor constante do conhecimento, começa no momento em que ele, ou seus prepostos, recebem a coisa; termina quando é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado.

Dada a importância do comandante em relação ao transporte aéreo, tem-se por certa sua condição de preposto do transportador aéreo, seja pela prévia existência de relação jurídica entre ambos, seja por meio da tradição jurídica própria do Direito dos Transportes, sendo de se comentar a qualidade de proposto ficto.

Assim colocada à questão, é de se afirmar que o transportador responde pelos atos do comandante e, mais, responde objetivamente, sendo irrelevante a apuração da culpa deste pelo órgão administrativo com competência restrita para apurar atos e fatos da navegação aérea.

O Direito brasileiro dispõe que todo empregador, ou equiparado legal, responde objetivamente pelas condutas de seus empregados ou prepostos.

Trata-se, demais, de matéria sumulada pelo Supremo Tribunal Federal: "*STF - SÚMULA 341 - É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.*"

Tal enunciado de súmula é bem empregado no caso específico do transportador aéreo, este entendido como aquele que assumiu o dever jurídico contratual de transportar coisas e a pessoa natural efetivamente responsável pelo transporte em seu nome, o comandante do avião. O transportador aéreo, a quem se incumbe bem escolher os seus prepostos ou representantes, responde pelos atos do comandante não por que tenha dado causa direta pelo fato danoso, mas, sim, pelo que é, pela natureza da relação jurídica que tem com o seu preposto e, sobretudo, pelo modo como se apresenta perante o terceiro que com ele celebra o Contrato de Transporte Aéreo de Carga.

Com ou sem apuração da culpa do comandante do avião, o transportador somente conseguirá afastar sua presunção de culpa pelo evento danoso se, todo o modo, conseguir provar a existência de alguma causa legal excludente de responsabilidade.

A responsabilidade civil do transportador aéreo de carga também está disciplinada no Código

Brasileiro de Aeronáutica, em seus artigos 246 a 287. Mas, esse Código trata a matéria de forma um pouco insegura e até mesmo duvidosa, pois ao mesmo tempo que regula a responsabilidade do transportador, abre muitos espaços para a fuga dessa mesma responsabilidade sem o mergulho correto e civilista nas chamadas causas legais excludentes de responsabilidade, donde enxergamos a constante necessidade de integração das muitas fontes legais para a matéria.

O Código Brasileiro de Aeronáutica, contudo, não é aplicado aos transportes internacionais de cargas, mas apenas aos nacionais, o que limita, ao menos teoricamente, sua abrangência e aplicação.

Falamos em limitação teórica porque, em termos práticos ele se faz presente nos transportes internacionais, na medida em que suas regras foram diretamente inspiradas, para não dizermos espelhadas na Convenção de Varsóvia.

Por isso, não são poucos os julgados dispondo que o Código Brasileiro de Aeronáutica também era e é aplicável aos transportes internacionais.

A discussão perdeu fôlego, porque, ainda no vácuo da teoria do diálogo entre as fontes legais, outras regras surgiram de lá para cá e passaram a disciplinar com mais detalhamento o transporte aéreo de carga, especialmente seu braço internacional.

O Código Civil e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor são os dois diplomas legais que mais atuam na matéria e oferecem excelente plêiade de regras legais para tratar do contrato de transporte e da responsabilidade civil do transportador aéreo de carga.

Destaca-se que sempre que se fala em transporte aéreo, especialmente o de carga, pensa-se imediatamente na Convenção de Varsóvia de 1929, recentemente absorvida pela Convenção de Montreal.

Uma das fontes legais que tratam do contrato de transporte aéreo de carga e da responsabilidade civil do transportador aéreo é a Convenção de Montreal, fortemente influenciada pela antiga Convenção de Varsóvia.

A Convenção de Varsóvia, base da Convenção de Montreal, foi assinada pelo Brasil em 1929 e ratificada no dia 2 de maio de 1931, ingressando no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 20.704, de 24 de novembro de 1931. Durante muitos anos vigeu e foi argumentada nas lides forenses, gerando debates acalorados.

Essa Convenção, assim como todas as outras que tratam do transporte aéreo, cedeu lugar à Convenção de Montreal.

A *Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (Convenção de Montreal), assinada pelo Brasil em 28 de maio de 1999*, ratificada pelo Congresso Nacional e inserida no Direito brasileiro pelo Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006, repetiu em muitos aspectos a Convenção de Varsóvia, reforçou o conceito de a responsabilidade civil do transportador aéreo ser de índole objetiva, mas, infelizmente, manteve em seu corpo de normas a figura da limitação de responsabilidade, ainda que em patamares menos indignos do que os sustentados pela Convenção de Varsóvia.

Talvez o hábito no uso freqüente da antiga Convenção de Varsóvia justifique a força que ela ainda goza em meio aos profissionais do Direito. Falamos isso porque, não raro, ainda hoje, decorridos muitos anos do ingresso da Convenção de Montreal, ainda se fala muito na Convenção de Varsóvia, sendo, inclusive, alvo de argumentos em peças forenses e de fundamentos de decisões judiciais.

A Convenção de Varsóvia sempre foi muito criticada porque apresentava muitas causas legais excludentes de responsabilidade e porque reconhecia a validade e a eficácia das chamadas cláusulas limitativas de responsabilidade, esta última figura dissonante do Direito brasileiro como

um todo.

Do mesmo modo, a Convenção de Montreal é criticada porque autoriza o dirigismo contratual, o que é expressamente vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, e mantém em seu bojo o conceito de indenização tarifada, ou seja, limitação de responsabilidade, embora em patamares mais respeitáveis do que os da Convenção de Varsóvia.

A Convenção de Varsóvia, por ser do início do século passado, encontrava-se desatualizada em relação ao Direito Empresarial e as realidades poliédricas do mundo contemporâneo, as quais suscitaram e suscitam constantes respostas por parte do Direito. Melhor sorte, contudo, não ocorre relativamente à Convenção de Montreal, porquanto ainda injusta e promotora do desequilíbrio entre as partes envolvidas no contrato de transporte aéreo de carga, lembrando sempre que este é um contrato de adesão.

Uma das críticas feitas à Convenção de Montreal, convém repetir, é que ela prevê a limitação tarifada nos sinistros provocados pelo transportador aéreo.

Consta no artigo 22, item 3, da Convenção de Montreal, a seguinte estipulação em favor da limitação:

Artigo 22 – Limites de Responsabilidade Relativos ao Atraso da Bagagem e da Carga

3. No transporte de carga, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a uma quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, a menos que o expedidor haja feito ao transportador, ao entregar-lhe o volume, uma declaração especial de valor de sua entrega no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma quantia que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino.

