

ASPECTOS RELEVANTES DO CONTRATO DE TRANSPORTE E DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR

Carlos Roberto Gonçalves*

Sumário: 1. Contrato de transporte: conceito e elementos. 2. As cláusulas gerais e o contrato de transporte. 3. Aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de transporte. 4. A teoria do exercício de atividade perigosa e a responsabilidade civil do transportador. 5. A responsabilidade objetiva do transportador. 6. O transporte gratuito. 7. Aplicação da legislação especial e de tratados internacionais.

1. Contrato de transporte: conceito e elementos

O Código Civil de 2002 teve a virtude de disciplinar o contrato de transporte de forma inédita no direito brasileiro. O antigo Código Comercial foi, segundo Pontes de Miranda, o primeiro diploma do mundo a regular o transporte de pessoas. Porém se preocupava mais com o transporte de coisas e com o transporte marítimo, que eram os mais importantes na época. Afinal, era o código do seu tempo.

* *Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Mestre em Direito Civil.*

Posteriormente, surgiu a regulamentação do transporte ferroviário com o Decreto n. 2.861, de 1912, inspirado na legislação da Polônia, cuja aplicação foi estendida ao transporte terrestre em geral, mediante o emprego da analogia, ao transporte fluvial e marítimo e ao transporte aéreo. Finalmente, surgiram as normas do Código de Defesa do Consumidor, que lhe são aplicadas pelo fato de a atividade caracterizar prestação de serviços.

No entanto, não tínhamos uma legislação específica, na qual constassem os princípios básicos e norteadores do contrato, os direitos e os deveres que dele emanam e, principalmente, a responsabilidade das pessoas envolvidas. O novo Código veio, então, a suprir essa deficiência e regular o contrato de transporte em capítulo próprio, dividindo-o em três seções intituladas: “Das Disposições Gerais”, “Do Transporte de Pessoas” e “Do Transporte de Coisas”. Teve o mérito de traçar as coordenadas gerais desse contrato, incluindo-o no rol dos contratos típicos e estabelecendo regras gerais que deverão ser obedecidas prioritariamente, podendo ser complementadas pela legislação especial.

A responsabilidade do transportador pode ser apreciada em relação aos seus empregados, em relação a terceiros e em relação aos passageiros.

No tocante aos seus *empregados*, como o cobrador, a responsabilidade será derivada de acidente de trabalho, em razão da relação de emprego existente. A indenização, hoje, é devida pelo INSS. Contudo, se houver dolo ou qualquer grau de culpa do empregador, poderá ser pleiteada também uma indenização pelo Direito Comum contra o empregador (CF, art. 7º, XXVIII).

Em relação a *terceiros*, como o dono do outro veículo abalroado, ou o pedestre atropelado, a responsabilidade do transportador é extracontratual. Não há vínculo contratual entre os personagens envolvidos. O fundamento da responsabilidade era, originariamente, o art. 159 do Código Civil de 1916, que consagrava a responsabilidade subjetiva. Entretanto, com o advento do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tornou-se ela objetiva, na modalidade do risco administrativo, pois o referido dispositivo a estendeu às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço pú-

blico. O transporte coletivo é serviço público, transferido às empresas mediante concessão ou permissão.

Como o referido dispositivo constitucional prevê a responsabilidade objetiva das permissionárias de serviço público por danos que causarem a *terceiros*, entendendo-se por essa expressão os que não têm com elas relação jurídica contratual, a sua aplicação está restrita aos casos de responsabilidade extracontratual, só podendo ser afastada se o transportador provar força maior e culpa exclusiva da vítima, bem como fato exclusivo de terceiro.

Preceitua o art. 730 do Código Civil: “Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”. A redação espelha-se na definição de Pontes de Miranda (Tratado de direito privado, 3. ed., Borsoi, 1972, t. XLV, n. 2, p. 8), *verbis*: “Contrato de transporte é o contrato pelo qual alguém se vincula, mediante retribuição, a transferir de um lugar para outro pessoa ou bens”.

Observa-se que o contrato de transporte se compõe de três elementos: o transportador, o passageiro e a transladação. No tocante à transladação é necessário que haja transferência ou remoção de um lugar para outro, ainda que não se percorra uma distância geográfica. É possível efetuar-se o transporte dentro da própria casa, do próprio prédio, de um andar para outro, do térreo para a cobertura. Em todos esses casos há transladação.