O valor de cada Direito Especial de Saque é delineado por outra fonte normativa, passível de alterações regulares. De qualquer modo, é um valor baixo e que pode ser insignificante dependendo da carga avariada ou extraviada.

E em razão da previsão convencional, os conhecimentos aéreos de transportes de cargas, todos eles, contém cláusulas limitativas de responsabilidades.

A limitação de responsabilidade, seja de natureza convencional, seja por meio de cláusula contratual (cláusula limitativa de responsabilidade) é equiparada à cláusula de não indenizar, portanto, inoperante. Entendemos firmemente isso, mesmo que vozes respeitáveis da doutrina se posicionem em sentido contrário, assim como algumas correntes jurisprudenciais.

O tema, limitação de responsabilidade à luz da Convenção de Montreal é polêmico e muito importante, merecendo especial atenção. Aproveita dizer, desde logo, que são muitos os que entendem que a Convenção não pode mais ser aplicada porque contrária à inteligência sistêmica do Direito brasileiro; igualmente, outros tantos defendem que ela até pode ser aplicada, mas com ressalvas em relação às disposições contrárias ao sistema legal pátrio, notadamente a parte que trata da limitação de responsabilidade. E há uma corrente que diz que a limitação é cabível apenas nos casos de grandes sinistros, os acidentes aéreos expressivos e que podem comprometer a saúde financeira do transportador (teoria da preservação da empresa), não tendo cabimento, contudo, nos casos de sinistros simples, as faltas e avarias vinculadas aos contratos de transportes, até porque a limitação não é aplicável em sendo constatada a culpa em sentido estrito e/ou culpa grave, como a própria Convenção também prevê.

Daí nossa convicção que seja qual for o prisma de análise de um caso, seja qual for a fonte legal aplicável aos contratos de transportes aéreos de cargas, a responsabilidade civil do transportador será sempre objetiva, pautada na presunção legal de culpa e na inversão do ônus da prova, não se

cogitando em limitação de responsabilidade e somente exonerável mediante prova expressa da existência de alguma causa legal excludente de responsabilidade.

A limitação de responsabilidade, prevista na Convenção de Montreal e que se estampa nos instrumentos de contratos de transportes aéreos de cargas, é algo que atenta contra o melhor Direito e, portanto, não pode ser de forma alguma contemplada pelos órgãos monocráticos e colegiados do Poder Judiciário brasileiro.

Vejamos:

A cláusula limitativa de responsabilidade é (ou pelos menos há de ser) em tudo equiparada à cláusula de não indenizar e, portanto, inoperante, segundo o Enunciado de Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal.

Ora, não indenizar é, em termos práticos, a mesma coisa que indenizar valor vil, sobremodo reduzido por causa da limitação.

Assim, toda cláusula em tal sentido, presente no contrato de transporte de carga não pode ser considerada válida e eficaz.

Isso vale também para o contrato de transporte aéreo de carga, em que pesem as convenções internacionais de Varsóvia e de Montreal estatuírem exatamente o contrário, prestigiando a limitação.

Além da comparação direta com a cláusula de não indenizar, repudia-se a cláusula limitativa de responsabilidade porque o contrato de transporte de carga, qualquer que seja o modal, é um contrato de adesão, com cláusulas impressas e unilateralmente impostas pelo transportador, razão pela qual injusta e, até mesmo, imoral sua aplicação em desfavor de quem foi obrigado a aderir aos termos contratuais.

Nem mesmo as convenções internacionais podem e devem ser aplicadas nos transportes internacionais, aéreos, ao menos relativamente à limitação de responsabilidade.

Tanto a Convenção de Varsóvia, como a de Montreal, das quais o Brasil é signatário, dispõem sobre a possibilidade de limitação tarifada, mas somente nos casos dos grandes sinistros aéreos, os acidentes de aviação, não os casos simples de faltas ou avarias de cargas, muito menos aqueles seriamente culposos.

Com efeito, nem mesmo a Convenção de Montreal, cuja aplicação refutamos porque contrária ao sistema legal brasileiro como um todo, reconhece a limitação para os casos marcados com o erro grave do transportador.

O mesmo artigo 22 da Convenção de Montreal prevê:

5. As disposições dos números 1 e 2 deste Artigo não se aplicarão se for provado que o dano é resultado de uma ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos, com intenção de causar dano, ou de forma temerária e sabendo que provavelmente causaria dano, sempre que, no caso de uma ação ou omissão de um preposto, se prove também que este atuava no exercício de suas funções.

Embora o item 5 aborde somente os itens 1 e 2 do mesmo artigo, os quais tratam dos danos pessoais aos passageiros e as perdas, atrasos e avarias nas entregas das bagagens, a verdade é que não existe razão alguma para a exclusão do item 3, próprio das cargas, de tal modo que é perfeitamente possível, em nosso entender, por analogia e por ampliação jurisprudencial, tendo-se em conta a melhor interpretação do Direito, aplicar ao transporte de cargas.

Aliás, houve ausência de boa-fé da Convenção ao excluir no item 5 menção expressa ao item 3,

pois a experiência autoriza entender que é muito mais comum a culpa em sentido estrito ou o objetivo de causar dano relativamente às cargas do que em relação aos passageiros e suas bagagens.

Atrasos e percalços com bagagens são comuns, mas danos propriamente ditos ocorrem, a rigor, é no transporte aéreo de carga, donde nos sentimentos autorizados a enfatizar que o item 3 se encontra implicitamente previsto no item 5.

Temos ainda que se eventualmente aplicável a limitação de responsabilidade, ela somente poderá ser reconhecida nos casos dos grandes sinistros aéreos, aqueles envolvendo, por exemplo, quedas das aeronaves, perdas muito substanciais.

Nesse sentido, há alguma razão moral na limitação de responsabilidade, pois nos sinistros envolvendo quedas de aeronaves, os interesses são muitos e os valores podem atingir níveis estratosféricos.

Assim, a limitação tem a função de mecanismo de calibragem e se mostra conectada à teoria da preservação da empresa.

Fora desse contexto, quer nos parecer, a limitação de responsabilidade enseja o abuso de Direito, premia o ato-ilícito e fere a dignidade de uma das partes do contrato de transporte.

Nos casos de faltas e avarias de cargas, isoladamente consideradas, baseadas em contratos de transportes, a aplicação da limitação é injusta, para não dizer imoral.

Por isso que sustentamos o entendimento que a Convenção de Montreal, a exemplo da Convenção de Varsóvia, não pode ser aplicada no Brasil, a despeito de o país a ter assinado, ratificado e convertido em lei, pois é flagrantemente contrária ao sistema jurídico brasileiro como um tudo e atinge visceralmente o postulado de a reparação do dano ser sempre a mais ampla possível.