O contrato de trabalho apresenta-se hoje como *típico*, distinto das figuras clássicas do direito contratual. O que o caracteriza precipuamente é a atividade desenvolvida pelo transportador de deslocamento físico de pessoas e coisas de um local para outro sob sua total responsabilidade. Constitui tal atividade o objeto específico dessa aludida modalidade contratual.

Não basta, todavia, efetuar o deslocamento de pessoas e coisas de um lugar para outro. É mister que o objeto da avença seja especificamente o deslocamento. Se o transporte é secundário ou acessório de outra prestação, reputada principal, não se lhe aplicam as normas próprias do contrato de transporte. Assim, por exemplo, se um fabricante vende mercadorias que deverão ser entregues em outra praça, a relação entre as partes se rege pelas normas do contrato de compra e venda.

O transporte é de pessoas e coisas, e pode ser terrestre, aéreo e marítimo. A diferença localiza-se no meio de deslocamento de um local para outro. O transporte de bagagens é acessório do contrato de transporte de pessoas. O viajante, ao comprar a passagem, assegura o direito de transportar consigo a sua bagagem. Ao mesmo tempo, o transportador assume, tacitamente, a obrigação de efetuar esse transporte. Essa obrigação é de *resultado* e só se considera cumprida quando a pessoa transportada e sua bagagem, ou a mercadoria, chegarem incólumes ao seu destino. Se houver excesso de peso ou de volume, poderá ser cobrado um acréscimo.

O contrato de transporte constitui típico contrato de *adesão*, no qual há um regulamento previamente estabelecido pelo transportador, com base em normas legais, ao qual o passageiro adere ou não. Quem toma um ônibus, ou qualquer outro meio de transporte, tacitamente celebra um contrato de adesão com a empresa transportadora. Com o pagamento da passagem, o transportado adere ao regulamento da empresa. Esta, implicitamente, assume a obrigação de conduzi-lo ao seu destino, são e salvo. Se no trajeto ocorre um acidente e o passageiro fica ferido, configura-se o inadimplemento contratual, que acarreta a responsabilidade de indenizar nos termos do art. 1.056 do Código de 1916 e dos arts. 389 e 734 do novo diploma.

2. As cláusulas gerais e o contrato de transporte

Sendo o contrato de transporte típico contrato de adesão, é de se indagar: aplica-se-lhe o sistema de *cláusulas gerais* estabelecido para os contratos no novo Código Civil?

Observa-se que as principais mudanças no âmbito dos contratos, no Código de 2002, foram implementadas por *cláusulas gerais*, em paralelo às normas marcadas pela estrita casuística. *Cláusulas gerais* são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o, ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. São elas formulações contidas na lei, *de caráter significativamente genérico e abstrato*, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral.

Quando se insere determinado *princípio geral* (regra de conduta que não consta do sistema normativo, mas se encontra na consciência dos povos e é seguida universalmente) no direito positivo do País (Constituição, leis etc.), deixa de ser princípio geral, ou seja, deixa de ser regra de interpretação e passa a caracterizar-se como *cláusula geral*.

As cláusulas gerais resultaram basicamente do convencimento do legislador de que as leis rígidas, definidoras de tudo e para todos os casos, são necessariamente insuficientes e levam seguidamente a situações de grave injustiça. Embora tenham, num primeiro momento, gerado certa insegurança, por permitirem soluções diferentes para casos semelhantes, convivem as cláusulas gerais, no entanto, harmonicamente no sistema jurídico, respeitados os princípios constitucionais concernentes à organização jurídica e econômica da sociedade. Cabe à doutrina identificá-las e definir o seu sentido e alcance, aplicando-as ao caso concreto, de acordo com as suas circunstâncias, como novos princípios do direito contratual e *não simplesmente como meros conselhos, destituídos de força vinculante*, malgrado isso possa significar uma multiplicidade de soluções para uma mesma situação basicamente semelhante, mas cada uma com particularidades que impõem solução apropriada, embora diferente da outra.

Cabe destacar, dentre outras, a cláusula geral que proclama a *função social* do contrato e a que exige um comportamento condizente com a *probidade* e *boa-fé objetiva* (CC, art. 422). Podem ser também lembrados, como integrantes dessa vertente, aos quais se poderá aplicar a expressão “função social do contrato”, os arts. 50 (desconsideração da personalidade jurídica), 156 (estado de perigo), 157 (lesão), 424 (contrato de adesão), parágrafo único do art. 473 (resilição unilateral do contrato), 884 (enriquecimento sem causa) e outros.

Deve-se ainda realçar o disposto no parágrafo único do art. 2.035 do novo Código: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. As partes devem celebrar seus contratos com ampla liberdade, observadas as exigências da ordem pública, como é o caso das cláusulas gerais.

Como a função social é cláusula geral, assinala Nelson Nery Júnior, o juiz poderá preencher os claros do que significa essa “função social”, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. A solução será dada diante do que se apresentar, no caso concreto, ao juiz. Poderá, por exemplo, proclamar a inexistência do contrato por falta de objeto; declarar sua nulidade por fraude à lei imperativa (CC, art. 166, VI), porque a norma do art. 421 é de ordem pública (CC, art. 2.035, parágrafo único); convalidar o contrato anulável (CC, arts. 171 e 172); determinar a indenização da parte que desatendeu a função social do contrato etc.

Aduz o mencionado jurista que, sendo “normas de ordem pública, o juiz pode aplicar as cláusulas gerais em qualquer ação judicial, independentemente de pedido da parte ou do interessado, pois deve agir *ex officio*. Com isso, ainda que, por exemplo, o autor de ação de revisão de contrato não haja pedido na petição inicial algo relativo à determinada cláusula geral, o juiz pode, de ofício, modificar cláusula de percentual de juros, caso entenda que deve assim agir para adequar o contrato à sua função social. Assim agindo, autorizado pela cláusula geral expressamente prevista na lei, o juiz poderá ajustar o contrato e dar-lhe a sua própria noção de equilíbrio, sem ser tachado de arbitrário” (Contratos no Código Civil – Apontamentos Gerais, *in* O novo Código Civil: estudos em homenagem a Miguel Reale, p. 416 e 417).

Preceitua o art. 422 do Código Civil:

“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provada por quem a alega. Deve este, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, dar por pressuposta a boa-fé objetiva, que impõe ao contratante um padrão de conduta, de agir com retidão, ou seja, com probidade, ho-

nestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas às peculiaridades dos usos e costumes do lugar.

A regra da boa-fé, como já dito, é uma cláusula geral para a aplicação do direito obrigacional que permite a solução do caso levando em consideração fatores metajurídicos e princípios jurídicos gerais. O novo sistema civil implantado no País fornece ao juiz um novo instrumental, diferente do que existia no ordenamento revogado, que privilegiava os princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos, seguindo uma diretriz individualista. A reformulação operada com base nos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade deu nova feição aos princípios fundamentais dos contratos, como se extrai dos novos institutos nele incorporados, *verbi gratia*: o estado de perigo, a lesão, a onerosidade excessiva, a função social dos contratos como preceito de ordem pública (CC, art. 2.035, parágrafo único) e, especialmente, a boa-fé e a probidade. De tal sorte que se pode hoje dizer, sinteticamente, que as cláusulas gerais que o juiz deve rigorosamente aplicar no julgamento das relações obrigacionais são: a boa-fé objetiva, o fim social do contrato e a ordem pública.

A probidade, mencionada no citado art. 422 do Código Civil, nada mais é senão um dos aspectos objetivos do princípio da boa-fé, podendo ser entendida como a honestidade de proceder ou a maneira criteriosa de cumprir todos os deveres, que são atribuídos ou cometidos à pessoa. Ao que se percebe, ao mencioná-la teve o legislador mais a intenção de reforçar a necessidade de atender ao aspecto objetivo da boa-fé do que a de estabelecer um novo conceito.