Mas, se porventura ainda se houver por bem entender que ela vige e produz efeitos jurídicos, há de se considerar que ao menos as regras reservadas à limitação não tem validade e eficácia ou, tendo-as, somente produzem seus efeitos nos casos dos grandes desastres aéreos, os sinistros envolvendo quedas de aeronaves.

Validar a limitação de responsabilidade para casos de faltas e avarias é afrontar todos os princípios da responsabilidade civil, desprestigiar as regras que disciplinam o tema e, ainda que às avessas, ratificar o ilícito civil.

Ora, considerando tudo isso, considerando a tradição jurídica brasileira, sempre refratária ao reconhecimento e à aplicação de qualquer tipo de cláusula limitativa de responsabilidade, tem-se que não há sentido algum defender a validade e a eficácia dessa cláusula, frontalmente contrária à cláusula de incolumidade.

A limitação de responsabilidade é tema que periodicamente ganha destaque na literatura do Direito dos Transportes. Isso porque os transportadores costumam invocá-la nas disputas judiciais relativas aos contratos de transportes de cargas inadimplidos.

E o fazem, especialmente os transportadores aéreos, com amparo em incorretas interpretações das convenções internacionais de Varsóvia e de Montreal.

Apesar do destaque, a jurisprudência é, preponderantemente, contrária a validade e a eficácia de toda e qualquer cláusula que limita a responsabilidade do transportador de carga, incluindo o aéreo.

Pesa muito em favor desse entendimento o fato de a cláusula limitativa de responsabilidade encontrar-se inserida em um contrato de adesão, como é o de transporte aéreo, implicando

dirigismo contratual e abusividade explícitos.

O contrato de adesão deve ser interpretado, em caso de divergência, sempre em favor de quem aderiu. Além disso, o instrumento contratual de adesão não pode ofender o sistema legal, submetendo-se em tudo ao Direito como um todo.

O Brasil, em especial, é um país que tradicionalmente se mostra contundente em relação ao dirigismo contratual e as cláusulas abusivas.

Por isso, toda e qualquer cláusula limitativa de responsabilidade estampada unilateralmente pelo transportador no conhecimento aéreo é inválida e ineficaz, senão nula de pleno Direito.

Tendo-se em consideração que limitar a responsabilidade é o mesmo que não indenizar, afirma-se que a cláusula limitativa de responsabilidade ajusta-se perfeitamente ao disposto no Enunciado de Súmula nº 161, do Supremo Tribunal Federal: ***"Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar".***

Antes da Constituição Federal de 1988 e da criação do Superior Tribunal de Justiça, era o Supremo Tribunal Federal o órgão jurisdicional que dava a última palavra sobre o assunto, fincando posicionamento que até hoje e acertadamente é abraçado pelos órgãos monocráticos e colegiados do Estado-juiz.

No mesmo sentido, o Direito positivo, por meio de regra legal específica, o Decreto nº 19.473/30, liquidou a eficácia de cláusulas contratuais dessa natureza, ao impor: ***"(...) Reputa-se não escrita qualquer cláusula restritiva ou modificativa dessa prova ou obrigação".***

Embora dirigida ao transporte marítimo de carga, referida regra pode ser perfeitamente aplicável, por analogia, ao transporte aéreo.

Mas, com a introdução da lei consumerista no sistema legal brasileiro, o tema ganhou novo colorido, praticamente definitivo, no sentido de se premiar a proibição às cláusulas limitativas ou restritivas de responsabilidade, comuns nos contratos de transporte aéreo.

E a legislação consumerista é perfeitamente aplicável aos casos envolvendo obrigações de transportes de cargas, sem se falar em inteligência maximalista, porque a obrigação de transporte é modalidade de fornecimento de serviço e o transportador é um prestador de serviços em todos os sentidos. Para a incidência da lei consumerista é preciso ter em foco não o bem transportado, mas o serviço propriamente dito, o qual tem no contratante, no consignatário ou no segurador legalmente sub-rogado consumidores perfeitos, porque destinatários finais dos serviços fornecidos pelos transportadores, pouco importando os destinos finais dos bens confiados para os transportes.

Com a nova lei especial, o que antes era solucionado por meio da jusfilosofia, mediante cansativo processo de esgrima das normas vigentes no sistema legal e o uso de sofisticada hermenêutica jurídica, passou a ter tratamento melhor, normativo e expresso, fulminando qualquer dúvida a respeito. Com a promulgação do Código Civil em vigor, de 2002, o dirigismo contratual foi definitivamente vedado e ao sabor dele, ainda mais forte se tornou o repúdio às cláusulas de limitação de responsabilidade, compaginada no rol das cláusulas abusivas.

Toda cláusula que limita a responsabilidade é abusiva porque constitui ofensa ao equilíbrio contratual, mormente quando o contrato que a contém, como é o caso do contrato maritimista de transporte, é um típico contrato de adesão.

Sendo um contrato de adesão, suas cláusulas são impressas, não cabendo ao consumidor e/ou beneficiário do serviço contratado, diretamente ou por estipulação em favor de terceiro, qualquer deliberação a respeito. Sua vontade não é livre, mas orientada pela imposição do transportador, sempre unilateralmente.

O consumidor (credor da obrigação de transporte de carga) simplesmente adere às condições impostas pelo transportador aéreo, não se lhe conferida a oportunidade de efetivamente manifestar sua vontade, emprestando caráter verdadeiramente unilateral ao contrato.

E nem se diga em eventual liberdade de não contratar, pois se levando em conta que cerca de 90% do transporte global de cargas é feito por mar ou pelo ar, pouco liberdade têm os consumidores de tais serviços, uma vez que eles precisam contratar os transportes, submetendo-se, forçosamente, às disposições contidas nos instrumentos contratuais.

Assim colocada a questão, nada mais há para ser dito em sede de limitação de responsabilidade, tratando-se de mais um ponto superado, donde se estranha a insistência de os transportadores aéreos, em litígios judiciais, insistirem na tese da validade e da eficácia dessas cláusulas "hardship", notadamente as de limitação de responsabilidade, na medida em que manifestamente contrárias ao Direito, repudiadas pela jurisprudência e eivadas de elementos negativos que atingem até mesmo o campo da moral.

Além de regras legais específicas contrárias ao dirigismo contratual, existem princípios fundamentais do Direito, uns de índole geral, outros de natureza constitucional, os quais devem ser sobremodo considerados quando da análise do tema, fulminando toda e qualquer tentativa de convalidar a abusividade intrínseca às cláusulas limitativas de responsabilidade.