Pode-se dizer que o contrato estará conformado à sua função social quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade (CF, art. 3º, I) e da justiça social (CF, art. 170, *caput*), quando na livre iniciativa for respeitada a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), quando não se ferirem valores ambientais (CDC, art. 51, XIV) etc. Haverá desatendimento da função social quando: a) a prestação de uma das partes for exagerada ou desproporcional, extrapolando a álea normal do contrato; b) houver vantagem exagerada para uma das partes; c) quebrar-se a base objetiva ou subjetiva do contrato etc. (Nelson Nery Júnior, ob. cit., p. 427).

Assim, o contrato de transporte *cumpra a sua função social* e os princípios da boa-fé e da probidade quando é respeitada a dignidade dos passageiros, oferecendo-se-lhes um meio de transporte seguro e confortável, com veículos em bom estado e que não poluam o meio ambiente; quando forem obedecidos os horários fixados e os itinerários estabelecidos (CC, art. 737); quando, interrompendo-se a viagem por qualquer motivo alheio à vontade do transportador, ainda que em consequência de evento imprevisível, conclua o transportador o transporte contratado em outro veículo da mesma categoria (CC, art. 741).

E o aludido contrato *desatenderá* as referidas cláusulas gerais quando, além de não cumprir as obrigações já mencionadas, o transportador deixar de indenizar os danos sofridos pelos passageiros e suas bagagens, salvo motivo de força maior (CC, art. 734); quando recusar passageiros, salvo nos casos previstos nos regulamentos, ou se as condições de higiene ou de saúde, ou motivos de segurança, o autorizarem (CC, art. 739); quando não restituir o valor da passagem, tendo o passageiro feito a comunicação de desistência da viagem em tempo de ser renegociada; quando cobrar preço da passagem superior ao autorizado etc.

A boa-fé deve ser recíproca. Assim, também o passageiro tem obrigações, devendo sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço (CC, art. 738). Por essa razão, o parágrafo único do mencionado art. 738 autoriza a redução da indenização devida por acidente ao passageiro, na medida em que este houver concorrido para a ocorrência do dano.

3. Aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de transporte

Constitui questão polêmica *a incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor* nos casos de acidentes ocorridos por ocasião do transporte de passageiros. Entendo não ter ficado prejudicada tal incidência com a entrada em vigor do Código Civil de

2002. O art. 732 deste novo diploma ressalva a aplicabilidade da legislação especial aos contratos de transporte, desde que não contrarie as disposições do estatuto civil, prescrevendo: “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”.

Foi, assim, ressaltada a legislação especial sobre transportes, como o Código de Defesa do Consumidor, o Código Brasileiro de Aeronáutica, a Convenção de Varsóvia etc., no que não contrariam as disposições do Código Civil.

Não há incompatibilidade entre o novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, visto que ambos adotam a responsabilidade objetiva do transportador, só elidível mediante a prova de culpa exclusiva da vítima, da força maior ou do fato exclusivo de terceiro, porque tais excludentes rompem o nexo de causalidade. Preceitua, com efeito, o art. 734 do novo diploma: “O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade”. Malgrado não sejam mencionadas expressamente nos referidos diplomas todas as excludentes apontadas, não podem deixar de ser aceitas como excludentes da responsabilidade do transportador, por afastarem, como mencionado, o nexo de causalidade.

Essa prevalência das normas do novo Código Civil sobre as do Código de Defesa do Consumidor não é pacífica. Mas penso que, realmente, o art. 732 é bastante claro ao proclamar que são aplicáveis aos contratos de transporte os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais, “*desde que não contrariem as disposições deste Código*”. As normas do Código Civil preponderam sobre as demais que dispõem a respeito do contrato de transporte. As outras regras são subsidiárias. Sejam normas especiais, sejam tratados ou convenções, sejam cláusulas de atos administrativos de autorização, de permissão ou de concessão, todas elas devem estar submetidas ao Código Civil.

Já foi dito, inicialmente, que não se pode considerar que o usuário é dispensado de velar pela própria segurança. A responsabilidade do transportador é elidida se o acidente proveio de culpa do usuário. Por essa razão, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo, em caso de queda de trem por praticante de “surfismo ferroviário”, que: “Descaracteriza o contrato de transporte a atitude da vítima, que, podendo viajar no interior do trem, se expõe voluntariamente a grave risco, optando injustificadamente por viajar no teto” (AgIn n. 34.427-1/RJ, rel. Min. Fontes de Alencar, DJU 6-4-1993, p. 5.954, n. 65).

Preceitua com efeito o parágrafo único do art. 738 do Código Civil: “Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá eqüitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano”.

Verifica-se, assim, que a culpa concorrente da vítima constitui causa de redução do montante da indenização pleiteada, em proporção ao grau de culpa comprovado nos autos. No capítulo específico da “Responsabilidade Civil”, esse princípio já havia sido adotado, no art. 945, com a seguinte redação: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

De acordo com o Decreto n. 2.681, de 1912, a culpa concorrente da vítima não exonera o transportador da obrigação de compor os danos. Somente a culpa exclusiva da vítima pode exonerá-lo. O Código de Defesa do Consumidor manteve o princípio da responsabilidade objetiva do prestador de serviços, admitindo como excludentes somente a comprovada inexistência do defeito e a *culpa exclusiva da vítima ou de terceiro* (art. 14, § 3º), que rompem o nexo causal (sendo admissível, pelo mesmo motivo, a força maior). A *culpa concorrente* do consumidor não foi considerada excludente nem causa de redução da indenização, sendo indiferente, pois, no sistema da legislação consumerista, que o passageiro tenha contribuído também com culpa, como no caso dos “pingentes”.

Contudo, o novo Código Civil, como visto, modificou essa situação. Havendo incompatibilidade entre o Código de Defesa do

Consumidor e o Código Civil, nesse particular, prevalecem as normas deste. Sendo assim, não poderão mais os tribunais condenar as empresas de transporte a pagar indenização integral às vítimas de acidentes, em casos de culpa concorrente desta, como vem ocorrendo nas hipóteses de passageiros que viajam dependurados nas portas dos veículos, que permanecem abertas, caracterizando a culpa do passageiro e também do transportador, por não prestar o serviço com a segurança que dele legitimamente se espera, obrigando as pessoas que têm necessidade de usá-lo a viajar em condições perigosas, e por não vigiar para que tal não se verifique.

4. A teoria do exercício de atividade perigosa e a responsabilidade civil do transportador

A maior inovação trazida pelo Código Civil de 2002 em matéria de responsabilidade civil encontra-se no parágrafo único do art. 927. Quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, responderá ele independentemente de culpa. Poderão os juízes considerar determinada atividade como perigosa, mesmo que não exista lei especial que assim a considere e responsabilize objetivamente o agente.

Carlos Alberto Bittar entendia que as atividades relacionadas a transportes estão inseridas na teoria do exercício de atividade perigosa. Penso, contudo, que o referido parágrafo único não se aplica aos transportes em geral. Para estes existe regra específica, o art. 734, que já responsabiliza o transportador de forma objetiva, salvo unicamente motivo de força maior. O referido art. 927 destina-se a regular outras atividades já existentes ou que venham a existir e que serão consideradas perigosas pela jurisprudência.

5. A responsabilidade objetiva do transportador

O art. 734 do novo diploma manteve a *responsabilidade objetiva* do transportador pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, proibindo qualquer cláusula de não indenizar. Considerando que, em outros

dispositivos, o Código refere-se conjuntamente ao caso fortuito e à força maior, pode-se inferir, da leitura do aludido dispositivo, que o fato de ter sido mencionada somente a força maior revela a intenção do legislador de considerar excludentes da responsabilidade do transportador somente os acontecimentos naturais, como raio, inundação, terremoto etc., e não os fatos decorrentes da conduta humana, alheios à vontade das partes, como greve, motim, guerra etc.

Mesmo porque a jurisprudência, de há muito, tem feito, com base na lição de Agostinho Alvim, a distinção entre “fortuito interno” (ligado à pessoa, ou à coisa, ou à empresa do agente) e “fortuito externo” (força maior, ou *Act of God* dos ingleses). Somente o fortuito externo, isto é, a causa ligada à natureza, estranha à pessoa do agente e à máquina, excluirá a responsabilidade deste em acidente de veículos. O fortuito interno, não. Assim, tem-se decidido que o estouro dos pneus, a quebra da barra de direção, o rompimento do “burrinho” dos freios e outros defeitos mecânicos em veículos não afastam a responsabilidade do condutor porque previsíveis e ligados à máquina.