Tais cláusulas ofendem fundamentos principiológicos como a eqüidade, a razoabilidade, a proporcionalidade e o bom-senso, compaginando essa ofensa mais um argumento a favor daqueles que as repudiam e as têm por nulas de pleno Direito.

A imposição de tais cláusulas, ao exclusivo alvedrio dos transportadores aéreo, faz letra morta qualquer alusão ao *"pacta sunt servanda"*, sendo curial notar que outro aforismo cabe na hipótese em questão: *"pacta non possunt facere licita quae alias illicita sunt"*.

Relevante observar que mesmo sem se remeter às regras do Código de Defesa do Consumidor, os princípios jurídicos que regem os contratos coíbem o abuso, principalmente ao se observar o dirigismo contratual decorrente da forma adesiva de contratação. E esses princípios foram definitivamente positivados e marmorizados nas letras do Código Civil de 2002, cujo conteúdo, considerando-se a melhor hermenêutica e a interpretação sistêmica de suas regras, veda a validade das referidas cláusulas, como de toda e qualquer cláusula "hardship", combatendo o dirigismo contratual e fortalecendo a inteligência do comentado Enunciado de Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal.

Afinal, o Direito não se presta ao torto; e, em termos contratuais, poucas coisas são mais tortas e erradas do que as combatidas e abusivas cláusulas limitativas e/ou exoneratívas de responsabilidade. Qualquer que seja a fonte legal aplicável num dado caso concreto, ou seja, Código Civil, Código de Defesa do Consumidor ou princípios gerais e fundamentais do Direito, tais cláusulas são ilegais e, mesmo, imorais, porque abusivas, cabendo ao Poder Judiciário, quando provocado, manifestar-se no sentido de se manter o entendimento vigente de tempos de antanho, hoje vitaminado por importantes ferramentas jurídicas, repudiando-se a validade e a eficácia de tais cláusulas ou, ainda mais importante, rotulando-as como nulas de pleno Direito.

Embora a jurisprudência continue pacífica no sentido de não se prestigiar a cláusula limitativa de responsabilidade, há em curso um movimento forte, patrocinado pelos transportadores aéreos em dizer que o que é errado é certo e, o que é certo, errado.

Por mais que se vistam de argumentos sedutores e aparentemente hábeis, a verdade que salta aos olhos é que a cláusula que limita a responsabilidade é, sim, uma cláusula de não indenizar.

E, nunca é demais enfatizar: a introdução da lei consumerista no sistema legal brasileiro fortaleceu, sobremodo, a vedação as cláusulas limitativas ou restritivas de responsabilidade, comuns nos contratos de transporte, qualquer que seja o modal, especialmente aéreo e aéreo.

Concomitantemente, temos o Código Civil dispondo em sentido idêntico e tornando defesa a limitação de responsabilidade em contratos de adesão.

Com o novo sistema legal, o que antes era solucionado através da jusfilosofia, mediante cansativo processo de esgrima das normas vigentes no sistema legal como um todo, passou a ter tratamento melhor, normativo e expresso, fulminando qualquer dúvida a respeito.

Lista o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, os direitos básicos atribuídos ao consumidor figurando, dentre eles, os dos incisos IV e X, que o protege de práticas e cláusulas contratuais abusivas e lhe garante o direito a um eficaz serviço público[9], respectivamente, transcritos abaixo:

"*Art. 6.º - São direitos do consumidor:*

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas impostas no fornecimento de produtos e serviços;

X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral".

Toda cláusula que limita a responsabilidade é abusiva porque constitui em ofensa ao equilíbrio contratual, mormente quando o contrato que a contém, como é o caso dos contratos maritimistas de transporte, é um típico contrato de adesão.

Antes da lei, existiam, como dissemos, outros argumentos utilizados para combater as ditas cláusulas.

Sendo o contrato de transporte aéreo (conhecimento aéreo) um contrato de adesão, as cláusulas são impressas, não cabendo ao consumidor do serviço contratado, diretamente ou por estipulação em favor de terceiro, qualquer deliberação a respeito.

O consumidor simplesmente adere às condições impostas, inicialmente, pelo fornecedor, diga-se, transportador aéreo.

Falar em limitação de responsabilidade é falar, também, em reconhecimento da incidência das normas morais nas obrigações civis e/ou consumeritas, uma vez que limitar a responsabilidade, não raro a valores ou percentuais aviltantes, é ato afrontoso à moral que, em nosso entendimento, não pode ser de forma alguma admitido, principalmente em sede judicial.

A limitação de responsabilidade é imoral e prejudicial à economia e a decência do Direito, uma vez que permite que o ato ilícito permaneça sem punição, quebrando a regra de que aquele que causa dano à outrem deve reparar os prejuízos decorrentes com seu próprio patrimônio.

Por tal e tanto é que doutrinadores de grosso calibre, muito antes do advento do Código do Consumidor, manifestavam repúdio às ditas cláusulas, como exposto na seleção abaixo:

Hugo Simas[10]: *"Por modo tal os transportadores têm abusado das cláusulas de não responsabilidade, que não há excesso na afirmativa de Pipia de que os fretadores e armadores não têm responsabilidade nenhuma e os capitães muito pouca, pelo o que os carregadores podem dar graças a Deus e à nímia bondade daqueles, se chegar ao destino alguma cousa do que é remetido."*

José Aguiar Dias[11]: *"Sem embargo de sua utilidade, pois estimula os negócios, mediante afastamento da incerteza sobre o quantum da reparação, a cláusula limitativa muitas vezes resulta em burla para o credor. Dificilmente se dá o caso de ser o dano real equivalente à reparação prefixada, esta última, por um simulacro de perdas e danos." (..) "Praticamente, é a cláusula exonerativa, à qual acaba por servir de argumento. As cláusulas limitativas são de uso frequente*

nos transoportes. Consistem, comumente, na fixação "a forfait", de determinada soma, para constituir a indenização, em caso de perda, extravio, avaria ou atraso. (...) não temos dúvida em sustentar a sua nulidade, quando a soma arbitrariamente fixada resulte em verdadeira lesão para o credor, principalmente quando se trate de transporte, cujo contrato geralmente é de natureza a excluir a liberdade de discussão por parte do interessado no serviço."

E **Pontes de Miranda**[12], que *sobre o tema "responsabilidade do transportador", especialmente "cláusula de irresponsabilidade", disse: "No Decreto n.º 19.473, de 10 de dezembro de 1930, art. 1.º, 1.ª alínea, que regulou os conhecimentos de transporte de mercadorias por terra, água ou ar, e deu outras providências, estatui-se: "O conhecimento de frete — leia-se conhecimento de transporte – original, emitido por empresas de transporte por água, terra ou ar, comprova o recebimento da mercadoria e a obrigação de entregá-la no lugar de destino.". Na 2.ª alínea, acrescenta-se: "Reputa-se não escrita qualquer cláusula restritiva, ou modificativa dessa prova ou obrigação". Tem-se querido insinuar a diferença entre restrição ou modificação da responsabilidade do transportador, o que é sem sendo. Transportar é receber o objeto e entregá-lo tal como foi recebido. A responsabilidade pelos danos que o objeto sofreu é inclusa no dever contratual de entrega.*

É preciso que não se admitam cláusulas de irresponsabilidade que retirariam ao contrato de transporte sua estrutura. Por outro lado, o que importa é saber-se se, na espécie, a regra jurídica invocada é "ius cognes" ou "ius dispositium" ou "ius interpretarivem". Se a regra jurídica é cogente, não há pensar-se em qualquer permissão de cláusula de irresponsabilidade.

De se ver que um dos maiores tratadistas do Direito, Pontes de Miranda, lastreado na interpretação sistêmica do Direito e, especificamente, no Decreto n.º 19.473/30, já manifestava, antes mesmo do advento do Código de Defesa do Consumidor, seu inconformismo quanto as cláusulas de irresponsabilidade, defendendo, com contundência e erudição, posicionamento relativo a invalidade absoluta das mesmas.[13]

Fazendo eco à doutrina selecionada no trabalho acima reproduzido, os Tribunais brasileiros, quase que majoritariamente, também fizeram consignar o repúdio a validação e eficácia das ditas cláusulas.

O **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, julgando o Recurso de Apelação n.º 274.840-Santos, decidiu (embora o caso verse sobre a limitação no transporte marítimo, muito aproveita citá-lo em favor do transporte aéreo por conta de sua ótima fundamentação):

"Limitar a responsabilidade da transportadora a 100 (libras esterlinas) é, sem dúvida, infringir o artigo 1.º do Decreto n.º 19.473, de 10.12.1930, que reputa não escrita qualquer cláusula restritiva ou modificativa da prova do recebimento da mercadoria e da obrigação de entregá-la no destino, prova que o conhecimento de frete original faz a obrigação que por ela as empresas de transporte assumem. O legislador, certamente, teve em mente que: "illud nulla pactione effici potest ne dolus praestatus" (Dig. Lib. II, Tit.XIV, § 3.º). Pode ocorrer que o extravio da mercadoria faça render quantia superior à que o transportador tiver de pagar a título de indenização. Para eliminar estímulo de extravios dolosos, a lei fulmina cláusulas de irresponsabilidade e de não indenizar." (...) "É enganosa a doutrina que condiciona a validade das cláusulas de limitação de responsabilidade "a uma rebaja del frete, segun opciones que previamente los transportadores dan a los cargadores" (FRANCIS FARINA, Derecho Comercial Martitimo, T. II, Ed. 1948, Madrid, p. 290, cfn. fls. 81). Haveria frete com determinada percentagem para os transportes sem declaração de valor das mercadorias e frete com "the rate increased" para o transporte com a declaração daquele valor. Dir-se-á que a opção pode advir uma vantagem, se o transporte for levado a bom termo, pois os mesmos riscos terão sido corrigidos, com um frete mais barato. A limitação de responsabilidade, porém, continua dando oportunidades de extravio doloso por parte do capitão ou da transportadora, eventualmente em conluio com o embarcador ou exportador. E aquela álea não poderá ser uma compensação a justificar a validez da cláusula restritiva."

Também elaborado antes do surgimento da lei do consumidor (e do novo Código Civil), o posicionamento do Tribunal de Justiça paulista foi construído com muita lucidez, dando ênfase, como não poderia deixar de ser, ao Decreto n.º 19.473/30 e aos mais importantes e elementares princípios e postulados gerais do Direito.

Não se limitando ao Direito, o colégio paulista enveredou-se por outros ramos do conhecimento humano, porquanto observou, com precisão, que a limitação de responsabilidade é, ainda que às avessas, fator de incentivo à criminalidade, diga-se, extravios dolosos de cargas ("Para eliminar estímulo de extravios dolosos, a lei fulmina cláusulas de irresponsabilidade e de não indenizar".).

Ora, ao preocupar-se com o implemento da criminalidade e, ainda, com as divisas nacionais (ordem econômica), o Tribunal paulista emprestou ao tema, repita-se: antes do surgimento da legislação especial consumerista, ares publicistas, sinalizando com o interesse social que tem a questão da não validade das cláusulas limitativas de responsabilidade.

Ditas cláusulas, qualquer que seja sua feição, limitação, restrição, exonerativa, enfim, negativa de responsabilidade, mesmo que parcialmente, é nula de pleno direito, não havendo que se falar em "pacta sunt servanda", primeiro porque o princípio da supremacia prefere ao da livre manifestação de vontade das partes, depois porque a presença das mesmas é imposta, mediante cláusulas impressas em contratos de adesão, principalmente agora que o sistema legal brasileiro, pelo Novo Código Civil, expressamente adotou o princípio do fim social para os contratos, além da boa-fé dos negócios jurídicos em geral.

Nesse sentido, interessante decisão do **Supremo Tribunal Federal**, no Recurso Extraordinário n.º 107.361-6, votação unânime, dispõe que:

"Dentro do mesmo raciocínio, ao reduzir-se o valor de uma indenização a parte insignificante do prejuízo efetivamente verificado, parece ser a negação do próprio princípio que assegura a obrigação do pagamento dessa indenização. O Supremo Tribunal, com base em texto legal que reputa não escrita "qualquer cláusula" restritiva ou modificativa da obrigação do transportador (art. 1.º, do Decreto n.º 19.473/30), proclamou, na Súmula n.º 161, a inoperância da cláusula de não indenizar, não vejo como conciliar, com esse enunciado, a degradação de ressarcimento de uma importância mais de uma centena de vezes menor do que o prejuízo efetivo, a ponto de não chegar a compensar a antecipação dos encargos financeiros necessários ao ajuizamento da demanda."

Igual entendimento teve o **Superior Tribunal de Justiça** no Recurso Especial n.º 644-89.0009917-5-SP:

"Direito comeracial – Transporte aéreo – Cláusula limitativa de responsabilidade do transportador – O Decreto n.º 19.473, de 10.12.30, em seu art. 1.º, reputa não escrita qualquer cláusula restritiva ou modificativa da obrigação e tanto equivale a limitação a valor irrisório do montante da indenização, precedente do STF."

Limitar a responsabilidade, repita-se pela última vez, é o mesmo que não indenizar e, por via de conseqüência, ofender postulados e primados importantes do Direito pátrio.