Deve-se entender, no entanto, que a culpa exclusiva da vítima e o fato exclusivo de terceiro, por romperem o nexos de causalidade, podem ser alegados pelo transportador para ilidir a sua responsabilidade.

Prescreve o art. 735 do novo Código: “*A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva*”.

O citado dispositivo tem a mesma redação da Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal. Mais uma vez a jurisprudência antecipa-se à lei. ‘Ocorrendo um acidente de transporte, não pode o transportador, assim, pretender eximir-se da obrigação de indenizar o passageiro, após haver descumprido a obrigação de resultado tacitamente assumida, atribuindo culpa ao terceiro (ao motorista do caminhão que colidiu com o ônibus, por exemplo). Deve, primeiramente, indenizar o passageiro para depois discutir a culpa pelo acidente na ação regressiva movida contra o terceiro.

Em relação à responsabilidade extracontratual, ou seja, a danos a terceiros, o que prevalece, como já frisado, é o art. 37,

§ 6º, da Constituição Federal, que responsabiliza, de forma objetiva, na modalidade do risco administrativo, as permissionárias de serviço público pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. Não se eximirão da responsabilidade provando apenas ausência de culpa. Incumbe-lhes o ônus de demonstrar que o evento danoso se verificou por força maior ou por culpa exclusiva da vítima, ou ainda por fato exclusivo de terceiro.

6. O transporte gratuito

Dispõe o art. 736 do novo Código que “não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia”.

Muito se tem discutido sobre se a responsabilidade do transportador, na hipótese de vítima transportada gratuitamente, é contratual ou extracontratual. Segundo proclama a Súmula 145 do Superior Tribunal de Justiça, “No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”.

Não se adotou a tese contratualista pura, pela qual o transportador assumiria obrigação de resultado e responderia pelo dano ao passageiro em qualquer circunstância, em razão da cláusula tácita de incolumidade, mas a tese contratualista moderada, com base no art. 1.057 do Código de 1916, correspondente ao art. 392 do Código de 2002, pela qual o dono do veículo só responde pelos danos causados ao carona em caso de culpa grave e dolo, e não na hipótese de culpa leve ou levíssima.

Entendemos, todavia, que a tese da responsabilidade aquiliana é a que melhor se ajusta ao chamado transporte benévolo ou de cortesia. Como já disse Cunha Gonçalves (Tratado de direito civil, 2. ed., vol. 13, p. 253), a relação de cortesia é voluntária. O homem cortês não está isento de causar danos, até no exercício de sua amabilidade, porque a cortesia não é incompatível com a negligência e a imprudência.

Pontes de Miranda (ob. cit., vol. 45, p. 51) afirma que não há razão para serem necessariamente tratadas diferentemente a res-

ponsabilidade do transportador que recebe retribuição e a do transportador que ofereceu ou aceitou o contrato de transporte benévolo. Mário Moacyr Porto (Temas de responsabilidade civil, São Paulo, Ed. RT, p. 128 e 129), por sua vez, entende artificioso e forçado pretender-se que os gestos de pura cortesia possam ser considerados autênticos contratos. Como exemplificam os doutrinadores franceses, aduz, se, por exemplo, alguém convida um amigo para jantar e o convite é aceito, sem dúvida que houve um acordo de vontades para um fim determinado, mas nunca um contrato para jantar.

A tese contratualista com responsabilidade atenuada é prejudicial à vítima, pois a obriga a provar culpa grave ou dolo do transportador e não lhe confere direito à indenização em caso de culpa leve ou levíssima.

O art. 736 do novo Código, ao dizer que “não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia”, adota claramente a responsabilidade extracontratual ou aquiliana, que defendemos, no transporte puramente gratuito ou benévolo, e a contratual, com a cláusula de garantia, no transporte oneroso e no aparentemente gratuito.

No transporte não oneroso há, realmente, o transporte inteiramente gratuito (transporte gratuito típico) e o transporte aparentemente e pseudamente gratuito. Naquele, o transportador atua por pura complacência, sem interesse no transporte. Neste, há uma utilidade das partes, porque o transportador pode ter algum interesse em conduzir o convidado, como, por exemplo, na hipótese do vendedor de automóveis, que conduz o comprador para lhe mostrar as qualidades do veículo, ou do corretor de imóveis que leva o interessado a visitar diversas casas e terrenos. Tais casos não constituem hipóteses de contratos verdadeiramente gratuitos, devendo ser regidos, pois, pelas disposições do novo Código que estabelecem a culpa presumida do transportador, só elidível em caso de culpa exclusiva da vítima, força maior ou fato exclusivo de terceiro.

7. Aplicação da legislação especial e de tratados internacionais

Na seção intitulada “Disposições gerais”, o novo Código traçou regras comuns a todos os contratos de transporte, fazendo, porém, duas ressalvas. A primeira consta do art. 731, que assim dispõe: “O transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão, rege-se pelas normas regulamentares e pelo que for estabelecido naqueles atos, sem prejuízo do disposto neste Código”.

Sempre que o transporte for privativo do Poder Público, pode este conferir a sua exploração a particulares por meio dos institutos do direito público, como a autorização, a permissão e a concessão. Nesse caso, o Estado fixa as regras, as condições, enfim, as normas que regerão a prestação dos serviços. O transporte obedecerá, prioritariamente, ao que for estabelecido nos atos de autorização, permissão ou concessão – especialmente quanto às obrigações, itinerários, tarifas, prazos – e normas regulamentares, sem prejuízo do que dispõe o Código Civil.

A segunda ressalva encontra-se no art. 732 do Código Civil, que manda aplicar os preceitos da legislação especial e de tratados e convenções internacionais somente quando couberem e não contrariarem as disposições do novo diploma. O preceito reflete-se principalmente no transporte aéreo, que é objeto de tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Continuam sendo aplicáveis a essa modalidade de transporte, no que não contrariam o Código Civil, o Código Brasileiro de Aeronáutica, a Convenção de Varsóvia e o Código de Defesa do Consumidor.

A propósito, assevera Humberto Theodoro Júnior (Do transporte de pessoas no novo Código Civil, RT 807/12) que entre nós “não há prevalência hierárquica do tratado sobre o direito interno, nem deste sobre o tratado internacional. Em consequência, estão no mesmo nível o tratado e a Lei Federal. De tal sorte, um tratado internacional que, em matéria de transportes, contiver futuramente disposições conflitantes com as do Código Civil haverá de revogar os preceitos deste, como o Código terá revogado regras de tratado anterior nas mesmas condições. Observa-se, *in casu*, o princípio *lex posterior derogat priori* (Lei de Introdução, art. 2º, § 1º)”.

Desse modo, não se pode admitir, no transporte aéreo, a indenização tarifada, estabelecida na Convenção de Varsóvia. A Constituição Federal de 1988 dispôs competir à União “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária” (art. 21, XII, c). E o art. 37, § 6º, estendeu a responsabilidade objetiva, fundada no risco administrativo, às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (empresas aéreas permissionárias), sem estabelecer nenhum limite para a indenização.

Tais dispositivos sobrepõem-se à Convenção de Varsóvia e ao Código Brasileiro de Aeronáutica. As normas desses diplomas que limitam a responsabilidade das empresas aéreas, tarifando a indenização, perderam eficácia a partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. Assim como não há limite para a responsabilidade civil do Estado, igualmente não o há para a das concessionárias e permissionárias de serviços públicos, que emana da mesma fonte.

A perda da eficácia das aludidas normas limitativas foi reafirmada com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor. Igualmente, o novo Código Civil, lei posterior aos diplomas legais mencionados, dispõe que o “transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade” (art. 734). Não estabeleceu nenhum limite para a indenização, salvo o correspondente ao valor da bagagem, quando declarado.

Por tais razões, tem o colendo Superior Tribunal de Justiça proclamado:

“Transporte aéreo. Indenização tarifada. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. Tratando-se de relação de consumo, prevalecem as disposições do Código de Defesa do Consumidor em relação à Convenção de Varsóvia. Derrogação dos preceitos desta que estabelecem a limitação da responsabilidade das empresas de transporte aéreo” (REsp n. 258.132-0/SP, rel. Min. Barros Monteiro, DJU 28-11-2000, v. u.).