Começando por princípios fundamentais do Direito, uns de índole geral, outros de natureza constitucional, todos, contudo, informadores de qualquer interpretação legal e, mais importante, aplicação do Direito.

Tais cláusulas ofendem fundamentos como a eqüidade, a razoabilidade, a proporcionalidade e o bom-senso.

Nos dias correntes, impossível eventual apego a literalidade das cláusulas contratuais, desrespeitando-se princípios maiores e regras legais abertas, como as que tratam da boa-fé objetiva (art. 422, Código Civil).

Como anota com invulgar precisão **Orlando Gomes**: *"o direito moderno não mais admite os contratos de "direito estrito", cuja interpretação é literal. As partes contratantes devem atuar com lealdade e inspirar recíproca confiança, subordinando-se ao interesse da sociedade quanto à segurança das relações jurídicas e do aperfeiçoamento da relação negocial."*.[14]

Ainda mais em sentido tem a inteligência jurídica acima em se tratando de um contrato de adesão, em que as disposição são, como já se disse, impostas unilateralmente pelo transportador aéreo, de forma coativa, sem qualquer disposição de vontade por parte do contratante, refém do arbítrio e do abuso da outra parte.

Rechaçar qualquer cláusula contratual que dispõe sobre limitação de responsabilidade e dar preferência à idéia de função social das obrigações e aos princípios (regras legais) da função social, probidade e boa-fé objetiva das obrigações.

Nesse sentido, especificamente sobre a função social dos contratos em geral, interessante o posicionamento de **Ramon Mateo Junior**[15], ao comentar o conteúdo do artigo 421 do Código Civil:

"Diante dessas disposições legais, verificamos uma mudança na mens legem do Código novo em relação ao atual. A lei opera um avanço na concepção da finalidade da relação jurídica contratual. De fato, até hoje adotamos, nos contratos em geral, o denominado modelo liberal como sendo um inabalável paradigma, estabelecendo-se um dogma entre os operadores do direito em torno dos princípios da autonomia da vontade e força obrigatória, desde que livremente formalizados e com observância da ordem pública e aos bons costumes.

(...)

Em outras palavras, não somos tão livres para contratar como pensamos. Ao contrário, estamos direcionados para assumirmos obrigações em busca de uma vida melhor, como exigência de respeito e sucesso no meio social. Tudo programado pelo ideal consumerista que desde cedo ensinamos aos nossos filhos.".

A boa-fé objetiva é um princípio geral, aplicável ao Direito das Obrigações, especialmente em relação a sua principal fonte: os contratos, e que agora, diga-se, com o advento do Código Civil de 2002, veste o manto de regra legal em sentido estrito, ainda que aberta.

Também se dá à aplicação de metido hermenêutico-integrativo, com vistas a interpretação da declaração de vontade, ajustando a relação jurídica à função social (e econômica) determinável no caso concreto.

Em outras palavras, segundo o ótimo e elucidativo entendimento de **Cibele Pinheiro Marçal Cruz e Tucci**[16]: *"(...) conferem-se efeitos jurídicos à justa e razoável expectativa de produção dos resultados práticos que normalmente adviriam do negócio (o fim típico), tomadas as circunstâncias especiais de cada caso concreto, ainda que o rigor formal da lei ou a interpretação literal do contrato estabeleça a produção de efeitos diversos. Cuida-se de prestigiar a confiança do contratante na lealdade sugerida pelos costumes e, por isso mesmo, tornada exigível da contraparte.".*

A teoria da boa-fé objetiva ajusta-se melhor à idéia de que o contrato, muito mais do que uma relação jurídica bipolarizada, constitui um processo através do qual as partes buscam a consecução de fins previamente estabelecidos, mediante a reunião de esforços e cooperação mútua. O fim comum do contrato é a satisfação dos interesses contrapostos das partes.

Considerando a importância do tema, que a reboque expressa a figura da probidade, vale e muito fazer nova menção ao mesmo trabalho de **Ramon Mateo Junior**[17]: *"A boa-fé objetiva é concebida como uma regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na*

consideração de que todos os membros da sociedade são juridicamente tutelados, antes mesmo de serem partes nos contratos. O contraente é pessoa e como tal deve ser respeitado. (...) Esse comportamento pode ter como paradigma o amor ao próximo pregado pelo Cristianismo. Sem dúvida, não há melhor parâmetro para se verificar a retidão de um comportamento."

Quem, por qualquer motivo, defende a eficácia de tais cláusulas, age imantado de má-fé e contrariamente aquilo que se tem como mais arejado e avançado em termos de Direito.

Mesmo antes de todas estas figuras legais acima reportadas, suficientemente hábeis para o espancamento de qualquer discussão a respeito do assunto, os operadores do Direito, com base na jusfilosofia inclusive, já comungavam de tal posicionamento, como atesta a Sentença, abaixo parcialmente reproduzida, da lavra do Magistrado **Amable Lopes Soto**, nos autos do Processo nº 1.867/97, tramitado pela Douta Décima Vara Cível de Santos (o julgado trata também do transporte marítimo, mas pode e deve ser aplicado ao transporte aéreo por saudável analogia):

"Vejamos agora a assertiva da cláusula de máximo de indenização.

Como bem afirmou a autora, a tese de limitação é, in casu, "ilegal, antipatriótica e amoral".

O Supremo Tribunal Federal já firmou que é nula a cláusula de não indenizar (Súmula nº 161) e, pelas mesmas razões, nula também é a cláusula que restringir a indenização.

Toda mercadoria tem um preço e sobre este, aliado a outros fatores, tais como peso e volume, extrai-se o preço do frete.

Ora, não é dado ao importador influir no contrato de transporte, via de regra não tem o direito sequer de escolher o transportador, sendo pois a limitação da responsabilidade uma violência aos interesses do importador que causa tão-somente a incerteza de receber a mercadoria transportada e pré-paga.

À luz do Código do Consumidor, há flagrante abuso econômico, viciando a livre manifestação de vontade.

Sendo assim, devemos ter a cláusula como não escrita, por consequência, responde o transportador pelo dano causado, na sua integralidade."

Especificamente sobre o transporte aéreo, mas sendo perfeitamente aplicável aos demais modais de transporte, especialmente o aéreo, até em razão da profunda intimidade entre todos, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já se manifestou expressamente, pondo derradeira pá de cal no tema limitação de responsabilidade:

RECURSO ESPECIAL Nº 224.554 - SP (1999/0067188-0)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Agravante: TAP AIR PORTUGAL

Agravada: BRADESCO SEGUROS S/A

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSOESPECIAL. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE MERCADORIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICAÇÃO. PRESCRIÇÃO. PRAZO.

Aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor à reparação por danos provenientes de extravio de mercadorias, ocorrido em transporte aéreo internacional, e não a responsabilidade tarifada da Convenção de Varsóvia.

A prescrição da pretensão indenizatória por danos decorrentes do extravio de mercadoria, objeto de transporte aéreo, ocorre em 20 anos, de acordo com o Código Civil, e não em 30 dias, como na reclamação por vício de serviço amparado pelo CDC.

Agravo a que se nega provimento

(publicado DJU em 25.02.02)

RESPONSABILIDADE CIVIL - EXTRAVIO DE MERCADORIA - TRANSPORTE AÉREO - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS INSCULPIDOS PELO CDC - REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS CAUSADOS.

I - Os limites indenizatórios constantes da Convenção de Varsóvia não se aplicam à relações jurídicas de consumo, uma vez que, nas hipóteses como a dos autos, deverá haver, necessariamente, a reparação integral dos prejuízos sofridos.

II - Recurso Especial conhecido e provido.

Voto do Relator:

"*Isso porque, este tipo de avença encontra-se sob o império da mencionada lei, eis que a empresa transportadora enquadra-se na definição de fornecedor do artigo 3º, bem como o serviço por ela prestado ajusta-se à noção de serviço constante do § 2º.*"

(STJ - Relator: Min. Waldemar Zveiter; Acórdão Unânime da 3ª Turma; julg.19.02.2001; Recurso Especial n.º 218.383-SP (1999/0050313-9).

Pois bem:

Os adversários do presente e sólido entendimento fazem verdadeira ginástica jurídica para emprestar à cláusula limitativa de responsabilidade a moralidade que ela não tem, até por ser cláusula abusiva e que gera o desequilíbrio nas relações contratuais.

Esquecem-se os defensores, convenientemente, que o sistema legal brasileiro dispõe que a indenização há de ser sempre ampla e integral. A Constituição Federal, aliás, quem assim determina no rol dos direitos e garantias fundamentais, de forma que toda e qualquer discussão em torno do assunto não pode deixar de considerar a imperiosidade da idéia legal de “reparação civil do dano integral e mais ampla possível”.

Contrariando o posicionamento sólido cós Tribunais brasileiros, incluindo os superiores, lançam luzes numa única decisão do STJ a favor da clausula, ignorando, maliciosamente, as particularidades do caso concreto que a ensejou e a sua não aplicação aos casos simples de descumprimentos obrigacionais.

Teses acerca de aplicação, por meio de sofisticada, mas vazia, interpretação sistêmica, de uma ou outra Convenção internacional, também são constantemente lançadas, tudo com o objetivo deliberado de se conquistar, num dado caso concreto, uma vantagem supostamente legal, mas que em essência é antijurídica, ilegal e imoral.

Nenhuma Convenção Internacional de qualquer natureza pode limitar a responsabilidade do transportador aéreo porque as Convenções que a autorizam e a faz presente no contrato de transporte aéreo são contrárias ao Direito brasileiro como um todo, devendo, portanto, serem afastadas ou aplicadas com ressalvas, ignorando-se o tema limitação de responsabilidade.

Se a parte que litiga contra o transportador aéreo for seguradora da carga, legalmente sub-rogada após o pagamento da indenização ao segurado, o consumidor original, o credor primitivo, da obrigação de transporte, ainda mais sem sentido se torna a alegação da limitação contratual.

Isso porque a seguradora não foi parte, nem mesmo por estipulação, do contrato de transporte (com termos impostos pelo transportador aéreo, unilateralmente) e a discussão do pagamento do suposto frete “ad valorem”, cai por terra, vê-se ferido de morte.

Não pode o direito ser acutilado de forma tão traumática por uma disposição contratual, especialmente uma da qual a seguradora não foi parte efetiva.

Se a discussão em torno do chamado frete “ad valorem” já não tem sentido relativamente ao consignatário da carga – na medida em que a suposta liberdade de escolha é uma forma de coação às avessas, com oneração excessiva e inviável do custo de transporte -, ainda mais sem sentido e até mesmo imoral, além de ilegal, a imposição ao segurador sub-rogado.

Prevalecendo tal entendimento, a sub-rogação seria atingida visceralmente e, com ela, o Enunciado de Súmula 188 do STF que diz: *O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro.*

Ora, em termos práticos, o segurador não conseguiria o ressarcimento do valor integral que pagou ao segurado e isso geraria a afronta do seu direito e da Súmula em destaque.

O reflexo seria imediato no campo do direito securitário e, por sua vez, na economia como um todo, com desdobramentos sérios e complexos.

A limitação de responsabilidade, é preciso que se diga, facilitaria e facilitará, se reconhecida pelo Poder Judiciário, a vida dos transportares eivados de má-fé. Cargas de elevados valores agregados seriam extraviadas e aos transportadores bastaria pagar as indenizações tarifadas, de tal maneira que, para eles, a máxima de que o crime não compensa não seria verdadeira. O crime seria e será algo compensador, ao menos aos transportadores inidôneos e que não zelam por seu bom nome empresarial.

E não é sem sentido a preocupação com a criminalidade, especialmente num meio volátil como o maritimista em que poucos são os armadores verdadeiramente sérios e absolutamente idôneos.

Tal preocupação e outras menos graves diz respeito a racionalização dos contratos de adesão e da preocupação de se coibir as cláusulas abusivas.

Nunca é demais enfatizar que a rigor, a cláusula que limita a responsabilidade, em tudo equiparada à cláusula de não indenizar, é uma cláusula abusiva por excelência.

A verdade é que a cláusula limitativa de responsabilidade, à luz do caso concreto, deve ser interpretada sempre “contra proferente”, ou seja, contra quem a proferiu, uma vez que redigida exclusivamente pelo transportador, pelo fornecedor do serviço.

Exatamente o que afirma **Wanderley Fernandes**: *“Nos contratos de adesão, essa regra de interpretação tem sido plenamente admitida pela doutrina e pela jurisprudência. No Brasil, a regra da interpretatio contra proferentem alçou condição de regra legal de interpretação, nos termos do artigo 423 do Código Civil” (Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade, Saraiva, São Paulo: 2013).*

Ora, ainda que se queira aceitar a validade e a eficácia da cláusula limitativa de responsabilidade, não se poderia deixar de ter em alça de mira tal e inafastável critério de interpretação.

Em sendo assim, aos olhos do Direito brasileiro, somente uma hipótese poderia contemplar, eventualmente, em caráter extraordinário, muito especial, a aplicação (e mesmo assim calibrada) da limitação: um grande sinistro com a perda total do navio e de todas as cargas, desde que não houvesse prova de conduta manifestamente culposa do navio e, ainda, o perdimento das cargas fosse de tal envergadura econômica, de tal impacto, que a sobrevivência da empresa restasse comprometida (tudo segundo os ditames da teoria da preservação da empresa e conforme

singularidades do sinistro).

Vê-se, portanto, o caráter essencialmente excepcional de aplicação da limitação.

Nos sinistros cotidianos, caracterizados por faltas e avarias, com ou sem a presença, num caso concreto, de avaria grossa, o fato é que não se aplica a cláusula limitativa de responsabilidade, tendo-se em conta o mosaico vasto de vícios legais que ela contém.

A limitação é um benefício que, a despeito de sua abusividade, impertinência e antijuridicidade, só pode ser aplicado e restritivamente em casos extremamente pontuais e extraordinários, tendo-se por objetivo a defesa de bens maiores e, ainda assim, sem prejuízos acentuados às vítimas diretas dos casos, os donos de cargas ou seu seguradores.

Tudo dentro de uma dinâmica de equilíbrio e busca da justiça, observando-se o arquétipo da função social da obrigação contratual.

Nada disso, porém, se harmoniza com o sinistro simples, grave ou não, contornado ou não por avaria grossa, muito menos a idéia de culpa em sentido estrito. A inexecução da obrigação de resultado assumida deve, a rigor, propiciar a reparação civil mais ampla possível, compensando-se a parte credora e punindo-se, a devedora.

Há componente de justiça em tal concepção do Direito e quando se defende a Justiça, defende-se a moral, experiência que a defesa da limitação de responsabilidade insiste em deixar de lado.

O transportador que não cumpre fielmente sua obrigação contratual, não pode ser contemplado com a limitação do seu dever jurídico de indenizar, especialmente por conta de disposição contratual abusiva.

Aliás, impressionante a insistência dos transportadores, em lides forenses, no sentido de buscarem, mesmo após reiteradas derrotas nos casos concretos, arrastarem os processos com recursos especiais, buscando eventuais divergências jurisprudenciais.

Tais recursos morrem nos juízos de delibações, pois o STJ não pode rediscutir provas e a limitação de responsabilidade, ao menos no transporte aéreo, é contratual, não convencional. Logo, impedido o STJ de analisar o contrato novamente e, portanto, a tese da limitação.

Mesmo assim, sem constrangimento algum, as alegações são feitas e os processos atrasam sobremodo, mais pela má-fé dos transportadores do que por culpa de qualquer outro fator.

Daí a importância dos juros moratórios de 1% ao mês de litígio, um mecanismo de calibragem capaz de conferir justiça pela demorada na solução de uma lide. A verdade é que o transportador assume uma obrigação de resultado e tem o dever de cumpri-la fielmente.

Não pode mitigar, quando da inexecução, os seus deveres, por conta de limitações tarifadas, especialmente quando estas são inseridas num contexto de flagrante abusividade.

Defender o contrário é, a um só tempo, desprestigiar a tradição jurídica brasileira, afrontar a lei e virar às costas à moral.

O tema, reconhecemos, é controverso e exige muita atenção. Ainda muita tinta será consumida até que se tenha uma orientação absolutamente segura, mas, gostamos de pensar, a Justiça prevalecerá e o conceito constitucional de reparação civil ampla e integral será vitorioso e efetivamente reconhecido, pondo-se pá de cal nessas disposições abusivas. Mas, ainda que se queira reconhecer a validade e a eficácia de tais cláusulas, sentimo-nos seguros em afirmar que somente nos casos de riscos de vôos elas incidem e incidirão, nunca nos casos comuns de extravios, avarias e problemas diversos com as cargas confiadas para transportes.

De todo o modo e com máximo respeito às opiniões em sentido contrário, tenho por certo que a limitação de responsabilidade não deve ser aplicada e reconhecida porque manifestamente contrária ao sistema jurídico brasileiro, sendo até mesmo inconstitucional, e, mesmo, à ordem moral. E se eventualmente reconhecida e aplicável em homenagem à Convenção de Montreal que o seja, portanto, de forma absolutamente restritiva e no verdadeiro sentido da Convenção, isto é, para os casos de grandes sinistros de navegação aérea, os acidentes por excelência, não para simples casos de faltas e/ou avarias, inadimplementos contratuais marcados pela desídia operacional e pela incúria administrativa.

O tema é polêmico e digno da especial atenção de todos, sempre em busca do que é justo e correto.

Santos, 6 de janeiro de 2014

_____

[1] Tratado de responsabilidade civil. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 118

[2] Idem, ibidem

[3] NA: em Direito Marítimo, costuma-se usar a expressão carga. Mercadoria é outra bem utilizada. O Código Civil prefere a palavra “coisa”, ao passo que alguns estudiosos consideram mais correta a palavra ‘bem”. Como sabido, coisa é tudo o que existe no mundo, salvo o ser-humano. Bem, a coisa com valor econômico agregado. Mercadoria, o bem objeto de uma transação comercial e, por fim, carga, qualquer uma dessas expressões com um “plus” especializante: o embarque a bordo de um meio de transporte. Logo, carga é a coisa ou bem (mercadoria), confiando ao transportador e sob sua custódia para o transporte. Enfim, o objeto transportado.

[4] Responsabilidade civil. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 111

[5] Da inexecução das obrigações e suas conseqüências, São Paulo: Saraiva, 1955, p. 341

[6] NA: conclusão inspirada em "LYON CAEN ET RENAULT", Traité de Droit Commercial, III, 593, SABRUT, Transport des merchandises, p. 653 e seguintes.

[7] Tratado de Direito Comercial, Volume 10, Saraiva, São Paulo: 1965, pp. 298/299

[8] Op. Cit., p. 299

[9] O serviço prestado pela ré é um serviço privado imantado de interesse público, tanto que se encontra subordinado à rigorosas regras de direito público, donde se fala em aplicação da teoria do munus público.

[10] Compendio de Direito Marítimo Brasileiro, São Paulo: editora Saraiva, 1938, p. 200

[11] Cláusula de Não Indenizar, Edição Forense: 1980, p. 112 e 128

[12] Tratado de Direito Privado, Tomo XLV, Ed. Borsoi: Rio de janeiro, 1972, § 4884, n.º 2, p. 143/4

[14] in Contratos, 5ª ed., Forense, Rio, p. 49

[15] O Novo Código Civil Discutido Por Juristas Brasileiros, Aparecido Hernani Ferreira e outros, Bookseller, São Paulo: 2002, p. 95/97

[16] Revista do Advogado, Novo Código Civil: Aspectos Relevantes, nº 68, Dez/2002, AASP, Teoria Geral da Boa Fé Objetiva, São Paulo: p. 101/102

[17] Op. Cit. P. 100